

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

***ACCOUNTABILITY* E INDEPENDÊNCIA JUDICIAIS: O DESENHO
INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO E DO CONSELHO NACIONAL DE
JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

CURITIBA

2012

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

**ACCOUNTABILITY E INDEPENDÊNCIA JUDICIAIS: O DESENHO
INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO E DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direitos Humanos e Democracia, Linha de Pesquisa em Cidadania e Inclusão Social, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do Título de Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Katya Kozicki

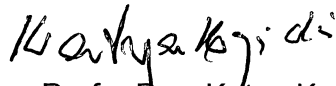
CURITIBA

2012

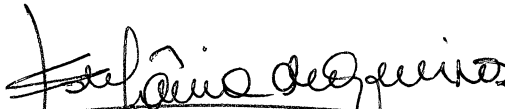
TERMO DE APROVAÇÃO

ACCOUNTABILITY E INDEPENDÊNCIA JUDICIAIS: O DESENHO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO E DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Área de Concentração em Direitos Humanos e Democracia, pela seguinte banca examinadora:



Orientadora: Profa. Dra. Katya Kozicki
Departamento de Direito Privado
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná



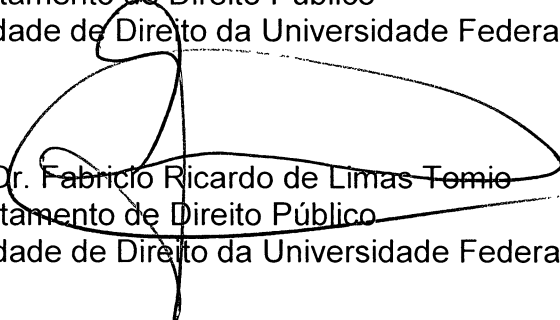
Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil



Profa. Dra. Claudia Maria Barboza
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Pontifícia
Universidade Católica do Paraná



Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri
Departamento de Direito Público
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio
Departamento de Direito Público
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 01 de março de 2012.

Ao Luiz Zibetti Robl, querido filho.

AGRADECIMENTOS

No término do curso de Doutorado em Direito, os agradecimentos são muitos.

Em primeiro lugar, agradeço à minha família: Leyse, Luiz, Ilton, Neninha, Paulo, Izabela e André, assim como todos os membros das famílias Robl, De Paris e Marostega Zibetti, pelo amor, carinho, compreensão e apoio durante esses quase quatro anos de curso de Doutorado.

À Professora Katya Kozicki, que felizmente, assim como no mestrado, aceitou a tarefa de orientar-me, sempre conduzindo uma orientação segura. Ainda, na minha docência no ensino superior, pude contar com seu auxílio, conselhos e apoio. Muito obrigado.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela concessão da Bolsa Sanduíche (PDEE) no ano de 2010 na *Faculty of Law* da *University of Toronto*. Na *University of Toronto*, sou extremamente grato pela acolhida e pela orientação no exterior da Professora Maria Mota Prado. As discussões de Toronto permeiam toda a tese. Em breve, espero ter a oportunidade de retornar a Toronto para aprofundar os estudos.

Aos Professores da UFPR José Antonio Peres Gediel, Fabricio Ricardo de Limas Tomio, Vera Karam de Chueri, Cesar Serbena, Luiz Edson Fachin, Clèmerson Merlin Clève, Celso Ludwig, Eroulths Cortiano Jr. e Luis Fernando Lopes, agradeço pelos debates e ensinamentos nas aulas e nas atividades do Programa de Doutorado.

Aos colegas de Pós-Graduação da UFPR, em especial aos membros da Diretoria do Centro de Estudos Jurídicos da UFPR (CEJUR) da gestão “Direito Vivente”, e aos companheiros de Pós-Graduação de todo Brasil, que pude conhecer em razão da participação nas reuniões do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI), pelas discussões e pelos encontros nesses anos que foram maravilhosos acadêmica, política e socialmente: Fabio Maia (UFSC), Francisco Rocha, Fernando Andreoni, Gustavo Siqueira (UFMG/UERJ), João Andrade (É o Goethe) (UFMG), José Arthur Macedo, Luciana Pedroso, Luis Fernando Sgarbossa, Maíra Neiva (PUC/MG), Marcelo Conrado, Marília Pedroso, Maurício Dieter, Miguel Gualano de Godoy, Nasser Allan, Pablo Malheiros, Ricardo Calderón, Rodrigo

Kanayama, Rogério Monteiro (PUC/MG), Sergio Staut, Thiago Lima Breus, Thiago Merege e William Pugliesi.

Aos professores e amigos Alexandre Morais da Rosa (UFSC), Egon Bockmann (UFPR), Flávio Pansieri (PUC/PR), Marco Aurélio Marrafon (UERJ), Marcos Augusto Maliska (UniBrasil), Paulo Schier (UniBrasil) e Sandro Kozikoski (UFRJ) pelas ótimas discussões sobre Estado Democrático de Direito e CNJ. Como sempre, um especial agradecimento deve ser feito ao Marco, amigo para todas as horas.

Aos colegas e funcionários da UniBrasil e da ABDConst, muito obrigado. Em especial, devem ser registrados os agradecimentos para Estefânia Maria de Queiroz Barboza (UniBrasil) e Vânia Aguiar (ABDConst).

Aos queridos amigos Pedro Giamberardino, Aloísio, Samir, Marcos, Melina, Desdêmona, Jamur, Rene, Cris, Camila, Sylvio Lourenço, Angela Ramos e Frederico Glitz, valeu pela força.

Aos funcionários da Pós-Graduação e à Coordenação do PPGD/UFPR, pelos valiosos serviços prestados. Registra-se a profunda gratidão com o Professor Rodrigo Leonardo Xavier pelos seus serviços prestados no PPGD como Vice-Coordenador e pelo apoio.

Por fim, aos acadêmicos no primeiro ano de 2011 da Faculdade de Direito da UFPR, pelos bons momentos e pelo apoio para o término deste trabalho e para realização do Concurso Público para docente da UFPR.

FEDERALISTA N. 51

Mas, afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos
os reflexos da natureza humana?

Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver
governos.

Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam
os controles internos e externos.

(Hamilton, Madison e Jay)

RESUMO

A independência e a *accountability* são elementos da estrutura dos poderes políticos no Estado Democrático de Direito. Apesar de o conceito de *accountability* ter sido formulado explicitamente e utilizado recentemente nos estudos de ciência política, administração pública, economia e direito, as relações sociais de *accountability* foram desenvolvidas teórica e praticamente desde o início do Estado de Direito. Desse modo, o trabalho apresenta a construção histórica do Estado de Direito e sua relação com a *accountability*. Posteriormente, discute-se a estrutura da *accountability* (informação, justificação e sanção), assim como os conceitos de *accountabilities* vertical eleitoral, horizontal, social (vertical não eleitoral) e legal. Como o texto enfrenta as relações entre independência e *accountability* judiciais, são objetos de reflexão as independências judiciais decisional e institucional e as *accountabilities* judiciais decisional, comportamental e institucional. A relação entre *accountability* e independência judiciais possui nos conselhos de justiça um momento relevante, sendo analisados no trabalho: conselhos judiciais estaduais e federal norte-americanos e conselhos judiciais francês, irlandês e argentino. A partir desses substratos teóricos, o Estado Democrático de Direito, o judiciário e o Conselho Nacional de Justiça brasileiros são avaliados.

PALAVRAS-CHAVE: ESTADO, DEMOCRACIA, DIREITO, *ACCOUNTABILITY*, JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

Independence and accountability are elements of the structure of political powers in a Constitutional Democratic State. Although the concept of accountability was made explicit and used only in recently studies of political science, public administration, economics and law, the social relations of accountability have been developed theoretically and practically since of the beginning of Constitutional Democratic State. Thus, the text presents the historical construction of Constitutional Democratic State and its relationship to accountability. Later, it is discussed the structure of accountability (information, justification and sanction), as well as the concepts of vertical election accountability, horizontal accountability, social accountability (vertical non-electoral) and legal accountability. As the text facing the relationship between judicial independence and accountability, are objects of reflection the decision-making and institutional judicial independences and decision-making, behavioral and institutional judicial accountabilities. The relationship between judicial accountability and judicial independence has a relevant time in judicial councils, being analyzed in the thesis: state-members and federal judicial councils in U.S.A. and French, Irish and Argentine judicial councils. From these theoretical substrates, the Constitutional Democratic State, the judiciary and the National Council of Justice (CNJ) in Brazil are analyzed.

KEY WORDS: STATE, DEMOCRACY, LAW, ACCOUNTABILITY, JUDICIARY.

RESUMEN

La independencia y la *accountability* son elementos de la estructura del poder político en un Estado Democrático de Derecho. Aunque el concepto de *accountability* iba a ser formulado explícitamente y usado recientemente en los estudios de ciencias políticas, administración pública, economía y derecho, las relaciones sociales de *accountability* se han desarrollado teórica y prácticamente desde el principio del Estado Democrático de Derecho. De este modo, el trabajo presenta la construcción histórica del Estado de Derecho y su relación con la *accountability*. Posteriormente, se discute la estructura de la *accountability* (información, justificación y sanción), así como los conceptos de *accountabilities* electoral vertical, horizontal, social (vertical no electoral) y legal. Dado que el texto se analiza a la relación entre la independencia judicial y la *accountability* judicial, son objetos de reflexión las independencias judiciales de toma de decisiones y la institucional y *accountabilities* de decisión judicial, de comportamiento y institucional. La relación entre la *accountability* judicial y la independencia de la justicia tiene un momento importante en los consejos judiciales, que se analiza en el trabajo algunos consejos: consejos de la judicatura de los Estados miembros y federal de los EE.UU. y consejos de la judicatura francés, irlandés y argentino. A partir de estos sustratos teóricos, el Estado Democrático de Derecho, el poder judicial y el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de Brasil se analiza.

PALABRAS CLAVE: ESTADO, DEMOCRACIA, DERECHO, ACCOUNTABILITY, PODER JUDICIAL.

SUMÁRIO

Introdução	12
-------------------------	----

Capítulo 1

Estado Democrático de Direito: a estrutura da *accountability*

1.1. Construção do Estado de Direito.....	17
1.1.1 Revoluções Burguesas e Constitucionalismo.....	18
1.1.2 <i>Rechtsstaat</i> , <i>Rule of Law</i> e Fundamentos do <i>État de Droit</i>	31
1.1.3 Estado de Direito no Império e na República Velha brasileiros.....	39
1.2. Dilemas e Desenhos Institucionais do Século XX.....	50
1.2.1 Debate sobre os Estados Constitucional e Social.....	50
1.2.2 Panorama do Estado Democrático de Direito no Brasil.....	65

Capítulo 2

As Modalidades de *Accountability* na Sociedade, no Estado e no Judiciário

2.1 <i>Accountability</i>	80
2.1.1 Conceito Preliminar.....	80
2.1.2 <i>Accountability</i> Eleitoral.....	90
2.1.3 <i>Accountability</i> e Novas Democracias: Horizontal e Social.....	99
2.2 <i>Accountability</i> e Independência Judiciais.....	111
2.2.1 <i>Accountability</i> Judiciais Eleitoral e Comportamental e Conselhos Judiciais nos Estados-Membros nos Estados Unidos.....	118
2.2.2 <i>Accountability</i> e Independência Judiciais Institucionais.....	125
2.2.3 <i>Accountability</i> e Independência Judiciais: Conselhos de Justiça no Direito Comparado (França, Irlanda e Argentina).....	134

Capítulo 3

Accountability na Constituição Federal de 1988 e Conselho Nacional de Justiça

3.1 Desenho Institucional da <i>Accountability</i> no Judiciário e no Estado Democrático de Direito brasileiro antes da EC. 45/04.....	135
--	-----

3.1.1 <i>Accountability</i> no Estado Democrático de Direito Contemporâneo	160
3.1.2 Independência e <i>Accountability</i> Judiciais antes da Emenda Constitucional n. 45/2004.....	174
3.1.3. Mudanças nos Contextos Político e Jurídico após a Constituição de 1988 e Discussão sobre a Criação do Conselho Nacional de Justiça	190
3.2. Reforma do Judiciário, Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e <i>Accountability</i> Judicial.....	204
3.2.1 Reforma do Judiciário, Composição do CNJ e <i>Accountability</i> Judicial.....	204
3.2.2 Competências do CNJ e <i>Accountability</i> Judicial.....	213
Conclusão	234
Bibliografia	246

INTRODUÇÃO

Encontram-se na estrutura dos Estados moderno e contemporâneo os desenhos institucionais sobre a independência e *accountability* (controle) dos poderes políticos. As obras dos clássicos deixam essa questão patente.

Hobbes (2004a) defende a construção de um Estado forte, em que os poderes, quase ilimitados, deveriam ser atribuídos a uma pessoa (monarquia), a um conselho de poucos (aristocracia) ou a um conselho de muitos (democracia). Independente da quantidade de pessoas que exerciam os atos de governo, todas as outras autoridades e os cidadãos deveriam seguir os comandos postos pelo governo.

As prerrogativas dos outros agentes estatais e os direitos do povo eram somente produtos da vontade do governo. Acerca dos controles sobre o governo, eles apenas existiriam por auto-restrição governamental, além de deverem ser bem dosados para não impossibilitar uma grande e rápida intervenção governamental sobre outros agentes estatais e cidadãos para trazer a paz social. Nesse sentido, as tradições e os costumes consolidados pelos aplicadores do direito na Inglaterra não valeriam contra os comandos legais firmados pelo governo, já que este era soberano e ilimitado externamente (HOBBS, 2004b, p. 71-103).

Esse desenho institucional do Estado concede enorme independência do governo em relação aos outros agentes estatais (aplicadores do direito, membros do parlamento e funcionários da coroa) e aos cidadãos. De outro lado, o governo não possui obrigação de prestar contas e de apresentar informações e justificações sobre suas ações e resultados a outros agentes estatais (*accountability* horizontal) e aos cidadãos (*accountability* vertical), além de não poder ser sancionado por esses atores sociais.

Proposta de revisão sobre a independência e a *accountability* estatais já se encontra em Locke (2006). Os cidadãos deveriam eleger os membros do parlamento. Também, em conjunto, o parlamento e o monarca estabeleceriam as leis do reino, *King in Parliament* (LOCKE, 2006, p. 98-105).

Há desse modo uma relação direta entre cidadãos (mandantes, *principals*) e parlamentares (agentes, mandatários), podendo aqueles sancionarem estes, a partir da análise das informações e justificações das ações e dos resultados dos políticos, por meio da eleição (*accountability* vertical eleitoral). Também com a separação

entre legislativo e executivo em Locke (2006, p. 105-120), há divisão dos poderes, que caminha na direção de um governo equilibrado.

Questões importantes, como estabelecimento de leis, devem ser construídas pelos dois poderes. Ainda, além das interações dos poderes políticos, existe um processo contínuo de fiscalização e de possibilidade de aplicação de sanções dos poderes entre si. Esse desenho institucional é o embrião do modelo de *accountability* horizontal, pois os agentes estatais interagem e fiscalizam-se mutuamente, ocorrendo independência e controle externo nos poderes políticos.

O tema da independência e da *accountability* também se encontra presente em Montesquieu e nos Federalistas (Hamilton, Madison e Jay). A separação dos poderes apresentada no Livro XI do “Espírito das Leis” tem como principal função equilibrar o poder entre os diversos grupos sociais para que nenhum dos grupos possua plena independência e ausência de limites (MONTESQUIEU, 2005, p. 165-196).

Os Federalistas, por sua vez, valorizam a interação e o controle entre os agentes estatais (*accountability* horizontal) e prestigiam também, em menor medida, o controle dos cidadãos sobre o Estado por meio do mecanismo eleitoral (*accountability* vertical eleitoral) (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 307-313). A releitura de Montesquieu sobre a separação dos poderes pelos Federalistas foi fundamental para impedir uma grande independência de um dos poderes políticos sobre os demais, construindo a doutrina dos *checks and balances*.

A independência e a *accountability* estatais encontram-se no início e nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, além de serem temas relevantes no momento contemporâneo. Alguns exemplos podem confirmar essa assertiva.

O’Donnell (1998) afirma que nos Estados brasileiro e argentino há severos déficits nas redes de *accountability* horizontal, prejudicando a concretização do modelo de Estado Democrático de Direito nesses países. Especificamente sobre o poder judiciário brasileiro, O’Donnell (1998, p. 49) e Przeworski (1999, p. 330) alegam que os magistrados possuem grande independência e exercem mecanismos de *accountability* horizontal sobre os outros poderes e outros agentes estatais, no entanto o judiciário possui problemas de *accountabilities* interna e externa.

Ainda, a participação da sociedade civil nas discussões e nas práticas políticas e a função da imprensa são essenciais em qualquer Estado de Direito e, em especial, no modelo de Estado Democrático de Direito contemporâneo. Essa

questão é problematizada e estudada por Peruzzotti e Smulovitz (2002) na categoria *accountability* social.

Este trabalho possui como objetivo a análise da independência e da *accountability* judiciais no Estado Democrático de Direito brasileiro. Em especial, busca-se compreender qual é a função do Conselho Nacional de Justiça nos temas da independência e *accountability* judiciais. A tese do autor deste trabalho defende que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) detém a função no Estado Democrático de Direito brasileiro de colmatar lacunas de *accountabilities* judiciais institucional e comportamental por meio de mecanismos de *accountabilities* horizontal e vertical não-eleitoral.

Desse modo, o enfoque da análise sobre o CNJ não pode ser a independência judicial, já que esse conselho foi criado e possui competências de *accountability*. Por exemplo, há o ótimo trabalho de Sampaio (2007) “O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário”. Trata-se de obra pioneira e vertical sobre o CNJ, porém não se concorda com a perspectiva posta já no título do livro: valorizar a análise do conselho por meio da categoria independência judicial, deixando em segundo plano a *accountability*.

Ainda, é imperioso ir além da análise do Conselho Nacional de Justiça a partir da categoria da *accountability* horizontal. Não há dúvidas de que a maior parte das competências do CNJ é exercida através de mecanismos de *accountability* horizontal.

No que se refere ao CNJ e à *accountability* horizontal, existe trabalho monográfico específico de Rodrigues (2008). Este afirma que, por meio de reflexões teóricas e de pesquisas sobre o exercício da competência do CNJ de 2005-2007, o conselho possui como função o exercício da *accountability* horizontal.

É nítido o desenho institucional do CNJ como instrumento de *accountability* horizontal interna do judiciário. De outro lado, deve-se reconhecer que o CNJ também detém função de participar de uma rede de *accountability* social (vertical não eleitoral) judicial. Esta forma de *accountability* não pode ser desprezada no estudo do Conselho Nacional de Justiça.

Também, para uma análise mais vertical do CNJ, não é adequado utilizar apenas os conceitos de *accountabilities* vertical e horizontal, os quais são categorias que podem ser empregadas na compreensão de todos os poderes políticos e agentes estatais. Essas modalidades de *accountability* são necessárias, mas não

suficientes na análise da função e do desenho institucional do CNJ. Desse modo, impõe-se o estudo das *accountabilities* judiciais decisional, comportamental e institucional, relacionando-as com as independências judiciais decisional e institucional e com as *accountabilities* eleitoral, horizontal e social.

Para concretizar essas propostas e verificar a correção das hipóteses, o trabalho foi estruturado em três capítulos. O primeiro reflete sobre a construção do Estado Direito e sua relação com a *accountability*. Nesse capítulo, são apresentados ainda em linhas gerais os desenhos institucionais do Estado brasileiro nos séculos XIX e XX.

No segundo capítulo, o estudo verticaliza-se para compreender as diversas modalidades de *accountability*. Na primeira parte do segundo capítulo, a estrutura conceitual da *accountability* e as formas de *accountabilities* vertical eleitoral, horizontal, social (vertical não eleitoral) e legal são analisadas.

De outro lado, na segunda parte do capítulo, os temas enfrentados dizem respeito às *accountabilities* judiciais decisional, comportamental e institucional e às independências judiciais institucional e decisional. Nesse momento, assim como são estudados os conceitos, dialoga-se com a estrutura institucional e os conselhos judiciais norte-americanos e com os conselhos judiciais francêss, irlandês e argentino. A compreensão desses desenhos institucionais de direito e política comparados auxilia na análise das relações entre *accountability* e independência no judiciário.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre a *accountability* no Estado Democrático de Direito e no poder judiciário brasileiros contemporâneos. Na primeira parte, observa-se a discussão sobre os déficits de *accountability* no Brasil antes da Constituição Federal de 1988, sendo feita a análise do desenho institucional promovido pela constituição e sua relação com a *accountability*.

Nessa parte, demonstram-se as substanciais independências decisional e institucional do judiciário brasileiro e os dilemas trazidos pela judicialização da política, pela politização do judiciário e pela ampliação da provocação da jurisdição. Ainda na primeira parte, ocorre a reflexão sobre as PECs n. 96/92 e 112/95, as quais tratam da reforma do judiciário e acerca do estabelecimento do sistema de controle do judiciário. Essas propostas procuram atacar os problemas da eficiência e celeridade judicial, da garantia dos direitos e da ampliação da *accountability* judicial.

Por sua vez, na última parte do derradeiro capítulo, a redação final da PEC n. 96/92 e sua transformação em Emenda Constitucional n. 45 de 2004 são

estudadas. Nesse momento, faz-se uma análise da reforma do judiciário e da composição e da competência do CNJ a partir das categorias da *accountability*.

1 Estado Democrático de Direito: a estrutura da *accountability*

O conceito de *accountability* tem sido usado em estudos de ciência política, administração pública, economia e direito com frequência. Originalmente na literatura de língua inglesa e, posteriormente, esse conceito disseminou-se.

Apesar de a utilização do termo *accountability* para reflexões teóricas ser recente, as relações sociais de *accountability* encontram-se fundamentadas na prática e na reflexão sobre o Estado de Direito.¹ Também, para uma compreensão das mudanças nas práticas de *accountability* na sociedade e no Estado brasileiros, deve-se compreender em linhas gerais a construção do Estado e dos mecanismos de *accountability* no Brasil.

A primeira parte do primeiro capítulo apresenta as discussões sobre o Estado de Direito a partir das reflexões inglesas, francesas e norte-americanas nos séculos XVIII e XIX, assim como a construção do Estado brasileiro no século XIX. A questão da contribuição de Kelsen sobre o Estado Constitucional e as ponderações sobre o Estado Social de Direito ocupam a parte segunda do primeiro capítulo.² No final deste capítulo, apresenta-se em linhas gerais o Estado brasileiro até o golpe de Estado de 1964.

1.1 Construção do Estado de Direito

O Estado de Direito deita suas raízes nas revoluções burguesas (gloriosa, francesa e norte-americana), sendo apresentadas as reflexões teóricas que se encontram no substrato desses movimentos no primeiro item desta primeira parte. As construções teóricas e práticas sobre o Estado de Direito no século XIX são o objeto de estudo do item dois. Por fim, a estruturação do Estado e da sociedade brasileiras no século XIX encerra a primeira parte deste capítulo.

¹ O'Donnell (1998, p. 27-40), na sua discussão sobre a *accountability* horizontal, discorre largamente sobre as origens das *accountabilities* vertical e horizontal nos Estados de Direito e nas discussões das obras de Hobbes, Locke, Montesquieu, Constant, Federalistas e Marx. Mota (2006, p. 62-79), ao refletir sobre a *accountability* no Brasil, apresenta a estrutura da *accountability* por meio das obras dos Federalistas, Anti-Federalistas e Montesquieu. Também, a relevância de Locke, Montesquieu, Federalistas e Rousseau na *accountability* encontra-se em Romão, 2009, p. 171-174. Para mensurar a efetivação do *Rule of Law* (Estado de Direito ou Império do Direito), Trebilcock e Daniels (2008, p.57-66) observam-se a independência, a *accountability* e a legitimidade estatais.

² Sobre a relação entre Estado Social de Direito e *accountability*, cf. Campos, 1990 e Pinho; Sacramento, 2009.

A apresentação analítica e vertical sobre a *accountability* ocorrerá no segundo capítulo. De outro lado, uma breve exposição neste momento é necessária.

Estruturalmente, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poderes prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política e/ou juridicamente pelas suas atividades. Na *accountability* vertical, os cidadãos sancionam por meio da eleição os agentes estatais eleitos (*accountability* eleitoral) pela ação e pelos resultados dos representantes e a sociedade civil e a imprensa sancionam (por meio de denúncias e exposição pública) agentes estatais eleitos ou não eleitos (uma modalidade de *accountability* vertical não eleitoral ou *accountability* social).

Por sua vez, *accountability* horizontal acontece quando agentes estatais (pessoas físicas ou jurídicas) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los. No poder judiciário, a *accountability* judicial decisional significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões.

Accountability judicial comportamental significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade e outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção. De outro lado, *accountability* judicial institucional diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais (administração, orçamento, relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados. Por fim, *accountability* legal significa o fornecimento de informações e justificações sob o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação.

1.1.1 Revoluções Burguesas e Constitucionalismo

O Estado de Direito possui sua estrutura fincada nas Revoluções Burguesas: i) Revolução Gloriosa na Inglaterra, ii) Revolução Norte-Americana e iii) Revolução Francesa. Essas revoluções também estabeleceram elementos centrais do constitucionalismo contemporâneo.

No século XVII, há substanciais lutas políticas nas sociedades política e civil na Inglaterra. A Inglaterra, atualmente uma monarquia constitucional tradicional e estável, possuía um governo republicano liderado por Cromwell de 1649 a 1653.³

Uma das causas da substancial instabilidade política na Inglaterra no século XVII encontra-se na luta por ampliação ou limitação dos poderes do Estado, redefinindo as relações entre parlamento e monarca. O controle do poder é elemento central da *accountability*.

Nesse contexto, Hobbes defendia a concessão de maiores poderes ao rei. Esse autor publica em 1651 “O Leviatã”, obra que apresenta os fundamentos políticos do seu pensamento. Postumamente, em 1681, foi publicado o “Diálogo entre um Filósofo e um Jurista”, em que Hobbes defende uma visão contrária à concepção padrão dos juristas sobre as relações entre direito e Estado na Inglaterra do século XVII.

Na perspectiva de Hobbes (2004a), a legitimidade política do rei advém do consentimento concedido pelos indivíduos no contrato social. No estado de natureza, tempo em que não existia o Estado propriamente dito, existia um constante medo de os indivíduos violarem os direitos dos outros indivíduos como vida, liberdade e igualdade.

Essa situação de permanente medo de ter seus interesses e direitos violados (guerra de todos contra todos) faz com que os indivíduos, por meio de um acordo de vontades (contrato social), criem o Estado civil (propriamente dito). O Estado fora criado para estabelecer a paz social e por fim ao medo, necessitando possuir poderes quase ilimitados para intervir na sociedade sempre que a paz social possa ser violada.

Desse modo, Hobbes não enfrenta o problema da limitação do poder, pois este deve ser amplo, de preferência exercido por um monarca, para o Estado trazer paz social. De outro lado, no “Diálogo entre um filósofo e um jurista”, Hobbes (2004b) constrói um diálogo hipotético entre o filósofo, que representa suas ideias, e um jurista, que adota uma visão de um jurista padrão inglês do século XVII. Pode-se afirmar que Hobbes tinha como alvo neste livro as concepções trazidas por Edward Coke e seus seguidores.

Coke defendia que os atos do monarca soberano encontravam-se limitados pelo direito, que se verá, depois, ser o elemento central da *accountability* legal. Ao

³ Sobre esse período, cf. Bobbio, 1997, p. 81-91.

longo dos anos, por meio de uma razão prática, postulados de justiça foram concretizados nos costumes e nas tradições das instituições políticas e jurídicas inglesas. Essa razão prática jurídica promoveu o desenvolvimento de direitos e deveres para os particulares e para o Estado.

Hobbes (2004b, p. 71-103), por sua vez, via essa questão por meio de outras lentes. A monarquia foi estabelecida por meio de um acordo entre os indivíduos para colocar fim ao medo constante e a guerra de todos contra todos, sendo o poder quase ilimitado. Desse modo, trata-se de um poder não *accountable* (limitado, responsivo).⁴

Posteriormente, surge a contribuição de John Locke para o tema do Estado de Direito. Locke, assim como Coke, defende a limitação do poder político pelo direito, no entanto justifica essa restrição por meio das categorias do contratualismo social. Há a defesa em Locke de um governo limitado e da divisão de poderes, elementos centrais para a *accountability* horizontal como será visto no segundo capítulo.

John Locke, por sua vez, afirma que o Estado deve preservar os direitos individuais (naturais): direitos à vida, à liberdade e à propriedade privada. Essa posição política e jurídica de Locke (2006) encontra-se posta no seu “Segundo tratado sobre o governo civil”. Quando não existia o Estado, os seres humanos eram obrigados autotutelarem seus direitos, fato que trazia problemas: i) a própria vítima devia ser responsável pela proteção ao seu direito, sendo muitas vezes difícil e perigosa a realização da autotutela e ii) os violadores do direito que praticaram a mesma conduta podem ser sancionados de maneira diferente pelos detentores do direito, aplicando-se sanções desiguais para o mesmo ato.

Desse modo, i) o Estado deve coibir e sancionar a violação dos direitos naturais pelos particulares e ii) os funcionários e órgãos estatais, inclusive o monarca, não podem violar esses direitos (LOCKE, 2006, p. 76).

Ainda, na obra de Locke, observa-se o importante tema da limitação interna do poder estatal por meio de uma embrionária proposta de separação dos poderes: bipartição dos poderes entre legislativo e executivo. O poder legislativo deveria ser ocupado por representantes eleitos do povo, os quais formulariam as leis.

⁴ De acordo com Renato Janine Ribeiro (2004, p. 21): “Coke pode dizer, da magna Carta, que ela não admite um soberano, ou que o rei está sob a lei. Para Hobbes, ao contrário, a lei é a vontade do soberano e, ainda que ele possa manter as leis do passado, elas somente vigoram enquanto e porque ele as aceita”.

A reunião do legislativo deveria ser por tempo limitado, já que são poucas leis que precisam ser feitas e a reunião permanente seria desnecessária (LOCKE, 2006, p. 98-105).⁵ Existe aqui o início da ideia de que os mandantes (*principal*) podem sancionar os mandatários (agentes) pelos resultados da sua atuação (*accountability* eleitoral).

O poder executivo, por sua vez, é responsável por executar as leis (poder executivo propriamente dito), por estabelecer relações com outros países (poder federativo) e por agir de maneira discricionária com o intuito de buscar o bem comum e do povo (poder discricionário) (LOCKE, 2006, p. 106-108; 116-120). Importante observar que o monarca, titular do poder executivo, poderia estabelecer decisões contra as leis e até mesmo legislar em situações necessárias para a concretização do bem comum.⁶

Por sua vez, neste momento encontra-se um ponto importante para a *accountability* horizontal, possibilidade de os agentes estatais obterem informações, requisitarem justificações e estabelecerem sanções contra outro agente estatal. Para que exista *accountability* horizontal, deve existir separação do poder. Deve-se frisar que, na visão liberal de Locke, busca-se impedir que todo o poder esteja concentrado nas mãos de uma pessoa ou órgão, impossibilitando por meio desse arranjo institucional a violação dos direitos naturais que o Estado deve preservar (LOCKE, 2006, p. 106).

Na história institucional inglesa com o respaldo do pensamento de Locke, ocorreu uma grande valorização do papel do parlamento e a redução das funções e competências do monarca. Como todo titular de poder político pode abusar das suas competências, foi necessário posteriormente no século XIX refletir sobre a limitação do legislativo.

⁵ Nas palavras de Locke (2006, p. 106), “Quem tem a tarefa de definir o modo com que se deverá utilizar a força da comunidade para a preservação dela própria e dos seus membros é o legislativo. Ora, as leis vigoram permanentemente e devem ser sempre praticadas, e, como se podem elaborar em curto prazo, não há necessidade de exercitar tal poder constantemente, pois nem sempre teria no que se ocupar”.

⁶ Importante são as palavras de Locke (2006, p. 117), “Chama-se ‘prerrogativa’ a este poder de agir pela discricção a favor do bem público, sem a prescrição da lei e, com freqüência, até contra ela. Sabemos que em alguns governos o poder legislativo nem sempre está ativo e é, em geral, numeroso e lento para acompanhar com rapidez que a execução requer, e também porque é impossível prever, e portanto contemplar com leis, as infinitas vicissitudes que afetam o público; nem tampouco fazer leis que, se executadas rigorosamente não causem dano em nenhuma ocasião e sobre todas as pessoas que a elas fiquem expostas; por isso existe certa flexibilidade no poder executivo para levar a efeito muitas ações que as leis não prescrevem ditadas pela discricção”.

Em outras palavras, foi necessário repensar o controle dos atos do legislador por outros agentes, tema da *accountability* horizontal. Como um dos principais temas do Estado de Direito constitui-se na limitação do poder político, Dicey no século XIX enfrentará a limitação do poder do parlamento por meio da concepção de *Rule of Law*.

A estrutura institucional inglesa após a revolução gloriosa foi tomada como modelo de bom governo, ou seja, de um governo comprometido com a contenção do poder político pelo direito. Essa proposta estatal e a obra de Locke influenciaram tanto os franceses como os norte-americanos.

Nesse momento de luta por restrição do poder político, isto é, tornar o poder *accountable*, há a obra de Charles Montesquieu. Contemporaneamente, em todo o continente americano e na maioria dos países europeus, os Estados Constitucionais são repúblicas. Como um dos elementos centrais do Estado Democrático de Direito encontra-se no princípio da separação dos poderes, o senso comum teórico dos juristas faz uma relação, sem fundamentação teórica em Montesquieu, entre sua proposta de limitação dos poderes e o estabelecimento de um governo republicano.⁷

Em verdade, o que se observa em “O Espírito das Leis” é uma defesa da monarquia limitada contra a possibilidade de constituição de governos despóticos. No que se refere à república, esse governo foi relevante no passado, sendo de outro lado de difícil implantação no século XVIII na visão de Montesquieu.

As repúblicas podem ser democráticas, dotadas de grande participação popular, ou aristocráticas, em que o povo elege representantes. A democracia seria inadequada pela impossibilidade de todos os cidadãos participarem em um grande território, além de o povo ser guiado pelas paixões, agindo de maneira equivocada (MONTESQUIEU, 2005, p. 170-171). De outro lado, a representação seria um instrumento mais adequado, sendo o povo bom para eleger, porém ruim para governar diretamente.

De outro lado, a monarquia seria o modelo de Estado possível e desejável na Europa moderna. A monarquia é um governo que por natureza exige a existência de poderes intermediários e, por princípio, é guiada pela honra.

A diferença entre monarquia e despotismo encontra-se na existência de grupos intermediários, que são os nobres. A nobreza modera o poder do monarca, já

⁷ Sobre o senso comum teórico dos juristas, cf. Warat, 1994, p. 15.

que esse grupo possui um conjunto de privilégios que limita a ação do rei e impõe-lhe substanciais limitações.

Na discussão sobre a honra, Montesquieu (2005, p. 36-37) aproxima-se substancialmente de argumentos que serão utilizados posteriormente pelos Federalistas. A honra é um sentimento egoístico, exigindo aquele que a possui o seu reconhecimento pessoal e social pelos demais membros da sociedade.

Apesar de o egoísmo ser contrário à virtude, constituindo em quase um vício, trata-se de um sentimento essencial para a construção do bem comum em uma monarquia. Devido à necessidade da honra de cada um dos nobres e do monarca serem respeitadas, cria-se um governo limitado e controlado. Essa questão é fundamental, já que a *accountability* pressupõe a existência de um agente que deve prestar contas e ser fiscalizado por outro, logo o poder deve ser limitado.

Em Montesquieu (2005, p. 26-28), a limitação governamental não decorre apenas da honra nas monarquias, mas também das leis e do princípio da separação dos poderes. Na separação dos poderes, a grande questão encontra-se na repartição das funções e competências entre em três grupos: monarquia, nobreza e povo.

Como é de conhecimento público contemporaneamente, esses três poderes são o legislativo, o executivo e o judiciário. Aquele poder seria composto por dois grupos sociais: povo e nobres. A câmara baixa seria integrada por membros eleitos pelo povo e a câmara alta seria composta por nobres, cabendo ao legislativo como função primeira a criação de direitos e deveres por meio de lei (MONTESQUIEU, 2005, p. 171-173).

Sendo assim, uma lei para sua aprovação necessitava do acordo de vontades entre esses dois grupos sociais. Por meio desse modelo institucional, o povo e os nobres detinham certeza de que seus interesses e situações não seriam afrontadas pelo outro grupo, além de que qualquer substancial mudança seria pactuada entre os dois grupos.

O modelo atual de Estado Democrático de Direito e de *accountability* coloca o povo como mandatário ou *principal* direto ou indireto de todos os agentes estatais, logo de todos os poderes postos. Desse modo, a proposta atual difere de Montesquieu. Por sua vez, a necessidade de os agentes estatais controlarem-se e fiscalizarem-se permanece importante.

Ainda, para completar o ideal de uma constituição mista, as normas aprovadas pelo legislativo deveriam ser sancionadas pelo monarca, poder executivo. Este, por sua vez, deveria manter-se fiel à execução das normas postas.

O terceiro poder, judiciário, seria responsável por aplicar as leis postas aos casos concretos pelo raciocínio do silogismo demonstrativo. A lei seria a premissa maior, o caso concreto a premissa menor e a decisão judicial a conclusão.

Na sua leitura teórica, Montesquieu (2005, p. 172) via o judiciário como um poder nulo, já que seria apenas a boca que pronuncia as palavras da lei. Essa visão encontra-se completamente em descompasso com a prática jurídica contemporânea e com os estudos de hermenêutica jurídica.

Os membros que compõem o poder judiciário seriam escolhidos entre os cidadãos com conhecimento jurídico, sendo os juízes nomeados por certo período de tempo. De outro lado, os Federalistas (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 477) defendem que os magistrados deveriam ser dotados de vitaliciedade, garantia contra o abuso de poder. Essas formas de regulamentar a magistratura, como se verá no segundo capítulo, estabelecem maneiras diferentes de controles pelos cidadãos (*accountability* vertical) e controles pelos outros poderes (*accountability* horizontal) sobre a magistratura.

Desse modo, Montesquieu ao refletir com profundidade sobre a limitação dos poderes contribuiu na formação do nascente Estado de Direito que se opõe ao Estado de Polícia do século XVIII. Este modelo estatal defendia a possibilidade de o monarca intervir em todos os campos necessários para concretização do bem comum (NOVAIS, 2006, p. 36-37).

Se Montesquieu valoriza principalmente a visão política liberal, observa-se na obra de Rousseau especial contraponto a esses ideais a partir de contribuições democráticas e republicanas. Apesar de Rousseau ter nascido em Genebra, ele participou ativamente de importantes discussões filosóficas, políticas e sociais na França. Não se pode olvidar que na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão Francesa de 1789 encontra-se a previsão, no artigo 6º, de que a lei expressa a vontade geral.

O contraste de Rousseau (2005) com Montesquieu já pode ser visto na análise das formas de governo. Em primeiro lugar, independente de o governo ser monárquico, aristocrático ou democrático, sempre seria necessário estabelecer um Estado republicano.

Por Estado republicano, Rousseau entende que o povo é o soberano e, nas questões sociais fundamentais, a vontade geral deveria manifestar-se e decidir diretamente. De outro lado, o governo é posto em uma relação servil com o soberano.

Independente de um, de alguns ou de muitos exercerem a governança, o governo sempre estará subordinado ao povo soberano. Essa ideia é importante para o Estado Democrático de Direito contemporâneo, em que o poder em última análise reside na soberania popular.

A democracia, definida como participação direta dos cidadãos no governo, é vista como um governo ideal, porém difícil de ser concretizado. Nesse governo, são necessárias virtudes políticas, participação ativa dos cidadãos, existência de pequenas comunidades e inexistência de fortes desigualdades entre cidadãos.

Rousseau compreende essas características como aquelas que idealmente as comunidades deveriam buscar para a concretização da melhor forma de governo, porém são elementos que dificilmente encontram-se presentes nos Estados do século XVIII. De outro lado, a aristocracia (alguns cidadãos governam) seria uma boa e factível forma de governo, desde que os governantes estejam sob os auspícios da vontade geral.⁸

Como a lei é a manifestação da vontade geral, Rousseau valoriza muito o poder legislativo. Em sua visão, uma lei poderia ser elaborada por um grande legislador ou comissão, no entanto sempre a norma necessita passar pelo crivo da vontade geral, isto é, deve ser analisada pelo sufrágio livre dos cidadãos (ROUSSEAU, 2005, p. 111).

Essa visão é importante por relacionar o povo, mandatário, com os agentes estatais eleitos. De outro lado, há um problema substancial por desconsiderar a necessidade da criação de um governo moderado a partir do controle do legislador por outros agentes estatais. Não basta a sanção que o povo pode atribuir aos representantes por meio da não eleição (*accountability* vertical eleitoral), sendo necessária a existência de outras formas de fiscalização e de sanção (outras modalidades de *accountabilities*).

Como as leis são feitas pelo povo e o povo esclarecido jamais faria mal a si mesmo, pois age em conformidade com a vontade geral, não há qualquer problema

⁸ Nas palavras de Rousseau (2005, p. 151), “Se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente. Governo tão perfeito não convém aos homens”.

em renunciar aos direitos naturais. Nesse contexto republicano, o legislador estabeleceria com o consentimento popular importantes direitos civis (ROUSSEAU, 2005, p. 77-78). Essa concepção sobre o legislador e a renúncia aos direitos individuais demonstrou-se equivocada historicamente.

Por exemplo, em 1793 na França, as normas postas pelo legislador afrontaram a vida e a liberdade de diversos franceses sob o argumento de que pessoas e grupos eram inimigos da revolução. Ainda, cotidianamente observa-se a possibilidade do legislador democrático afrontar a vida, liberdade e igualdade dos seres humanos. Com a valorização gradativa e substancial da lei, surgirá a necessidade de refletir sobre a limitação do legislador, sendo este tema enfrentado por Constant no século XIX na França.

Observa-se no primeiro momento da Revolução Francesa a relevância de Locke, Montesquieu e Rousseau na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Sobre Locke, há o artigo 2º que assevera ser objetivo de qualquer comunidade política a proteção aos direitos naturais e imprescritíveis dos seres humanos. Desse modo, como prescreve o artigo 15, a partir da visão de Montesquieu, devem ser garantidos os direitos naturais e a separação dos poderes por meio de uma constituição.

Rousseau é, no início da Revolução Francesa, incorporado de maneira subsidiária, já que se busca o equilíbrio entre os poderes. Acreditava-se em 1789 que a vontade geral e a visão do legislativo como soberano poderiam ser acomodadas institucionalmente sem lesão ao princípio da separação dos poderes e aos direitos naturais.

Essa visão foi rapidamente revista pela visão dos Federalistas sobre a separação dos poderes com *checks and balances*. A análise da Revolução de Independência norte-americana e principalmente a obra dos Federalistas trazem a reflexão sobre o Estado de Direito da Europa para o continente americano.

Os revolucionários norte-americanos colocaram em prática a proposta de Locke (2006, p. 146-163) de dissolução do governo em razão das constantes violações aos direitos naturais como liberdade e propriedade privada. Passado o período de reconhecimento dos treze novos países da confederação norte-americana pelo tratado de Paris de 1783, segue-se para a estruturação do modelo de Estado federal, e não mais no modelo de uma confederação.

Em 1781, os artigos da confederação foram aprovados. Nesse documento, não existiam poderes judiciário e executivo centrais. Foi criado um legislativo central, porém sem competência para estabelecer impostos e regulamentar o comércio. Esse desenho institucional era insatisfatório para enfrentar os dilemas do novo Estado, não sendo uma forma estatal hábil para resolver os litígios entre os estados-membros da confederação norte-americana.

Foi proposta uma Constituição Federal norte-americana, a qual restou aprovada na Convenção de Filadélfia em 1787. Para a vigência da Constituição Federal, exigiu-se a ratificação de nove dos treze estados. Desse modo, Hamilton, Madison e Jay publicaram 77 artigos em dois jornais do Estado de Nova York em 1787 e 1788, buscando defender a ratificação da Constituição Federal.

Dentre os diversos temas trazidos nos artigos dos federalistas, deve-se iniciar pela defesa da república e do Estado Federal por se constituir em uma importante chave de leitura dos argumentos federalistas. Ao contrário do continente europeu, inexistia nas treze colônias um grupo de nobres influentes socialmente, sendo a elite das treze colônias composta por fazendeiros, comerciantes, industriais e profissionais liberais.

Por óbvio, assim como os estados-membros eram repúblicas, a proposta que surgiu era que o governo do Estado Federal também fosse estruturado a partir de elementos republicanos. Para obter êxito na defesa do Estado Federal republicano, tornava-se necessário superar as críticas de Montesquieu a este governo.⁹

O modelo republicano fora substancialmente criticado por Montesquieu por ser um governo do passado, incompatível com os grandes territórios dos Estados modernos. Montesquieu relacionava intensamente o modelo republicano com a participação direta dos cidadãos na condução desse governo na Idade Antiga.

A resposta dos Federalistas negava a impossibilidade de constituição de uma república dotada de grande território por não relacionar este modelo de governo com a democracia direta, e sim com a representação política. Como a participação direta democrática exige a existência de virtudes políticas, as quais muitas vezes estão ausentes no povo em razão das paixões e do pertencimento às facções, o mecanismo de representação seria o mais adequado, de acordo com os Federalistas.

⁹ Essa questão é enfrentada nos federalistas n. 9 e n. 10, cf. Hamilton; Madison; Jay, 2009, p. 69-81.

Nessa questão, importante observar as diferenças e as semelhanças entre as propostas dos Federalistas e de Rousseau. Há consenso na crítica ao governo monárquico como forma de governo que tende à tirania e na concepção de que o povo é por excelência o soberano.¹⁰

De outro lado, os Federalistas acreditam que a representação é mecanismo que pode evitar a concretização de vontades particulares. Rousseau, de outro lado, pensa que o interesse de grupos particulares pode ser imunizado por meio da atuação da vontade geral, a qual pressupõe a participação democrática direta. Rousseau defende a representação como um mal necessário, já os Federalistas fazem apologia à representação.

Na visão dos Federalistas, não há necessidade de participação direta na república democrática moderna, pois a Constituição Federal escrita norte-americana concretiza as decisões políticas populares mais importantes e os poderes executivo e legislativo seriam eleitos pelo povo, sendo os representantes aptos a buscarem o bem comum para o povo.

A representação seria um mecanismo necessário também para enfrentar o problema das facções. Estas são grupos de pessoas que defendem o interesse do grupo, que, como regra, é contrário ao bem comum.¹¹ Desse modo, as facções em uma república são fontes substanciais de problemas para um bom governo.

Como os representantes encontram-se distantes das facções existentes nos seus estados-membros, eles poderão mais facilmente agir em conformidade com a razão e com o bom senso devido, porque não se encontram pressionados constantemente pelos grupos locais (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 79-80).¹²

¹⁰ A crítica dos Federalistas à monarquia fica clara na comparação entre o presidente da república com o monarca, mostrando as diversas diferenças entre os dois no federalista n. 67. Cf. Hamilton; Madison; Jay, 2009, p. 421-424.

¹¹ Define-se facção como “um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unindo e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 76)

¹² Sobre a proposta de república democrática moderna e sua diferença com as repúblicas antigas, assim se manifestam os Federalistas: “A eficácia de vários princípios é agora bem compreendida, em contraste com seu desconhecimento total ou interpretação errônea por parte de nossos antepassados. A distribuição correta do poder entre os diferentes departamentos, a adoção do sistema de controles legislativos, a instituição de tribunais integrados por juízes não sujeitos a demissões sem justa causa, a representação do povo no Legislativo por deputados eleitos diretamente: tudo constitui novidades resultantes dos acentuados progressos dos tempos modernos em busca da perfeição. Criaram-se assim meios, e meios poderosos, permitindo que sejam assegurados os méritos do governo republicano e reduzidas ou evitadas suas imperfeições” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 70).

Na discussão sobre a república e a representação, observam-se questões de *accountability* vertical eleitoral. Em primeiro lugar, a *accountability* eleitoral pressupõe que os cidadãos podem votar e, dessa forma, sancionar partidos e políticos que não agiram adequadamente.

Há problema para funcionamento desse mecanismo, pois existia escravidão e as mulheres não possuem direitos políticos. Não se observa a defesa do fim da escravidão tanto nos federalistas como em Thomas Jefferson, político e pensador norte-americano que apresentava algumas teses contrárias às competências do poder central federal. Em Jefferson (1985, p. 8-10), apenas na sua correspondência privada, vislumbram-se argumentos contra a escravidão.

Ainda, um dos argumentos que justifica a representação no congresso nacional constitui-se na grande distância entre os representantes e os representados. Este postulado viola o núcleo do pensamento democrático e da *accountability* eleitoral, que pressupõe que os representados constantemente acompanham o mandato dos seus representantes.

Apesar desses déficits democráticos na concepção Federalista, não se pode negar a importância da defesa de um modelo de república democrática moderna em que, em última análise, o povo constitui-se no soberano. Esse modelo estrutura-se na representação.

A estrutura da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito e da *accountability* horizontal (controles e aplicações de sanções em sentido lato pelos agentes estatais entre si) também foi substancialmente influenciada pelas reflexões federalistas sobre a constituição norte-americana. Os poderes legislativo, executivo e judiciário, conforme coloca Montesquieu, deveriam ser independentes. De outro lado, os federalistas deixam claro que a independência não significa ausência de intervenção dos poderes entre si (*checks and balances*).¹³

Apesar de o legislativo ter como função principal legislar e possuir independência para tanto, isso não significa que o veto do presidente da república afronta a separação dos poderes. O argumento da independência do poder não pode ser utilizado para gerar um poder sem limites (*unaccountable*), devendo os outros dois poderes por meio de mecanismos institucionais exercerem esse controle (*accountability*). Importante observar que o judiciário através do controle de

¹³ Essa questão encontra-se no federalista n. 51, cf. Hamilton; Madison; Jay, 2009, p. 329-333.

constitucionalidade cumpre um importante papel de limitador do executivo e do legislativo.

Apesar de os legislativos federal e estaduais possuírem competências para legislarem em diversos temas, há restrições aos direitos e aos deveres que podem ser criados. A principal limitação seria a observância da Constituição Federal escrita.

Há aqui a introdução da concepção de supremacia constitucional e o estabelecimento de que cabe ao poder judiciário nos casos concretos apresentados à jurisdição exercer o controle de constitucionalidade.¹⁴ Tratava-se na leitura dos Federalistas de uma medida necessária para estabelecer a limitação dos poderes, assim como um mecanismo de garantia da vontade popular.

O argumento apresentado era que a constituição representaria por excelência a vontade do povo à medida que seria ratificada pelos poderes legislativos estaduais da confederação norte-americana. De outro lado, não poderia uma lei, muitas vezes criada a partir de incentivos passionais e momentâneos, subverter a ordem constitucional democrática.

Contemporaneamente, sabe-se que a questão é mais complexa, necessitando reconhecer que o controle de constitucionalidade judicial restringe de certa forma a possibilidade de o legislador democrático tomar decisões em temas importantes.¹⁵ Para que o judiciário pudesse realizar adequadamente sua função constitucional de guardião da constituição, os membros desse poder deveriam possuir independência, a qual seria garantida pela estabilidade no cargo e na irredutibilidade dos honorários (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 481-487).

A estabilidade era a garantia de que o magistrado não seria exonerado do seu cargo em razão da concessão de decisões contrárias aos interesses do executivo e do legislativo. Essa estabilidade estava condicionada à boa atuação dos magistrados, isto é, na rigorosa obediência aos seus deveres judiciais. A irredutibilidade dos seus honorários (salários) constitui-se em medida essencial para

¹⁴ De acordo com os Federalistas: “Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobre tudo o que eles proíbem” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 479).

¹⁵ Para uma leitura crítica ao *judicial review*, cf. Waldron, 1999, p. 209-312.

impossibilitar ações dos outros poderes na independência do judiciário com ameaças de diminuição de salários.

Importante observar que, apesar de a vitaliciedade ser adotada em muitos países, discute-se que os agentes estatais do judiciário deveriam ser eleitos como acontecem hoje em trinta e três estados-membros da Federação norte-americana. Em outras palavras, existiria o mecanismo de controle da população sobre o judiciário (*accountability* vertical eleitoral judicial).

Ainda, os federalistas de maneira interessante refletem sobre a necessidade de uma magistratura federal para uniformizar as interpretações das leis federais e julgar temas específicos de interesse da federação. De outro lado, os juízes estaduais também estariam vinculados à execução das normas federais, já que se tratam de leis vigentes para todos os membros da federação.¹⁶

A ideia dos federalistas é que as causas fossem ajuizadas nas justiças estaduais, com exceção da competência originária da justiça federal, podendo ser dirigidas apelações para os tribunais federais e para a Suprema Corte Norte-Americana.

1.1.2 *Rechtsstaat*, *Rule of Law* e Fundamentos do *État de Droit*

O termo específico Estado de Direito surge na Alemanha no século XIX. Originalmente, a bibliografia alemã designava as ideias postas por Kant e por seus seguidores como a escola do “Estado de Direito” (COSTA, 2006, p. 116).

Em Kant, para que o indivíduo exerça sua liberdade com responsabilidade, torna-se necessário que o Estado garanta um instrumental jurídico. A igualdade e a liberdade não eram postas pelo Estado, pois se constituem em ditames racionais.¹⁷ O Estado deveria, por sua vez, estabelecer leis tutelando a liberdade e a igualdade para que esses valores imperassem.

Em outras palavras, o Estado possui a obrigação de garantir a liberdade e a igualdade, respeitando a autonomia dos indivíduos e a sua dignidade.¹⁸ Desse

¹⁶ A criação da magistratura federal e a competência da magistratura estadual são debatidas no federalista n. 81. Cf. Hamilton; Madison; Jay, 2009, p. 495-503.

¹⁷ Essa questão fica clara na enunciação do princípio universal do direito, o qual deveria ser concretizado pelos Estados: “É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade de arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais” (KANT, 2005, p. 46).

¹⁸ Sobre as funções do Estado e do direito público, cf. Kant, 2005, p. 149-158.

modo, o Estado encontra-se limitado, não podendo atentar contra a igualdade e a liberdade. Essas reflexões foram chamadas pela juspublicística alemã de Escola do Estado de Direito. Nos termos da *accountability*, os agentes estatais eram limitados pelas leis, sendo *accountable* pelo mecanismo legal (*accountability* legal).

As discussões sobre o Estado de Direito ocuparam parte substancial do debate jurídico na Alemanha no século XIX. A reflexão sobre o *Rechtsstaat* é formulada de maneira explícita por Friedrich Julius Stahl e Robert Von Mohl na primeira metade do século XIX. Essa construção histórica é aprofundada na segunda metade dos oitocentos por diversos autores, sendo fundamentais na compreensão da influência dos alemães ao Estado de Direito as obras de Otto Bähr e Rudolf Von Jhering.

Em primeiro lugar, deve-se compreender o contexto em que ocorre o debate sobre o Estado de Direito. Apesar de o conceito de Estado de Direito ter sido cunhado como um atributo do pensamento kantiano, as construções posteriores sobre esse modelo de Estado são feitas a partir de uma leitura crítica do legado kantiano.

Para Mohl e Stahl, por exemplo, o Estado e o direito são produzidos por uma comunidade específica e em uma história institucional. Não se pode falar em um conjunto de direitos universais e em um modelo universal de Estado.

Sobre a contribuição das reflexões do direito público alemão do século XIX, deve-se pontuar i) a importância do formalismo jurídico para a construção da previsibilidade do direito e da limitação do Estado, ii) a necessidade de o Estado intervir para concretizar a liberdade e a igualdade social, iii) a necessidade de controle da administração pública pelo judiciário, iv) a relevância da sociedade civil na influência e na contenção do Estado e v) a importância da auto-limitação estatal. De outro lado, o grande problema que não consegue ser equacionado adequadamente diz respeito à limitação ao legislador.

Todas essas questões são importantes para a *accountability*. O agente estatal deve ser fiscalizado, controlado e sancionado. As formas jurídicas são importantes por estabelecer padrões de condutas que limitam os agentes estatais. De outro lado, há o perigo de o controle ser apenas formal e não materialmente exercido.

O Estado necessita intervir para trazer liberdade e igualdade materiais. De outro lado, as ações do Estado e em especial da administração pública devem ser influenciadas e controladas pelos cidadãos (*accountability* vertical) e por outros

agentes estatais como o judiciário (*accountability* horizontal). Também, além de sofrer controles de outros agentes e do povo, é importante que os órgãos internos exerçam autolimitação (*accountability* institucional interna).

Stahl define o Estado de Direito como um modelo estatal que atua por meio da forma jurídica (COSTA, 2006, p. 122). Nessa leitura, o Estado é limitado pela forma direito, porém não há conteúdos universais que necessariamente restringem a ação estatal. Os direitos atribuídos aos indivíduos como membros do grupo e os limites da atuação do Estado são disciplinados pelo direito historicamente construído.

Essa leitura do Estado do Direito permite que a comunidade estatal prescreva qualquer fim desde que legitimado pelo direito.¹⁹ O grande problema dessa perspectiva encontra-se na ausência de limites materiais, podendo o Estado, em princípio, atuar da maneira que entenda melhor.

Outra proposta teórica sobre o Estado de Direito encontra-se em Robert Mohl com a publicação em 1832 do livro *“Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaat”*. Apesar da sua crítica ao individualismo abstrato kantiano, Mohl acredita que a função do Estado é reconhecer e potencializar a liberdade dos membros da sociedade. Para promover a liberdade, o direito e o Estado não devem apenas preservar uma zona de não intervenção na esfera privada, necessitando, de outro lado, intervir para a produção da liberdade e da igualdade materiais dos indivíduos (COSTA, 2006, p. 124).

Esse argumento de Mohl encontra uma justificação no seu contexto histórico. Já no início do século XIX observam-se demandas por igualdade jurídica e material.

Por exemplo, existiam alguns estados membros da Federação norte-americana que aboliram o voto censitário, tendência que gradativamente foi seguida pelos países europeus. Nas correspondências de Jefferson (1985, p. 34-36) no final do século XVIII e no início do século XIX, já se observa sua preocupação com a igualdade material e com a universalização da educação.

Uma sociedade deveria ser minimamente igualitária para que os cidadãos não fossem oprimidos economicamente, assim podendo gozar de uma vida adequada sem sofrer opressões que podem dificultar a sua participação pública. Ainda, uma

¹⁹ De acordo com Novais (2006, p. 114), “Assim, e pela primeira vez em termos da doutrina geral do Estado, a redução formalista do Estado de Direito abria o conceito a um qualquer conteúdo e compatibilizava-o com qualquer tipo de Estado, desde que agisse «na forma do direito»”.

sociedade republicana necessita de uma comunidade de cidadãos esclarecidos, os quais possam tomar decisões de maneira direta e eleger representantes políticos adequados.

Também, apesar de considerar a propriedade privada um direito natural, Jefferson assevera ser um absurdo a existência de propriedades improdutivas.²⁰ Essas mudanças permitiriam melhorar a utilização do voto como mecanismo de *accountability* vertical eleitoral (sancionar os partidos e candidatos) e como *accountability* vertical não eleitoral (debates e discussão na sociedade civil com sanções como exposição pública).

De outro lado, na Europa, observa-se uma crítica ao núcleo dos nascentes Estados de Direito. Não se tratava de uma proposta reformista como em Jefferson, e sim revolucionária. Essa crítica era a marxista.²¹

Em 1843, Karl Marx publica “A Questão Judaica”. Nesse texto, o autor alemão considera os Estados de Direito existentes na Europa como Estados burgueses. O Estado burguês respeita a propriedade privada. Ao não estabelecer o fim dessa categoria jurídica e econômica, constitui-se na fonte da opressão social.

O progressivo fim do voto censitário permite que os homens independente de suas rendas participem do processo de eleição e de tomada de decisão no Estado de Direito. De outro lado, além das relações que acontecem na sociedade política, na sociedade civil o que impera é a lógica do sujeito proprietário e egoísta.

Na leitura de Marx, esse modelo estatal respeita a liberdade de comércio e a liberdade de indústria, não promovendo uma melhor distribuição das riquezas sociais. O Estado de Direito burguês preserva a liberdade do indivíduo burguês de não ter sua esfera privada violada pelos órgãos estatais, porém, na esfera privada dos trabalhadores, que é opressiva, o Estado pouco faz para mudar essa realidade.²²

²⁰ Dois trechos são esclarecedores. Sobre a educação, Jefferson (1985, 34) afirma que “É axioma, em meu espírito, que nossa liberdade jamais poderá estar segura senão nas mãos do próprio povo, mas também do povo com certo grau de instrução. É o que cumpre ao Estado levar a efeito, com base num plano geral”. No que se refere à propriedade privada, ele assevera que “Onde existem em qualquer país terras não cultivadas e pobres desempregados, é claro que as leis de propriedade se estendam, de tal forma, a ponto de violarem o direito natural” (JEFFERSON, 1985, p. 5).

²¹ Para um panorama das relações entre socialismo, democracia e povo no século XIX, cf. Eley, 2005, p. 35-150.

²² Nas palavras de Marx (1991, p. 50), “o homem não se liberta da religião; obteve, isto sim, liberdade religiosa. Não se libertou da propriedade, obteve a liberdade de propriedade. Não se libertou do egoísmo da indústria, obteve a liberdade industrial”.

Desse modo, questão posta por Marx era de que a emancipação social apenas aconteceria com a alteração da estrutura social e com o fim do Estado de Direito. No século XX, a Rússia e países do leste europeu, assim como a China e Cuba, buscaram implantar o Estado socialista, derrubando o Estado de Direito burguês. Contemporaneamente, a União das Repúblicas Socialistas ruiu e China e Cuba estão revendo seu modelo estatal. Nesses Estados, existiam problemas para exercer todas as modalidades de *accountability*.²³

Nos Estados que não promoveram completas alterações estruturais nos âmbitos político e econômico, eles incorporaram, a partir da luta do movimento operário, direitos sociais no Estado de Direito como a regulamentação da jornada de trabalho, a instituição de rede de seguridade social, a gradativa universalização da educação básica e a maior intervenção do Estado na sociedade civil.

Mohl está ciente de que a concretização da liberdade material, nos marcos do Estado de Direito, pressupõe a maior intervenção estatal na sociedade civil. Desse modo, a visão kantiana que observa a intervenção direta estatal na sociedade como um paternalismo inadequado necessita ser revista em razão dos dilemas sociais e pela busca de igualdade e liberdade materiais.

Como regra, a administração pública passa a intervir mais intensamente para atender algumas reivindicações sociais por igualdade material. Nesse contexto, em 1864, Bähr publica o "*Der Rechtsstaat*".

Bähr coloca de maneira interessante a questão da restrição e da limitação do poder político estatal pelos direitos estabelecidos socialmente. Quem garante que o Estado agirá dentro dos limites do direito e respeitará os direitos estabelecidos pelo grupo social?

Nessa questão, Bähr assevera que em relação à atuação dos poderes legislativo e judiciário não há uma obrigação jurídica propriamente dita que restrinja a atuação do Estado. Existe apenas um dever moral que não é dotado de coação jurídica.

Por sua vez, em relação à administração pública, observa-se o dever jurídico de o Estado administrador agir dentro do direito e da legalidade. Nesse caso, o garantidor desse direito é o poder judiciário, o qual por meio da jurisdição

²³ Sobre os déficits na *accountability* eleitoral, não há diversos candidatos e partidos concorrendo. No que se refere à *accountability* horizontal, inexistente uma separação de poderes com *checks and balances*. Acerca da *accountability* vertical não eleitoral, não existe liberdade adequada para os grupos da sociedade civil e a imprensa fiscalizarem os agentes estatais.

administrativa fiscaliza se o Estado agiu ou não em conformidade com as normas postas na sua intervenção na sociedade civil (COSTA, 2006, p. 127-128).

Há aqui, no direito continental europeu, o estabelecimento do judiciário como garantidor da legalidade na atuação da administração pública. O judiciário (agente estatal) fiscaliza a administração pública (agentes estatais), relação de *accountability* horizontal, pelo parâmetro legal (*accountability* legal).

Interessante ressaltar que gradativamente o poder judiciário transforma-se no garantidor dos direitos e, por conseqüência, no poder investido na manutenção do Estado de Direito. Esse papel já é exercido pelos magistrados norte-americanos e passará gradativamente a ser desempenhado pelo judiciário na Europa e na América Latina.

Dentre diversos autores que enfrentaram a questão do Estado de Direito na Alemanha no século XIX, deve-se fazer menção à obra de Jhering em razão da sua reflexão sobre a autolimitação estatal e o papel da sociedade civil. Inexiste na visão Jhering limites externos plenos que condicionam o Estado, sendo toda restrição do Estado uma autolimitação. Desse modo, a administração pública era limitada na Alemanha no século XIX em razão de uma autolimitação estatal posta pelo legislativo à administração pública, estabelecendo o judiciário como o garantidor.

De outro lado, inexistem limites jurídicos externos propriamente ditos à atuação do poder legislativo. De outro lado, Jhering confia no poder da organização social em demandar regulamentações jurídicas e positivação de direitos. Em outras palavras, ele confia na *accountability* social (vertical não eleitoral).

Desse modo, a sociedade civil organizada tem por função limitar a atuação do Estado, influenciando o poder legislativo a promover uma auto-contenção (COSTA, 2006, p. 134). Esse ponto trazido por Jhering é essencial para a compreensão do Estado de Direito até hoje.

A reflexão sobre o *Rule of Law* promovida por Albert Venn Dicey, em 1885, no livro "*Introduction to the study of law of the Constitution*", aproxima os temas típicos do Estado de Direito do contexto inglês. Há na obra de Dicey, a partir da tematização da relação entre direito, soberania e limites, um importante estudo sobre a limitação do poder político, ou seja, sobre *accountability*.²⁴ Essa reflexão é

²⁴ Sobre as relações de semelhança e de diferença sobre o Estado de Direito e a *Rule of Law*, cf. Costa, 2006, p. 139-140. Sobre a *Rule of Law*, cf. Novais, 2006, p. 53-57.

feita a partir da importância do legislador e dos juízes na construção do *Rule of Law* inglesa.

Ao contrário dos alemães que centraram a análise sobre a limitação jurídica do Estado nas discussões sobre teoria do Estado, Dicey trabalha essa mesma questão por meio da teoria da constituição. Nessa proposta de teoria da constituição, não se observa uma leitura universalista sobre o constitucionalismo, e sim uma reflexão específica sobre as instituições inglesas.²⁵

Em uma visão jurídica superficial do *Common Law*, segundo Dicey, há soberania parlamentar, a qual não encontra um limite propriamente dito em outros órgãos estatais e no poder judiciário. As normas postas pelo parlamento inglês determinam uma completa mudança nos posicionamentos jurídicos e, em especial, na jurisprudência.

De outro lado, há três ideais centrais da *Rule of Law* que se encontram incorporadas nos costumes e nas leis do Estado inglês, as quais praticamente limitam a soberania do legislador. O primeiro postulado afirma que nenhum cidadão pode ser punido sem a existência de uma lei estabelecendo a conduta como um ilícito. Ainda, essa pessoa necessita ser julgada pelos tribunais estabelecidos em conformidade com o procedimento existente (DICEY, 1897, p. 179).

Esse postulado, em verdade, deve ser interpretado para além do tradicional princípio da legalidade no direito penal. Esse axioma funda-se na vedação da arbitrariedade do Estado. Em outras palavras, não é possível o administrador público agir de maneira arbitrária, além de o Estado estar proibido de estabelecer ordens sem a edição de leis e de condenar um cidadão sem julgamento pelos tribunais postos da Inglaterra. Isso significa que os agentes estatais são *accountable*.

O segundo axioma impõe a concretização da igualdade formal jurídica, pois todos os cidadãos encontram-se sujeitos às leis postas pelo parlamento, sendo seus atos julgados pelos tribunais existentes (DICEY, 1897, p. 185). Desse modo, tanto os funcionários públicos e políticos como os cidadãos comuns possuem suas condutas reguladas pelo império do direito, isto é, pela *accountability* legal.

Por fim, as liberdades e os direitos individuais no sistema jurídico inglês tratam-se de uma construção histórica e social. Essa forma de criação do sistema de

²⁵ Essa questão fica clara na apresentação das três ideais centrais da *Rule of Law*, as quais estariam como regra ausentes na prática do direito continental inglês. Cf. Dicey, 1897, 179-195.

direitos e liberdades privilegia a eficácia social desses direitos (DICEY, 1897, p. 186-187).

A proteção e a promoção das liberdades foram construídas gradativamente por meio do reconhecimento dos direitos pelo judiciário e posteriormente pelo legislativo. Na verdade, os direitos são vistos como demandas sociais da sociedade civil que foram reconhecidos pelos precedentes judiciais na análise dos casos concretos. A partir desse substrato social e judicial, em geral as leis são criadas com o intuito de aprofundar os direitos e as liberdades reconhecidas anteriormente.

Na visão de Dicey, é possível o legislador, por meio da sua soberania, suprimir ou restringir os direitos e as liberdades. Formalmente, o legislador não seria limitado pelos outros poderes (*accountability* horizontal) e pelos costumes. Essa atuação, por sua vez, seria uma completa revolução no sistema jurídico inglês apesar de ser possível. Observa-se que o capítulo XI da “*Introduction to the study of law of the constitution*” busca demonstrar a complementariedade entre a soberania do parlamento e os três postulados do *Rule of Law*.²⁶

Sabe-se, contemporaneamente, que essa relação entre soberania do legislador e império do direito (*accountability* legal) pode não acontecer. Observou-se no início do século XXI a edição de leis que afrontavam substanciais direitos civis pelo parlamento inglês em virtude de ameaças e ações terroristas. Essas normas foram como regra aplicadas mesmo afrontando a essência do sistema inglês.

Na França, no século XIX, também há defensores do Estado de Direito e, por consequência, da *accountability*. Em especial, deve-se fazer menção à obra de Benjamin Constant, que se constitui em um liberal, conservador e monarquista.

No seu livro “Princípios políticos constitucionais” publicado originalmente em 1815, Constant (1989, p. 74) defende um modelo de monarquia limitada com a existência de cinco poderes: poder real, poder executivo, poder representativo da

²⁶ Nas palavras de Dicey (1897, p. 336): “The sovereignty of Parliament and the supremacy of the law of the land--the two principles which pervade the whole of the English constitution—may appear to stand in opposition to each other, or to be at best only counterbalancing forces. But this appearance is delusive; the sovereignty of Parliament, as contrasted with other forms of sovereign power, favours the supremacy of the law, whilst the predominance of rigid legality throughout our institutions evokes the exercise, and thus increases the authority of Parliamentary sovereignty”.

continuidade, poder representativo da opinião e poder de julgar.²⁷ Desse modo, o pensador francês propõe um novo modelo de *accountability* horizontal.

Na sua leitura, era necessário o estabelecimento de um poder neutro, que seria responsável por arbitrar os conflitos entre os outros quatro poderes. Esse poder era atribuído ao monarca e designado de real.

O monarca seria um árbitro imparcial dos conflitos. Isso seria possível, já que o monarca não ocuparia o poder executivo, e sim os ministros designados pelo rei. Dessa maneira, por não exercer o poder executivo e buscar o bem comum, o monarca seria o árbitro imparcial.

Por óbvio, essa ideia de Constant não se mostrou adequada ao Estado de Direito, pois estabelece muito poder na mão de uma pessoa, transformando o poder moderador em um agente estatal *unaccountable*. Também não é verdade que o monarca apenas indica os ministros e não exerce o poder executivo.

Constant (1989, p. 117-137) de maneira eletista defende o voto censitário, porque apenas a propriedade permite que os indivíduos tenham tempo para dedicar-se aos assuntos públicos. Ainda, a possibilidade de os não-proprietários votarem pode instaurar o caos social e a usurpação da propriedade privada. Essa proposta de Constant limita a inclusão eleitoral e, por consequência, a *accountability* eleitoral.

Trata-se de um argumento conservador e absolutamente inadequado aos ditames do princípio democrático. Em verdade, Constant encontra-se na contramão da história, pois o voto censitário já era contestado pelos Federalistas.

Apesar do seu caráter conservador, Constant traz duas reflexões importantes: uma releitura da vontade geral e a importância da opinião pública. Sobre a vontade geral, Constant (1989, p. 61-72) concorda que ela deve guiar as ações do Estado. De outro lado, assevera que essa vontade não pode violar os legítimos direitos individuais dos cidadãos.

Na leitura de Constant, a vontade geral não é ilimitada. Qualquer forma de governo ilimitado trata-se de uma tirania, existindo necessidade de *accountability* horizontal. Esta não se observa pelo número de pessoas que governam (monarquia, aristocracia e democracia), e sim pela existência ou não de limitação de seus atos.

²⁷ Não há em Constant a expressão Estado de Direito. De outro lado, suas reflexões são essenciais para a revisão da experiência revolucionária francesa e constituem-se em marcos/fundamentos para a construção do Estado de Direito na França. Cf. Costa, 2006, p. 116-120.

Há a necessidade de o Estado respeitar os direitos individuais e positivá-los de maneira clara. Para que o Estado não se afaste da garantia dos direitos individuais, deve existir uma robusta opinião pública na sociedade civil, a qual necessita constantemente acompanhar as ações estatais e exigir o respeito aos direitos individuais (COSTA, 2006, p. 118). Correto encontra-se Constant na análise do papel da opinião pública, que se constitui em elemento estrutural dos Estados de Direito para o combate ao arbítrio, para a formulação de reivindicações e para que as normas jurídicas constituam-se em limitadores dos poderes políticos, papel importante exercido pela *accountability* social.

1.1.3 Estado de Direito no Império e na República Velha Brasileiros

Existem quatro momentos importantes na análise da construção do Estado Democrático de Direito e da *accountability* no Brasil: i) 1822 – 1930, ii) 1930 – 1964, iii) 1964 – 1985 e iv) 1985 ao momento contemporâneo.²⁸ Nesses períodos, observam-se o desenvolvimento e a criação do Estado brasileiro, do sentimento nacional, dos direitos civis, políticos e sociais, da democracia, da separação dos poderes e da construção do poder judiciário.

A independência brasileira em 1822, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos da América e na América espanhola, não foi realizada a partir de substanciais confrontos militares e intensa participação popular. Buscava a independência, porém não o completo rompimento com Portugal.

Nesse contexto, a solução encontrada foi o estabelecimento da independência brasileira, porém com a manutenção da dinastia dos Bragança. Importante também compreender as razões pelas quais foi mantida a forma de Estado monárquica no momento em que nos processos de independência no continente americano optaram pela estrutura republicana.

Existia uma admiração pela construção da República Federal norte-americana e, de outro lado, um grande medo de que o Brasil se transformasse em Haiti, em que a reivindicação dos negros por participação política e fim da escravidão alterou completamente a estrutura social.

²⁸ Essa estrutura de análise do Estado Democrático de Direito e, principalmente, da cidadania encontra-se em Carvalho, 2009. Para a compreensão da construção do Estado brasileiro, cf. Almeida, 2007, p. 17-37.

A admiração pelos norte-americanos ocorreu em razão da elite ter dominado o processo de construção política, mantendo-se no poder. Ainda, os norte-americanos não estabeleceram o fim da escravidão, questão central para a sociedade brasileira. No Brasil, nas atividades rurais e urbanas, a elite, as ordens religiosas e os próprios libertos possuíam escravos.

Apesar da existência de tratado entre Brasil e Inglaterra em 1827 proibindo o tráfico de escravos e da aprovação de lei em 1831 estabelecendo o tráfico de escravos como pirataria, essas medidas não impossibilitaram essa prática substancialmente no século XIX. Também, a adoção da forma monárquica deve-se a influência européia e, em especial, da França, Inglaterra e Portugal.

A contribuição portuguesa advém do processo de colonização e a dos ingleses vem do seu papel político na independência brasileira. De outro lado, a grande influência institucional foi trazida por ideais franceses posteriores à Revolução Francesa.

Ocorreu a adoção da concepção de quatro poderes (executivo, legislativo, judiciário e moderador) e de uma nova forma de estabelecer relações de *accountability* horizontal. Cabia ao poder moderador, no caso o imperador brasileiro, estabelecer a harmonia entre os demais poderes para que nenhum desses utilizasse a sua autonomia para violar a vontade geral. Há a introdução da concepção de Constant de que a vontade geral não poderia violar os direitos, não sendo necessariamente igual à vontade popular e a vontade geral.

Nesse contexto, o imperador seria responsável por efetivar a vontade geral. De outro lado, há uma importante diferença entre a posição de Constant e a disciplina constitucional de 1824. O constitucionalista francês assevera que o poder moderador seria exercido pelo monarca e o poder executivo pelos ministros. A constituição brasileira, por sua vez, no art. 102, afirma que o chefe do executivo é o imperador, atribuindo-lhe inúmeras funções executivas.

A proposta de Constant, ao estabelecer o monarca como poder moderador, já atribuía um poder exacerbado ao rei. A constituição brasileira consegue ser pior, porque estabelece ainda o poder executivo ao imperador brasileiro. Esse desenho institucional é inadequado para os ideais de fiscalização e controle (*accountability*), pois o Imperador controla, fiscaliza e pode sancionar ministros, legisladores e juízes e não é controlado por outro agente estatal ou pelo povo (*accountability* vertical eleitoral).

Em 1824, Dom Pedro I outorga a primeira constituição brasileira, desconsiderando a concepção revolucionária francesa de que o Poder Constituinte encontra-se nas mãos do povo e da nação. Em verdade, a própria ideia de uma nação brasileira inexistia até principalmente a guerra do Paraguai.

A independência em relação às outras nações é prevista no artigo 1º e o estabelecimento de uma monarquia hereditária, representativa e constitucional no art. 3º. Importante observar que a representação era atribuída ao Imperador, com caráter hereditário, e a Assembléia Geral por meio dos mecanismos eleitorais nos termos do art. 11. A separação quadripartite encontra-se prevista no art. 9º.

Apesar de a constituição ter sido outorgada por Dom Pedro I, o qual se auto-intitulou em defensor perpétuo do Brasil no art. 4º, e de inexistir um sentimento nacional, os poderes constituídos seriam delegações do poder nacional (da nação), segundo o art. 12. Há aqui a concepção, infelizmente na época meramente formal, de que os poderes instituídos (agentes estatais) possuem seu poder legitimado no povo nacional (*principal*).

O Estado brasileiro possuía a estrutura unitária nos termos do art. 2º. O poder legislativo era composto pela câmara de deputados e pelo senado. Ambas as câmaras eram eleitas, sendo os componentes daquela câmara dotados de mandato de quatro anos salvo a dissolução imperial e os senadores possuíam mandatos vitalícios.

O sufrágio brasileiro, comparando com os dos países europeus, era bastante progressista. Todos os homens livres, maiores de vinte e cinco anos e com renda superior a 100 mil réis, como regra, podiam participar do processo eleitoral. A disciplina sobre as eleições encontra-se no art. 90 ao art. 97.

Como coloca Carvalho (2009, p. 31), 13% da população brasileira total votava, que representava 50% dos adultos homens. Na Inglaterra e Itália, por exemplo, votavam respectivamente 7% e 2% da população total.

Até 1881, a votação para o Poder Legislativo era indireta e em dois turnos. No primeiro, os votantes escolhiam os eleitores, os quais deveriam possuir renda mínima de 200 mil réis (o menor salário público em 1876 era de 600 mil réis). Esses eleitores escolhidos no primeiro turno elegiam os deputados e senadores, sendo para estes constituídas listas tríplexes e cabendo ao imperador a escolha do senador.

Importante observar que os analfabetos também exerciam o sufrágio no Brasil até 1881, posicionamento progressista também em consideração com o sistema eleitoral europeu. Após a independência, 85% da população brasileira era analfabeta e 90% da população vivia em zonas rurais sob a tutela dos proprietários rurais.

O poder judiciário encontra-se disciplinado no art. 151 ao art. 164, o qual é independente nos termos do art. 151. De outro lado, o imperador, no uso do seu poder de árbitro e moderador, poderia suspender os magistrados em razão de queixas contra as suas atuações depois de ouvido o magistrado e o Conselho de Estado nos termos do art. 154.

Os juízes de direito eram vitalícios, porém não se encontravam dotados da garantia funcional da inamovibilidade de acordo com o art. 153. A perda do cargo de juiz de direito acontecia apenas por meio de sentença judicial, conforme o art. 156. Existiam os tribunais de relações responsáveis pela segunda instância e o Supremo Tribunal de Justiça, órgão judiciário de maior hierarquia nos termos dos arts. 163 e 164.

No último título da Constituição Brasileira, Título 8º, há a previsão da garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. No artigo 179, observa-se a positivação desses direitos nos seus trinta e cinco incisos. Existe a garantia do princípio da legalidade, da irretroatividade das leis e da liberdade de expressão, respectivamente nos incisos I, III e IV.

Ainda, a independência judicial decisional (tomada de decisão) é garantida, sendo vedada a avocação das causas pendentes de julgamento e a revisão de processos findos no inciso XI. Os cidadãos apenas seriam sentenciados pelas autoridades competentes e em conformidade com as regras processuais postas nos termos do inciso X.

Há a consagração do princípio da igualdade formal, sendo a lei aplicada para todas as situações prescritas na situação de incidência legal, de acordo com o inciso XIII. Existem diversas garantias penais como a impossibilidade de aplicação de penas cruéis (açoites, torturas e marcas com ferro quente), a qual está prevista no inciso XIX. Deve-se registrar, por fim, a previsão da garantia de socorros públicos, isto é, prestações estatais em caso de necessidade, no inciso XXXI e a universalidade da instrução primária gratuita no inciso XXXII.

Apesar da proteção constitucional de relevantes direitos civis, tratam-se de garantias que não foram efetivas no período imperial. Os principais problemas para

a ausência de efetividade desses direitos residiram na escravidão, no poder dos grandes proprietários de terra e na privatização do poder público (CARVALHO, 2009, p. 45).

É preciso registrar que o Brasil foi o último país de origem cristã e ocidental a findar a escravidão (CARVALHO, 2009, p. 46-47). Após o término da escravidão, a construção de políticas públicas de educação, de trabalho e de moradia para os libertos era apenas vista como um ato de bondade.

Desse modo, sem uma inserção qualificada na sociedade, a participação dos negros nos instrumentos de *accountability* social é pequena. Também, como o voto para analfabetos era vedado e a maioria dos negros era analfabeta, os negros não participavam da *accountability* vertical eleitoral.

A cidadania também era violada por meio da ação dos grandes proprietários de terras e pela privatização do poder político. Na prática, o que valia nas regiões rurais era a vontade do coronel. Também, o poder dos proprietários de terras era substancial na composição do próprio Estado.

Existia toda uma organização social para conduzir o processo eleitoral, fazendo com que os candidatos da elite agrária fossem eleitos para os cargos da província e da câmara de deputados e senado. Os agentes estatais eleitos estabeleciam relação com as elites, e não com o povo como propõe a *accountability* vertical eleitoral democrática.

Essa forte influência da elite agrária pode ser vista na construção do poder judiciário imperial. O poder judiciário imperial foi moldado a partir da Lei n. 261 de 03.12.1841. Há o cargo de juiz municipal, sendo requisito para a investidura o diploma de bacharel em direito e a prática jurídica de um ano nos termos do art. 13 da referida lei.

Trata-se de um cargo que a nomeação competia ao imperador, sendo o cargo exercido por quatro anos, nos termos do art. 14. Os juízes de direito, por sua vez, também eram nomeados pelo imperador entre aqueles bacharéis que exerceram os cargos de juiz municipal e promotor público nos termos do art. 24.

A indicação pelo Imperador, a partir da escolha do Ministro da Justiça e do apoio da elite política, era a forma por excelência de os membros da elite iniciar sua participação política. Não existia incompatibilidade entre o exercício da magistratura e o exercício de outro cargo público no legislativo ou no executivo. Por exemplo,

entre 1822 e 1853, 41,71% dos ministros de Estado e 44,41% dos senadores eram juízes (KOERNER, 2010, p. 45).

Além de ocuparem cargos políticos importantes, os magistrados eram responsáveis por equilibrar as demandas do poder central com os interesses das elites locais. De outro lado, as situações reguladas pelo poder judiciário eram pequenas.

As relações sociais dos indivíduos com capacidade jurídica limitada (mulheres, filhos e escravos) tratavam-se de relações domésticas resolvidas pelo chefe de família. Existiam jurisdições especiais para militares e eclesiásticos. Os proprietários de terras eram como regra membros da guarda nacional, não sendo julgados pela jurisdição ordinária.

De outro lado, apenas as relações entre os particulares e os crimes eram julgados pelo poder judicial. Já nas relações dos cidadãos com o poder público, os pleitos deveriam ser formulados aos órgãos administrativos (KOERNER, 2010, p. 41).

A independência judicial e a profissionalização dos magistrados foram temas bastante discutidos no período imperial.²⁹ As dúvidas interpretativas das leis postas pelo parlamento eram sanadas pelo ministro da justiça ou pelo Conselho de Estado, sendo este órgão responsável por aconselhar o imperador e manifestar-se sobre questões importantes e medidas gerais da administração pública nos termos do art. 142 do Constituição Imperial. Desse modo, não existia a livre interpretação das leis e da constituição pelos magistrados, designada de independência judicial decisional.

De outro lado, a reforma do poder judiciário promovida pela lei 2.033 de 1871 buscou aumentar a profissionalização dos juízes. Nesse sentido, por exemplo, foi determinada que a primeira instância seria exercida exclusivamente por juízes de direito nas capitais que são sedes dos tribunais da Relação e nas comarcas próximas a esses tribunais, segundo o art. 1º.

²⁹ Há uma importante relação entre garantia dos direitos civis e jurisdição, acreditando que os juízes independentes podem proteger os direitos. Esse foi um argumento importante defendido pelos liberais no período imperial. De outro lado, infelizmente, a independência judicial pode ser utilizada para não concretizar direitos. Por exemplo, em 1852 na Relação da Bahia, apesar de existir lei amplamente discutida proibindo o tráfico negreiro, esse tribunal deixou de pronunciar os traficantes. Quando o Conselho de Estado buscou apurar a responsabilidade judicial por abuso de poder e prevaricação nos termos do art. 156 da Constituição Imperial, os desembargadores alegaram a impossibilidade de qualquer sanção ou responsabilização em virtude da independência judicial. Sobre essa questão, cf. Koerner, 2010, p. 68-69.

Ao final do império, a discussão sobre a independência dos magistrados e a profissionalização dos juízes era pauta política. De outro lado, observa-se um retrocesso no âmbito dos direitos políticos que será mantido durante a república: a proibição de votar dos analfabetos.

Em 1881, foi aprovada a lei Saraiva (decreto 30.029 de 1881), a qual procurava combater as práticas eleitorais corruptas que eram regra durante o período imperial. Desse modo, colocou-se fim a votação indireta para os cargos eletivos, além de estabelecer o título de eleitor como uma tentativa de evitar fraudes eleitorais.

De outro lado, no art. 8º, II, encontrava-se a prescrição de que apenas poderiam alistar-se eleitoralmente as pessoas que soubessem ler e escrever. Esse mecanismo retirou o direito político de parcela substancial do eleitorado, votando na eleição parlamentar de 1886 somente 0,8% da população brasileira (CARVALHO, 2009, p. 39).

Essa norma prestou um grande desserviço à democracia e à cidadania brasileira. Não há democracia e aprendizado democrático sem a participação popular no processo eleitoral.

Em 15 de novembro de 1889, o Brasil tornou-se um Estado republicano e federal. A defesa da república e da federação foi apoiada por diversos atores e grupos sociais por inúmeros motivos. No término do império, o que aglutinou os inúmeros atores foi principalmente um sentimento contra a figura do imperador e não uma ação política pela república federativa.³⁰ De outro lado, é inegável que a causa da república federal foi uma bandeira importante do Partido Republicano Paulista a partir de 1860.

Na construção da república brasileira, observa-se o interesse na formação da república e do federalismo como elemento para beneficiar as elites políticas locais e, em especial, das grandes províncias. De outro lado, a inspiração institucional para o movimento republicano encontrou-se nas instituições jurídicas norte-americanas, tendo Rui Barbosa um papel relevante na construção desse modelo.

Em uma república federal democrática na perspectiva tradicional norte-americana, cabe aos tribunais em última análise garantirem os direitos civis e políticos, sendo a separação dos poderes estabelecidas pelas normas

³⁰ Sobre a transição do Império para a República, cf. Koerner, 2010, p. 140-142 e Almeida, 2007, p. 20-21.

constitucionais (KOERNER, 2010, p. 140). Desse modo, há a defesa do modelo de *accountability* horizontal do Estado Democrático de Direito.

A grande questão na formação da república velha era como equilibrar a autonomia política nacional com a autonomia política dos estados-membros. Os grandes estados como Rio de Janeiro e Minas Gerais possuíam interesse na atribuição de grande independência aos estados-membros para que a elite política local pudesse dirigir os assuntos de seu interesse.

Basicamente foram formadas três posições sobre as competências legislativas e o poder judiciário na Constituinte: i) dualista – defesa de que tanto a União como os estados-membros legislariam sobre direitos material e processual, além de existir os poderes judiciários federal e estadual, ii) unitarista - sustenta a existência da unidade do poder judiciário e a competência legislativa exclusiva da União para legislar sobre direitos material e processual e iii) misto - propõe que os estados-membros apenas legissem sobre processo e estructurem e organizem a justiça estadual, cabendo à união legislar sobre direito material e constituir a justiça federal (KOERNER, 2010, p. 162).

As maiores províncias como São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e as províncias em rápido processo de ampliação das exportações como Amazonas e Pará estavam interessadas na defesa de um modelo federativo bastante descentralizado, que concede substancial autonomia aos estados-membros. De outro lado, as províncias menores defendiam como regra a proposta unitária, pois dessa maneira elas poderiam influenciar de maneira mais intensa o processo de construção política, já que os grandes estados-membros necessitariam chegar a acordos com os estados de menor importância econômica e populacional.

Em verdade, nessa disputa há duas questões importantes em discussão: interesses financeiros e interesses políticos. Na esfera financeira, inúmeros eram os assuntos da ordem do direito material que interessavam os maiores estados-membros. Por exemplo, com a competência legislativa dos estados-membros para legislar sobre imposto de exportação, para regulamentar a captação de empréstimos no exterior e para disciplinar o regime jurídico das terras públicas, esses grandes estados teriam uma substancial autonomia financeira e uma grande independência em relação à união e aos estados-membros econômica e populacionalmente menores.

Essa autonomia financeira criaria uma intensa autonomia política, não sendo possível aos menores estados realizarem barganhas com os entes federativos mais fortes (KOERNER, 2010, p. 166). De outro lado, a constituição republicana de 1891 adotou o sistema misto.

O art. 5º prevê que compete aos estados-membros prover com seus recursos o seu governo e a sua administração, intervindo a união somente em momentos de calamidade pública. Também, a regra constitui-se na impossibilidade da união realizar ingerências sobre os estados-membros, nos termos do art. 6º.

O congresso nacional, formado pela câmara de deputados e pelo senado, era dotado de competência privativa para legislar sobre direito civil, penal e comercial, assim como estabelecer as normas processuais aplicáveis à justiça federal, nos termos do art. 34, 23º. Ainda, o poder legislativo federal era responsável por organizar a justiça federal nos termos do art. 34, 26º.

Na seção II, há o estabelecimento do instituto do presidente da república como chefe do poder executivo federal. No estabelecimento do poder executivo, assim como no legislativo e no judiciário, foi aguda a influência do modelo constitucional federal norte-americano.

No âmbito judiciário, foi desenhada institucionalmente a existência de dois poderes judiciários que, como regra, eram bastante autônomos e independentes entre si. O constituinte estabeleceu expressa proibição de a justiça federal intervir em questões da competência da justiça estadual por meio de anulação, suspensão ou alteração das decisões ou sentenças, nos termos do art. 62.

A principal exceção a essa regra era o exercício do controle difuso de constitucionalidade, sendo possível apresentar recursos das decisões da justiça estadual a partir da alegação da inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo estaduais, segundo o art. 59, § 1º, b. Ainda, os juízes federais de primeira instância e os tribunais federais eram competentes para julgar as causas que se alegasse a incidência da constituição federal, de acordo com o art. 60, a.

Com o intuito de preservar a separação dos poderes, a qual foi adotada por meio da concepção federalista norte-americana de pesos e contrapesos, uma pessoa física investida em um cargo público em um dos poderes não poderia exercer outro cargo em diverso poder constituído, segundo o art. 79.

Importante ressaltar que a discussão sobre o estabelecimento de um poder judiciário radicalmente dual não foi construída por ser a melhor maneira de defender

os direitos individuais dos cidadãos, e sim por ser um importante interesse das elites locais. Assim como a elite local procurou substancial autonomia para o executivo e o legislativo dos estados-membros, buscou-se também o estabelecimento de um poder judiciário estadual que decidiria como regra todas as questões atribuídas à sua competência.³¹

Há previsão constitucional sobre a vitaliciedade dos juízes federais, além da garantia de irredutibilidade salarial no art. 57. Também, administrativamente os membros dos tribunais federais elegiam a cúpula diretiva, assim como o presidente do tribunal era responsável pela nomeação e exoneração dos empregados da secretaria, de acordo com o art. 58, *caput*. Esses são elementos importantes para a independência judicial institucional.

Apesar de a constituição não se manifestar de maneira explícita sobre a inamovibilidade, o Supremo Tribunal Federal considerava-a como um desdobramento da vitaliciedade (SAMPAIO, 2007, p. 34). Sobre as garantias dos magistrados estaduais, essa questão foi bastante polêmica.

O art. 57 previu a vitaliciedade e irredutibilidade dos salários para a justiça federal. Nesse contexto, defendeu-se que não existia obrigatoriedade dessas garantias serem previstas nas constituições dos estados-membros. Essa interpretação foi sustentada por meio da interpretação de que essas garantias não eram princípios constitucionais da união.

Como apenas os princípios constitucionais da união deveriam obrigatoriamente ser seguidos pela constituição estadual, nos termos do art. 63 da constituição republicana federal de 1891, era comum a não previsão das garantias e o uso político do poder judiciário. Constituições e leis estaduais autorizavam o chefe do executivo estadual a nomear, remover, aposentar e exonerar juízes. Por mais que o Supremo Tribunal Federal julga-se que as garantias judiciais também eram

³¹ Sobre o federalismo dual brasileiro desse período, cf. Almeida, 2007, p. 20-21. No que se refere à construção do sistema judiciário, “as novas atribuições políticas do Poder Judiciário não foram temas polemizados durante a Constituinte. Quanto ao STF, a lacuna manifesta-se especialmente em relação ao seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis e, com isso, o papel do novo órgão para garantir o predomínio da Constituição na esfera dos direitos individuais contra os atos dos outros poderes políticos. Mais que uma lacuna, vemos que no processo de organização constitucional da República, a nova Constituição era considerada sob a perspectiva do novo pacto federativo. (...). Os sujeitos cujos direitos deveriam ser resguardados pelo novo pacto não eram os indivíduos; eram antes os Estados considerados como entidades políticas autônomas e preexistentes à nova federação” (KOERNER, 2010, p. 170). Também, sobre a dualidade da magistratura, cf. Sampaio, 2007, p. 34-36.

aplicáveis aos magistrados estaduais, essas ordens judiciais foram constantemente violadas pelos governadores (SAMPAIO, 2007, p. 35-37).

Essa questão apenas foi pacificada por meio da Reforma Constitucional de 1926, passando a constituição no art. 6º, II, 'i', a estabelecer a obrigatoriedade da garantia da vitaliciedade e irredutibilidade dos salários também para os magistrados estaduais. A estrutura da República Velha começa a ruir por diversos fatores, dando início a um novo ciclo político, social e constitucional com a revolução de 1930 e o advento ao poder de Getúlio Vargas.

1.2. Dilemas e Desenhos Institucionais do Século XX

No século XX, novas demandas sociais surgem e os desenhos institucionais do Estado de Direito e as relações de *accountability* são parcialmente revistos. No que se refere à *accountability* legal (observância das leis e do direito sob pena de aplicação de sanções), a obra de Kelsen revela-se importante. Também, no início do século XX, as novas relações entre os poderes e a sociedade civil a partir da maior intervenção social e da economia são problematizadas.

Esses dois temas compõem o primeiro item da segunda parte do primeiro capítulo. Na última seção deste capítulo, os desenhos institucionais e dilemas do Estado brasileiro no século XX até o golpe de 64 são apresentados.

1.2.1 Debate sobre os Estados Constitucional e Social

A partir da contribuição alemã sobre o *Rechtsstaat* e das reflexões inglesas sobre o *Rule of Law*, observa-se a importância do judiciário para a limitação do Estado e para a *accountability* horizontal no direito europeu. Para os alemães no século XIX, o poder judiciário deveria principalmente limitar a discricionariedade da administração pública, controlando a sua legalidade. De outro lado, a proposta de Dicey para o judiciário é mais ampla, já que a garantia judicial dos direitos e a soberania do parlamento são dois elementos, na sua visão, complementares e necessários no *Rule of Law*.

A construção do Estado de Direito e da *accountability* contemporânea possui influências importantes da reflexão de Kelsen e do modelo do Estado Social de Direito. Hans Kelsen, em um primeiro momento, aprofunda a partir de uma visão

formalista a vinculação da administração pública à lei. Em um segundo momento, em razão da sua visão piramidal do ordenamento jurídico, ele apresenta importantes argumentos favoráveis ao controle judicial de constitucionalidade.

Como bem coloca Pietro Costa (2006, p. 160), o Estado de Direito transforma-se em Estado Constitucional com a obra de Kelsen. Essa afirmação é verdadeira principalmente para o contexto do direito continental europeu, pois inexistia de forma clara e sedimentada a concepção de supremacia da constituição ao contrário da tradição norte-americana.

Para Kelsen, a ciência jurídica estuda as normas jurídicas (direito). O direito, por sua vez, constitui-se em uma ordem estatal dotada de coação jurídica e formada a partir de uma hierarquia. A constituição seria a primeira norma posta, possuindo como função primária disciplinar o processo legislativo e atribuir poder ao legislador para criar normas. Essa regulamentação do processo de criação de leis é chamada de constituição material ou em sentido restrito (KELSEN, 1951, p. 100).

Em uma constituição positiva também é possível regulamentar a separação dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais. Kelsen (1951, p. 100-101) afirma que as constituições em geral no século XX disciplinam o processo legislativo, a separação dos poderes e os direitos fundamentais.

A partir dessa visão da constituição, vislumbra-se claramente o caráter formal da teoria de Kelsen. Uma constituição não possui como função primeira a garantia dos direitos fundamentais e o estabelecimento das funções, competências e limites dos poderes estatais, temas de ordem material. Em verdade, a constituição em sentido estrito apenas disciplina o processo de criação de leis, ou seja, a forma como as leis devem ser feitas.

As leis, por sua vez, encontram-se em um patamar hierárquico inferior à constituição, estabelecendo regras jurídicas gerais. Nos estados democráticos no século XX, as leis são feitas principalmente pelo parlamento que é composto por representantes do povo.

As constituições em diversos países também autorizam que normas gerais sejam postas por órgãos da administração pública desde que dentro dos limites atribuídos pela competência constitucional, necessitando ainda a administração concretizar as leis postas pelo legislador. Essas regras gerais são chamadas de decretos ou regulamentos (KELSEN, 2006, p. 102).

Os decretos e regulamentos encontram-se abaixo da lei e da constituição hierarquicamente. Desse modo, não há discricionariedade absoluta do administrador. Explica-se.

As leis e a constituição formam uma moldura normativa. Há regulamentos e decretos que afrontam as leis e a constituição localizando-se fora da moldura normativa, ou seja, essas normas situam-se fora dos limites traçados pelo sistema jurídico.³² De outro lado, as regulamentações e os decretos que não conflitam com a moldura normativa constituem-se em interpretações válidas das leis e da constituição.

Desse modo, a administração pública necessariamente vincula seus atos a normas superiores. Em caso de violação dessas normas pela administração, o judiciário pode ser acionado para restabelecer a validade das normas superiores e declarar a invalidade jurídica das normas e atos da administração.

Accountability legal significa restrição feita pelo direito aos agentes estatais. Há diversas normas jurídicas com diferenças estruturais e hierárquicas que devem ser levadas em conta na análise do seu poder de vinculação da ação dos agentes estatais.

Essa é uma contribuição importante de Kelsen ao tema da *accountability* legal. Como será visto no capítulo terceiro, o poder regulamentar do CNJ apenas pode vincular os magistrados e servidores auxiliares se for para concretizar leis postas pelo legislador e, excepcionalmente, concretizar diretamente a constituição.

Feita a apresentação dos principais elementos do sistema jurídico, enfrentar-se-ão os temas da norma hipotética fundamental e do Estado de Direito. A recondução de todas as normas válidas até a norma hipotética fundamental é o fundamento do ordenamento jurídico. Essa norma é a de maior hierarquia, porém não é posta nem é dotada de conteúdo.

Todos os planos normativos (normas jurídicas) são criados por um poder juridicamente válido. Por exemplo, a legislação é criada pelo poder legislativo. Também, todos os poderes juridicamente válidos são estabelecidos por normas. O legislador cria leis porque a constituição estabeleceu esse poder.

O plano normativo posto de maior hierarquia jurídica é a constituição, a qual foi estabelecida pelo poder (constituente) originário. Desse modo, a grande questão

³² A moldura apenas fixa limitações para a interpretação, sendo possível extrair dentro da moldura inúmeras interpretações possíveis.

é: que norma estabeleceu a competência do poder originário para criar as normas constitucionais?

A resposta é uma norma hipotética não posta no sistema jurídico, a qual não possui um conteúdo e sua única função é atribuir poder ao poder originário. Essa resposta faz sentido dentro da teoria pura do direito proposta por Kelsen (2006).

Essa teoria parte dos seguintes postulados. Direito constitui-se no conjunto de normas jurídicas vigentes, não sendo objeto de estudo da teoria pura do direito (ciência jurídica) outros objetos como fenômenos políticos, sociais e econômicos. Desse modo, não é compatível com este postulado da teoria pura do direito conceder explicações para a origem do primeiro poder (poder constituinte) a partir dos fenômenos políticos, sociais e econômicos.

Poderes constituintes originários são produtos de forte organização social ou revoluções políticas. De outro lado, como Kelsen não quer explicar a origem do sistema a partir da política, cria a ideia de norma hipotética fundamental.

Essa questão jurídica geral (da pureza da teoria pura do direito) é trazida para a teoria do Estado. O Estado, na visão de Kelsen (1951, p. 23-24), nada mais é do que uma personalidade jurídica criada pelas normas jurídicas. Desse modo, inexistente uma separação entre a realidade social estatal e as normas jurídicas que limitam o Estado.

O Estado é norma jurídica e não um produto da ordem do ser. Os órgãos e os funcionários públicos apenas agem com poder estatal em razão de obterem essa competência do sistema jurídico (dever-ser). Trata-se na visão kelseniana de uma falsa questão o direito limitar uma realidade social chamada Estado, pois Estado e ordenamento jurídico são uma mesma coisa.³³

A partir desse instrumental teórico, Kelsen enfrenta a questão do controle judicial de constitucionalidade no texto “Quem Deve Ser o Defensor da Constituição”, publicado originalmente em 1931. Kelsen (1995, p. 81-82) deixa claro que enfrentará esse tema por meio dos ditames da ciência jurídica e não da política.

Sob o aspecto da ciência jurídica, leia-se teoria pura do direito, a constituição é uma norma jurídica, sendo o poder judiciário competente para realizar o controle

³³ Nas palavras de Kelsen (1951, p. 23-24): “Resulta de aí que o *aparelho de coação*, no qual, geralmente, se pretende ver a principal característica do Estado, é idêntico à *ordem jurídica*. As regras que constituem a ordem estadual, são as regras de direito. A norma jurídica é a regra em virtude da qual se opera a imputação ao Estado, que, como sujeito de actos estaduais, é a personificação da ordem jurídica”.

de constitucionalidade. A constituição é a norma posta de maior hierarquia no sistema jurídico. Sendo assim, as leis e os atos estabelecidos pela administração necessitam situar-se dentro da moldura normativa constitucional.

Se há uma norma que se encontra fora da moldura constitucional por ser contrária às prescrições constitucionais, existe uma antinomia que necessita ser resolvida pelo judiciário. Soluciona-se essa antinomia a partir do princípio de que a lei superior revoga a lei inferior. Nesses casos, o tribunal seria um legislador negativo, ou seja, invalidaria uma norma legal em razão do seu conflito com a constituição (KELSEN, 1995, p. 36-37).

Assim como os atos e regulamentos da administração podem ser analisados pelo judiciário, tendo como parâmetro de controle a lei e a constituição, as próprias leis podem ser objeto de controle de constitucionalidade judicial para que se defendam as normas constitucionais de possíveis violações legais. Desse modo, trata-se de uma questão jurídica que os tribunais, em razão da sua independência, constituem-se em melhores defensores da constituição do que outros órgãos e poderes como o executivo.

Essa leitura de Kelsen é contrária à proposta de Carl Schmitt no seu “Guardião da constituição”. Schmitt observa a constituição principalmente no seu aspecto político como decisões políticas fundamentais. Dessa maneira, o melhor guardião da constituição não pode ser o judiciário, o qual é um órgão jurídico na sua visão, e sim o chefe do poder executivo (presidente). Este como foi democraticamente eleito pode conservar as decisões políticas fundamentais do povo (SCHMITT, 1998, p. 213-251).

Apesar desse posicionamento de Schmitt, observou-se no Estado contemporâneo o predomínio da supremacia da norma constitucional por meio do controle judicial de constitucionalidade. De outro lado, sobre a visão kelseniana de controle de constitucionalidade, algumas críticas devem ser feitas.

O principal problema do pensamento kelseniano é seu extremado formalismo. Trata-se de um equívoco sociológico, político e jurídico asseverar que direito e Estado são o mesmo fenômeno.

Há, sem dúvida, intensas relações entre Estado e direito. O direito como regra trata-se de uma criação estatal e as competências e os limites do Estado são estabelecidos juridicamente. Por outro lado, muitas vezes o Estado age afrontando o

direito posto, assim como a garantia dos direitos fundamentais e a separação dos poderes são necessárias para que as ações estatais não se transformem em tirania.

Não há em Kelsen, também, a importante mediação da política. O Estado de Direito é composto, de um lado, por questões técnico-jurídicas e, de outro lado, por fortes influências políticas do liberalismo, da democracia e do republicanismo. Negligenciar estas questões políticas é observar apenas um aspecto do Estado de Direito.

Mesmo com uma leitura apenas parcial do Estado de Direito, Kelsen traz importantes contribuições. Em primeiro lugar, apresenta argumentos jurídicos para o controle de constitucionalidade e para a supremacia da constituição em especial na tradição do direito continental europeu.

Ainda, seu formalismo gera conseqüências políticas e jurídicas importantes. O controle judicial de constitucionalidade limita a soberania do legislador, estabelecendo um importante mecanismo de *accountability* horizontal. A democracia, por sua vez, pressupõe diversas visões sobre a vida, o indivíduo e a sociedade, compatíveis com o formalismo kelseniano.

Em razão do extremo formalismo jurídico e da necessidade de aprofundar os vínculos entre Estado de Direito e democracia, observa-se a importante crítica de Hermann Heller à obra de Kelsen. Contemporaneamente, o Estado de Direito possui como relevantes elementos a supremacia da constituição e o controle de constitucionalidade, temas que Kelsen enfrentou.

De outro lado, em especial no Brasil, o Estado de Direito possui elementos estruturais sociais e democráticos que impõem ao Estado não apenas a limitação das suas ações, porém também importantes intervenções estatais na sociedade. A *accountability* é ainda mais relevante nos processos de intervenção estatal, pois o povo deve influenciar essa intervenção (*accountability* vertical) e os agentes estatais devem fiscalizar uns aos outros (*accountability* horizontal).

No Estado Social, de um lado, há necessidade de limitação aos poderes políticos e de garantia dos direitos individuais. De outro lado, a liberdade e a igualdade não são garantidas apenas com sua não violação estatal por parte do Estado. Em verdade, em razão da ausência de regulamentação do trabalho, da inexistência de moradia e do baixo grau de escolaridade, por exemplo, as pessoas não gozam de situações sociais que possibilitam o gozo da igualdade e da liberdade materiais.

Desse modo, o Estado Social de Direito relê o modelo de Estado de Direito e os direitos individuais, buscando uma difícil, mas necessária acomodação dos anseios liberais (separação dos poderes, direitos individuais e limitação estatal) com as propostas democráticas (construção de uma sociedade mais igualitária). Essa acomodação ocorre, por exemplo, com o tema da propriedade e sua função social e com os temas do acesso à justiça e da celeridade processual.

A constituição de Weimar garantia a propriedade privada (liberalismo) desde que a função social fosse cumprida (democracia). A tutela absoluta da propriedade poderia gerar um sistema que valoriza a propriedade não produtiva, a qual não gera e distribui riquezas por meio da produção e do trabalho. Desse modo, a propriedade é garantida desde que sua necessária função social seja concretizada.

A garantia do acesso ao judiciário também é revista nesse modelo estatal. O poder judiciário independente, no liberalismo, cumpre o papel de defesa dos direitos dos cidadãos e dos indivíduos. Sendo assim, os tribunais garantem os direitos contra violações de indivíduos, de grupos e do Estado.

De outro lado, apesar de todos os indivíduos poderem acessar os tribunais em conformidade com a igualdade formal, a ausência de recursos para arcar com os custos do processo e a contratação de advogados impossibilitavam ou dificultavam o acesso à justiça. Sendo assim, sob os auspícios do Estado Social, o qual estende os direitos atribuídos aos indivíduos e grupos, constroem-se institutos que buscam ampliar o acesso à justiça.

Ainda, sendo a prestação da jurisdição um mecanismo cada vez mais utilizado pelos cidadãos para a concretização dos seus inúmeros direitos, o Estado Social deve preocupar-se não apenas com a democratização ao acesso à justiça, mas também com sua celeridade para que os direitos dos diversos cidadãos sejam defendidos de maneira tempestiva e adequada.

O clássico Estado de Direito é relido por meio da ótica democrática. Essa é a importante contribuição de Heller.

Heller (1998, p. 282-285) acredita que o Estado de Direito não pode ser visto apenas em uma visão formalista (Kelsen) nem somente a partir de uma leitura política (Schmitt). Em verdade, os grupos políticos, partidos e indivíduos atuam socialmente para, entre outras questões, influenciarem e comporem o Estado. Os grupos políticos, ocupando o Estado, criam o direito. Deve-se registrar que há uma relação dialética, já que o direito limita em certa forma o político.

No que se refere às relações sociais e políticas, cultural e historicamente os homens e grupos sociais vão criando, revendo e alterando valores e princípios sociais. Esses valores são incorporados ao direito e ao Estado a partir dos confrontos sociais e políticos.

No século XIX, em muitos países ocidentais, os Estados são forjados pela busca de limitação do poder, pela garantia dos direitos fundamentais e pela democracia. Heller (1998, p. 346) afirma que a atribuição do poder ao povo, soberania popular, não significa a afronta aos direitos, sendo estes elementos que constituem os valores sociais partilhados.

Ainda, a separação dos poderes é necessária para que todos os poderes não fiquem concentrados em poucos órgãos e pessoas, tendendo para uma tirania. De outro lado, importante na obra de Heller é sua demonstração que valores como igualdade e liberdade alteram-se socialmente em razão do conflito de grupos e de classes.

Desse modo, a revisão do princípio da igualdade no Estado Social não significa uma afronta ao direito. Pelo contrário, deve-se superar apenas a existência de igualdade formal no Estado de Direito que beneficiava principalmente a classe burguesa. Na releitura da igualdade por meio da dimensão material, o Estado reconhece e implementa importantes direitos sociais prestacionais, os quais democratizam acesso a bens e a situações necessárias para a concretização da liberdade material.³⁴

Desse modo, as obras de Kelsen e Heller são fundamentais para o Estado de Direito contemporâneo, pois este incorpora a questão da democracia e a busca de igualdade social e aquele defende o importante papel do judiciário com a temática do controle de constitucionalidade.

³⁴ Nas palavras de Heller (1998, p. 326-327), “Si se prescinde de la normalidad social positivamente valorada, la Constitución, como mera formación normativa de sentido, dice siempre muy poco. La mayoría de sus preceptos jurídicos y, sobre todo, los más importantes, cobran únicamente un sentido practicable cuando se ponen en relación con los principios jurídicos que son expresión de la estructura social (...). Un ejemplo clásico de lo que antecede es el precepto de la igualdad ante la ley que existe en todas las democracias y cuyo contenido tiene importancia decisiva para determinar la estructura constitucional de cada Estado. Pero ese precepto recibe únicamente su contenido de las concepciones que dominan en la realidad social, y que en la constitución misma no se formulan o sólo se formulan en muy pequeña parte, sobre lo que debe estimarse igual y desigual. Originariamente el precepto de igualdad, cuya letra no ha experimentado después cambio alguno, se referí tan sólo a la igualdad política de los varones; hoy, en ciertos Estados, se refiere también a de las mujeres; en la primera mitad del siglo XIX significaba sólo la igualdad de los derechos políticos, mientras que actualmente, y en medida creciente, significa también la igualdad social; hasta hace una década se aplicaba, ‘según la opinión dominante’, nada más que a la administración, en tanto que hoy se le interpreta como límite y pauta también para el legislador”.

Após a segunda guerra mundial, a discussão sobre o Estado Social de Direito torna-se novamente central. O fenômeno dos Estados totalitários nazista e fascista apresentou uma profunda ruptura na cultura e nas instituições jurídicas, abalando as estruturas do Estado de Direito e a visão do Estado Social como propôs Heller.

Com o fim da segunda guerra mundial e o ocaso do regime nazi-fascista, há a busca pela revalorização dos direitos fundamentais e humanos, assim como do Estado de Direito. No que se refere aos direitos humanos, a Organização das Nações Unidas é fundada com o objetivo de auxiliar na construção internacional de mecanismos de proteções aos direitos humanos.

Nessa toada, em 1948 há a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos Humanos. Formalmente, essa declaração constitui-se em uma recomendação da Assembleia Geral da ONU, a qual não possui *a priori* caráter cogente. De outro lado, em 1966 foram forjadas a Convenção de Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, as quais se tratam de normas cogentes.

O processo de defesa internacional e regional de direitos humanos para o Brasil tem seu ápice com o reconhecimento das competências da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional. Essas cortes constituem-se em mecanismos de *accountability* horizontal internacional e vertical não eleitoral sobre os agentes estatais brasileiros, pois fiscalizam as ações e as omissões dos agentes nacionais.

Ainda, após a segunda guerra mundial, há novamente a defesa do modelo do Estado de Direito. Essa importante discussão sobre o futuro do Estado de Direito é travada com afinco na Alemanha. A reflexão alemã sobre esse modelo estatal é relevante por diversas razões.

Em primeiro lugar, importantes reflexões teóricas foram construídas na Alemanha sobre essa proposta estatal no século XIX e no começo do século XX. De outro lado, a visão do Estado de Direito foi completamente violada por meio do Estado nazista.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, há o surgimento na Alemanha de um Estado de Direito pautado na Lei Fundamental de Bonn de 1949 e de uma República Soviética. A Lei Fundamental de Bonn estabelece explicitamente o modelo do Estado Social de Direito, o qual será fonte de forte polêmica doutrinária na República Federal Alemã.

A partir da adoção da fórmula do Estado Social de Direito, constata-se na Alemanha Ocidental uma defesa forte da fórmula do Estado Social de Direito e uma leitura fraca desse modelo estatal. Como representante da corrente forte, há a obra de Wolfgang Abendroth. No outro extremo teórico, encontram-se as reflexões de Ernst Forsthoff.

Em 1965, Abendroth apresenta a conferência “O Estado de Direito Democrático e Social como projeto político”. Por meio de ponderações históricas e políticas, Abendroth (1986, p. 40-42) afirma que o Estado de Direito Democrático e Social representa a completa mudança social e econômica com a transição de uma economia de mercado para uma economia planificada. A proposta liberal econômica é pautada pela opressão social da classe burguesa sobre a maioria da população, composta pelos proletários.

Por outro lado, a economia planificada permitiria a real implantação da democracia social e econômica. Nesse contexto, as fábricas e empresas seriam administradas por conselho de trabalhadores, sendo os meios de produção coletivizados no processo de estatização. Essa forma de gestão acabou não sendo concretizado nos estados capitalistas.

Para que o Estado de Direito Social e Democrático funcione adequadamente, existe a necessidade de massivos investimentos em educação popular. Sendo assim, devem ser diminuídos radicalmente os gastos em armamento do Estado e investimentos militares, aumentando a educação popular. Essa é uma medida importante para a construção de uma sociedade civil forte, que exerce de maneira efetiva a *accountability* social.

Em linhas gerais, Abendroth (1986, p. 42) sustenta que a categoria Estado de Direito Social e Democrático impõe uma transição para o sistema econômico socialista. Deve-se registrar que a visão de Abendroth sobre o socialismo difere das medidas implantadas pelo socialismo real da União Soviética. Se a defesa forte do Estado Social de Direito é feita por Abendroth por meio de uma doutrina socialista democrática, Ernest Forsthoff apresenta uma proposta fraca de promoção do Estado Social.

O principal argumento de Forsthoff encontra-se na inexistência de uma relação constitucional entre Estado Democrático de Direito e Estado Social.³⁵ As

³⁵ Nas palavras de Forsthoff (1986a, p. 45), “El Estado de Derecho y El Estado Social no son compatibles en el plano constitucional y la Ley Fundamental debe ser entendida primariamente como

reflexões sobre o Estado em Forsthoff (1986a e 1986b) são feitas em dois importantes textos denominados de “Problemas Constitucionais do Estado Social”, publicado em 1961, e “Conceito e Essência do Estado Social de Direito”, publicado em 1975.

Na visão de Forsthoff, o Estado no século XX deixa de possuir principalmente um papel de respeitar a autonomia dos particulares, passando a exercer a função de intervir na sociedade e prestar diversos serviços públicos. Essas novas funções são exercidas principalmente pela administração pública. Nessa nova realidade, as pessoas deixam de ser indivíduos que exigem o respeito da sua liberdade pelo Estado, tornando-se “clientes” do Estado.

Essas duas faces do Estado são expressas por dois conceitos diferentes. O Estado de Direito representa o modelo estatal constitucional que respeita a liberdade dos indivíduos, já o Estado social sintetiza o papel infraconstitucional da administração pública na intervenção econômica e social e nas prestações estatais.

Na leitura de Forsthoff, há o estabelecimento de uma relação necessária e exclusiva entre liberalismo, democracia e igualdade, apontando que os Estados Sociais fortes são Estados totais piores que o nazismo.³⁶ Trata-se de uma visão equivocada, que não compreende a necessidade de o Estado de Direito incorporar ditames de igualdade e liberdade materiais. A visão de Forsthoff mantém-se presa à visão de um Estado Constitucional liberal.

Nas democracias constitucionais contemporâneas, faz-se necessária uma releitura da polêmica Abendroth/Forsthoff. Não se pode negar a relevância da garantia dos direitos fundamentais, da separação dos poderes, da proteção dos direitos pelo judiciário e na produção de direitos e deveres principalmente pelos representantes eleitos do povo.

una constitución liberal. Por otra parte, el Estado social es una realidad y esto no solamente de un modo fáctico, sino también en un sentido jurídico. Esta realidad se manifiesta en todo un conjunto de leyes y de funciones estatales ordenadas por estas”.

³⁶ De acordo com Forsthoff (1986a, p. 51), “Un Estado que se aproveche de las necesidades sociales de sus súbditos para aumentar su poder de dominación es en realidad un Estado total, como no llegó a ser el Estado Nacional-socialista. La dominación convertida en una función social supone la más perfecta dominación que en las presentes circunstancias se pueda implantar”. Esse trecho no mínimo mostra o caráter conservador de Forsthoff, pois observa na intervenção do Estado Social a construção de um Estado Total. De outro lado, uma interpretação sistemática da sua obra demonstra seus traços nazistas. Como bem pondera e informa Abendroth (1986, p. 28), em 1936 Forsthoff publicou um trabalho sobre o Estado Total. Ainda, para uma crítica da visão do Estado Social de Direito como um possível Estado Totalitário, cf. Canotilho, 1999, p. 13.

Por outro lado, esses elementos são insuficientes tanto para descrever a estrutura dos Estados de Democráticos de Direito atuais como para prescrever como esses Estados devem agir. Deve-se reconhecer a necessidade da busca por justiça social pelo Estado e refletir sobre as novas funções do Judiciário.

O Estado Social por meio do estabelecimento de leis e de políticas públicas obriga a administração pública a intervir e prestar importantes serviços públicos. Como a administração pública na sua função prestacional não pode ser arbitrária, aconteceu grande inflação legislativa. Esse fenômeno tornou bastante complexa a atuação estatal. Por existir muitas leis para guiar a atuação da administração pública, muitas vezes os funcionários públicos e agentes políticos desconhecem a legislação, agindo ilegalmente.

Também se amplia o poder normativo da administração pública para cumprir sua função interventora de maneira mais eficiente. Desse modo, há decretos e instruções normativas que afrontam as leis vigentes ou são postas pela administração sem a competência jurídica para estabelecer essas regras.

Por óbvio, em razão do caráter inafastável da jurisdição, esses conflitos foram trazidos para os tribunais resolverem. Não se trata agora de o judiciário agir apenas para preservar a esfera de liberdade dos agentes privados contra a invasão ilegal e ilegítima da administração.

Atualmente, também o judiciário analisa se as prestações estatais estão sendo postas de maneira adequada pela administração e pela legislação. Como parâmetro dessa análise, os juízes utilizam as constituições democráticas atuais que, como a brasileira, possuem um rol substancial de direitos fundamentais sociais.

Com todas essas alterações, há mudança no papel social e jurídico do judiciário. Em primeiro lugar, a atuação do judiciário torna-se muito complicada.

Os juízes e os tribunais tornam-se árbitros de importantes questões sociais e jurídicas, invalidando muitas vezes decisões políticas tomadas por autoridades eleitas democraticamente pelo povo em eleições. Esse exame é feito por meio de parâmetros jurídicos, a constituição. Como esta apresenta regulamentações gerais sobre os direitos fundamentais, há grande margem interpretativa para que o judiciário invalide a legislação e as políticas públicas.

Contemporaneamente, observa-se o executivo atuando intensamente por meio da administração para concretizar os anseios dos cidadãos e os direitos fundamentais, possuindo grande papel normativo seja por meio da criação de

normas pelos seus órgãos ou em razão de pautar e de conduzir as discussões no legislativo. O judiciário, principalmente, por meio do controle judicial de constitucionalidade, toma decisões que influenciam a vida concreta das pessoas.

O legislativo que outrora gozava de prestígio em razão da sua composição a partir de eleições democráticas, ou seja, por meio da soberania popular, tem sua legitimidade contestada. As razões da crise de legitimidade do legislativo são inúmeras.

Há uma percepção social de que a corrupção encontra-se disseminada no legislativo. Por outro lado, o judiciário e o executivo estão fornecendo respostas mais satisfatórias socialmente para a questão da corrupção.

Como cargos importantes de direção do executivo são cargos em comissão de livre nomeação e exoneração pelo chefe do executivo, é comum a exoneração de ministros e secretários após a divulgação de acusações de corrupção. De outro lado, como o judiciário é composto por membros que ocupam o cargo em razão de concurso público de provas e títulos, há a construção de uma legitimidade técnica. Também há órgãos responsáveis pela análise do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados como as corregedorias e os conselhos de magistraturas.

Por outro lado, a cassação de mandato legislativo pelo judiciário e pelo próprio parlamento não está conseguindo responder à opinião pública nos casos de denúncia de corrupção dos parlamentares. A perda de legitimidade do legislativo também passa pela dificuldade em implantar suas decisões.

Em primeiro lugar, não basta a aprovação de uma lei. Para essa lei possuir validade, é preciso passar pelo crivo do legislador negativo que são os juízes dotados do poder de controle de constitucionalidade. Ainda, o próprio judiciário estabelece contemporaneamente direitos e deveres aos cidadãos e autoridades instituídas por meio da interpretação jurídica e judicial, retirando parcela do poder do legislativo.

Muitas das normas postas pelo executivo para produzirem os efeitos almejados necessitam da intervenção e da ação da administração pública e do executivo, fazendo com as decisões legislativas sejam corroboradas também pelo executivo. Ainda, o próprio executivo tanto em governos presidencialistas como parlamentaristas pautam a discussão do legislativo, tendo aumentada também a produção legislativa dos próprios órgãos do executivo e da administração.

Nesse novo contexto, observa-se um aumento na quantidade de demandas dirigidas ao judiciário, além da construção do ideal de acesso à justiça e da luta por celeridade judicial. No que se refere ao acesso à justiça, como há diversas leis que atribuem direitos aos cidadãos, assim como acontece a positivação dos direitos sociais, os juízes constituem-se em importantes garantidores desses direitos no caso da sua violação e nas situações de não prestação ou prestação inadequada estatal.

A questão do acesso à justiça deixa de ser uma garantia formal estabelecida no Estado de Direito do século XIX, passando a ser um importante direito social fundamental para a proteção dos demais direitos individuais e sociais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Essa visão sobre o acesso à justiça começa a ser elaborada na década de 60 do século passado. Não bastava que o Estado estabelecesse um poder judiciário autônomo e independente, arcando com os salários dos magistrados e serviços auxiliares e com grande parte das despesas como infra-estrutura e material. Era necessário que o poder judiciário fosse um ator comprometido com a efetivação dos direitos postos.

Nesse contexto, observam-se três momentos relativamente sucessivos na concretização do acesso à justiça.³⁷ Em primeiro lugar, buscou-se proporcionar uma adequada representação judicial aos carentes economicamente. Para resolver a dificuldade de os pobres obterem advogados para esclarecerem seus direitos e estabelecerem estratégias judiciais e extrajudiciais, a principal questão era o pagamento estatal de advogados para os hiposuficientes econômicos.

Um segundo momento constitui-se na alteração de parcela do processo civil com o intuito de formar processos coletivos. O processo civil a partir da positivação dos direitos sociais e individuais precisava rever sua estrutura.

Não se trata mais de apenas uma disputa entre duas partes individuais. Nos direitos sociais e difusos, há direitos de um grupo ou do público em geral.

Nesse contexto, por exemplo, repensou-se a legitimidade ativa, fixando um representante adequado do grupo. Também, foi imperioso reformular o processo de citação e do direito de participação no processo, já que são diversos os atores sociais interessados. Em outras palavras, deve-se construir um processo que esteja atento às peculiaridades dos direitos coletivos e difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 50-51).

³⁷ Sobre esses três momentos do acesso à justiça (três ondas), cf. Cappelletti; Garth, 1988, p. 31-73.

Já em um terceiro momento, há uma reflexão total sobre o sistema jurídico, buscando alterar procedimentos, processos, instituições jurídicas e judiciais com o intuito de melhor garantir judicial e extrajudicialmente os direitos dos cidadãos.³⁸ Nesse contexto, a temática da celeridade processual também é enfrentada.

A demora na prestação jurisdicional muitas vezes desencoraja as pessoas físicas e jurídicas a buscarem a proteção aos direitos. Ainda, há situações que necessitam de uma jurisdição célere sob pena de a tutela jurídica tardia não ser mais efetiva. Sendo assim, há uma busca por tornar a jurisdição adequada e tempestiva, atribuindo em tempo razoável o direito a quem possui razão.

No momento em que o judiciário e o executivo recebem maior relevância com a correlativa perda de legitimidade do legislativo, há uma busca por democratização do poder judiciário. Como no Estado Democrático de Direito a soberania encontra-se no povo, é necessária a existência de legitimidade democrática em todos os poderes, e não apenas no legislativo.

No judiciário, há ampliação da democracia com a publicação não apenas das decisões e das suas razões, mas quando as informações em geral sobre o poder judiciário como quantidade de juízes, quantidade de processos julgados, quantidade de processos em andamento, utilização dos recursos destinados ao judiciário, tempo médio de decisão dos casos e outras informações são tornadas públicas. Essas informações permitem que a população discuta a atuação desse importante poder, além de fiscalizar sua atuação. Esses elementos formam a *accountability* judicial comportamental, conforme será visto no segundo capítulo.

Também, é necessário estabelecer canais diretos entre os cidadãos e grupos com o poder judiciário para que os jurisdicionados possam apresentar reclamações e denúncias sobre o não cumprimento dos deveres judiciais. Ainda, no âmbito da administração da justiça, é importante que conselhos da magistratura não sejam compostos apenas por magistrados, já que a administração da justiça é importante para toda a população.

³⁸ Nas palavras de Cappelletti; Garth (1988, p. 67-71), a terceira fase “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. (...) (...) esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios”.

1.2.2 Panorama do Estado Democrático de Direito no Brasil

Alterações da República Velha para a Revolução de 1930 e para o Estado Novo possuem inúmeras razões. Apesar de existirem diversos motivos que influenciaram a queda da República Velha, observou-se um consenso sobre a relação entre corrupção e atraso econômico, social e técnico com as oligarquias estaduais e o modelo extremamente descentralizado de federalismo.³⁹

O término da primeira guerra mundial e a gradativa análise da militarização nos diversos países apresenta motivos para uma maior valorização das forças armadas. As polícias militares estaduais eram mais equipadas e fortes do que as forças armadas. Na revolução de 1930, por exemplo, foram as polícias militares de Minas Gerais e Rio Grande do Sul que tomaram os quartéis das forças armadas nesses estados-membros.

Importante observar que os militares brasileiros não eram oriundos da elite política com exceção dos oficiais da marinha. Também, existia um sentimento de ressentimento em relação às ações políticas das oligarquias em especial das forças políticas dominantes de Minas Gerais e São Paulo.⁴⁰

Em razão dessas questões, os militares foram tornando-se críticos ao regime político posto. Observam-se algumas manifestações políticas e militares contrárias ao regime, sendo o ponto alto desse momento na década de 20 a coluna Prestes.

Apenas em 1922 o Partido Comunista Brasileiro foi formado no Brasil. Esse partido em 1930 teve Prestes como Secretário Geral do Partido, tendo esse militar adotado o comunismo no seu período de exílio.

Deve-se registrar também a crise econômica que sofreu o Brasil após a primeira guerra mundial e durante a crise de 1929. Depois da primeira guerra mundial, o consumo internacional de café diminuiu substancialmente.

Importante registrar que durante a República Velha o papel interventor do Estado na economia principalmente para gerar liberdade e igualdade materiais era

³⁹ Sobre as mudanças no Brasil, cf. Carvalho, p. 87-93 e Almeida, 2007, p. 22-24.

⁴⁰ Na proclamação da república em 1889, militares positivistas buscaram influenciar na construção republicana com maior ênfase. Nesse momento, os militares apresentaram uma pauta bastante avançada para época, a qual não foi incorporada posteriormente pela elite política civil que ocupou o poder. Nesse sentido aponta Carvalho (2009, p. 111) que, “no início da República, ainda em 1889, eles [militares] sugeriram ao governo provisório uma legislação social muito avançada para a época. Ela incluía jornada de trabalho de sete horas, descanso semanal, férias anuais, licença remunerada para tratamento de saúde, aposentadoria, pensão para viúvas, estabilidade aos sete anos de trabalho. Naturalmente, a proposta não foi levada a sério. Mas políticos ligados ao positivismo continuaram a apresentar projetos de lei voltados para a questão social”.

muito pequeno. Em verdade, devido à corrupção eleitoral disseminada, à vedação dos direitos políticos aos analfabetos nos termos do art. 70, §1º, 2º, da Constituição de 1891 e à cooptação da justiça pelas elites dominantes, os direitos civis eram declarados, porém não concretizados adequadamente. Existiam severos problemas estruturais na sociedade brasileira que dificultava a concretização das *accountabilities* vertical eleitoral, vertical não eleitoral (social) e horizontal.

A grande intervenção estatal era para manter um sistema econômico não moderno, que garantia os interesses de uma parcela da elite brasileira. A legislação social era praticamente inexistente, assim como a regulação do trabalho e a seguridade social.

Desse modo, o candidato derrotado às eleições presidenciais de 1930, Getúlio Vargas, com o apoio dos Estados de Minas Gerais, de Rio Grande do Sul e da Paraíba, assim como com o apoio de parte do exército e, em especial, dos membros do exército descontentes, depôs o presidente paulista Washington Rodrigues.

A figura de Getúlio Vargas e dos seus governos foram marcados pela criação, consolidação e concretização da legislação social, fato que gerou grande reconhecimento popular da sua atuação política. Não se pode dizer em absoluto que Vargas tenha sido um democrata em especial no período de 1930 a 1945.

De outro lado, por meio de uma reconstrução do Estado brasileiro, nesse período buscou-se uma modernização econômica através da ampliação do poder executivo federal. Pode-se dizer que na prática o Estado brasileiro praticamente transformou-se em unitário apesar das constituições de 1934 e de 1937 manterem a forma federativa.

O momento de 1937 a 1945 foi de ditadura civil com apoio militar.⁴¹ Nesse período, o governo legislava por decretos-leis, os estados-membros sofriam constantes intervenções nacionais por meio da nomeação de interventores federais, a censura política e jornalística era a regra, inexistia eleição e as prisões arbitrárias eram usadas como mecanismo de repressão política (CARVALHO, 2009, p. 109). As

⁴¹ Nas palavras de Almeida (2007, p. 22-23), no Estado novo, “desapareceram a federação e as instituições democráticas e representativas. O Congresso foi fechado; os governos dos estados, reduzidos à condição de províncias sem autonomia, foram entregues a interventores do governo federal; os partidos políticos, proibidos; as eleições, suspensas por prazo indeterminado. Pela primeira e única vez na história do país, a disputa e a negociação políticas deixaram de recorrer ao mecanismo eleitoral e passaram a depender exclusivamente da arbitragem do governo federal e da mediação de burocratas centrais”.

ausências de eleições e de substancial fiscalização sobre as ações do executivo significam que não ocorria *accountability* eleitoral e a *accountability* horizontal sobre o executivo era muito deficiente.

Não existiu democracia. Por outro lado, reivindicações por igualdade material, as quais são centrais em uma democracia, foram gradativamente atendidas por meio da legislação social. Trata-se de uma visão da legislação social de nítido caráter positivista, a qual pregava não o conflito, e sim a construção do interesse social por meio da participação dos trabalhadores e dos patrões mediadas pelo Estado.

A exceção da crítica à democracia constitucional encontra-se nos paulistas. Em 1932, em razão da Revolução de 1930 não realizar eleições, de impor um interventor social ao Estado de São Paulo e da inexistência da observância de uma constituição escrita e garantidora dos direitos individuais, os paulistas declararam guerra civil ao governo nacional. Ainda, nos termos do art. 1º, do decreto 19.398 de 1930, o Poder Executivo legislava de maneira plena até a eleição da Assembleia Constituinte. Os paulistas não foram apoiados, perdendo a guerra civil (CARVALHO, 2009, p. 100).

Mesmo com a derrota dos paulistas, ocorreram eleições para escolha dos representantes da constituinte, a qual elaboraria a nova constituição e escolheria o presidente da república. Antes de apontar alguns avanços democráticos como as introduções do voto secreto, da justiça eleitoral e do sufrágio feminino, devem-se indicar atitudes autoritárias do governo provisório em relação ao judiciário.

Em razão do combate do STF ao movimento tenentista, tendo este apoiado como regra a Revolução de 1930, o governo provisório aposentou compulsoriamente cinco ministros do supremo e o procurador-geral da república de acordo com o art. 1º do decreto 19.711, reduziu para 11 o número de ministros nos termos do art. 1º do decreto 19.656 de 1931 e autorizou o chefe do executivo a nomear o presidente do STF.

Ainda, o art. 5º do decreto 19.398 de 1930 suspendeu as garantias constitucionais, além de excluir da análise da jurisdição os atos do governo provisório e dos interventores federais. Também, por meio de decreto o governo provisório anulou acórdão do STF e nomeou seis ministros sem aprovação do Senado (SAMPAIO, 2007, p. 37). Essas atitudes demonstram que o poder do

executivo não era adequadamente controlado e fiscalizado, sendo um poder *unaccountable* e afrontando a independência do judiciário.

De outro lado, sobre os avanços democráticos, observa-se o decreto n. 21.076 de 1932 posto pelo chefe do governo provisório. O art. 2º afirma que são eleitores homens e as mulheres, no entanto se manteve a impossibilidade de voto dos analfabetos no art. 4º, b, do Código Eleitoral de 1932. A responsividade dos agentes estatais eleitos aumentou com a ampliação dos cidadãos, nacionais que podem votar. Desse modo, a inclusão do sufrágio feminino amplia a *accountability* eleitoral.

A parte segunda do referido código estabelece a criação da justiça eleitoral. Com a supervisão de magistrados, busca-se criar um processo eleitoral menos corrupto. A supervisão do processo eleitoral pelos magistrados constitui-se um dos elementos da chamada judicialização da política, conforme será visto no terceiro capítulo. Por sua vez, o art. 56 prescreve o voto secreto, sendo regulamentado no art. 57.

Sobre a composição da Assembleia Constituinte, foi editado o decreto n. 22.621 em 05 de abril de 1933. No artigo 3º, prescreveu o número de 256 constituintes, sendo 40 deputados constituintes eleitos pelos sindicatos reconhecidos pela legislação vigente. Essa disciplina foi uma forma de tentar aproximar os agentes de parte dos cidadãos, criando uma fórmula diferenciada, porém polêmica de preencher os cargos de agentes estatais eleitos do legislativo.

A representação classista encontra-se no contexto da crítica às estruturas liberais econômicas e políticas. Na revisão dos postulados liberais, não se poderia eleger deputados apenas por meio da fórmula liberal de escolha dos representantes pelos eleitores em geral. A representação de classes sociais importantes, tanto dos patrões como dos empregados, deveria encontrar-se necessariamente na constituinte.

No que se refere à constituição de 1934, ela manteve a estrutura do Estado de Direito Liberal adotado na República Velha, porém introduziu elementos de intervenção estatal na economia e uma visão corporativista e de representação das classes sociais a partir da ideia de negação do conflito. Mantém-se a separação dos poderes e a estrutura de Estado federal respectivamente nos art. 3º e 1º, sendo vedada a atribuição de um cargo em mais de um dos poderes políticos.

No que se referem às garantias judiciais, os Estados-membros necessitam seguir as garantias judiciais previstas para a magistratura federal, nos termos do art. 7º, I, e, da Constituição de 1934. Nessa constituição, são previstas as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade dos provimentos, de acordo com o art. 64.

Na estrutura da justiça federal, foi prevista a existência de i) uma corte suprema, ii) juízes e tribunais federais, iii) juízes e tribunais militares e iv) juízes e tribunais eleitorais, nos termos do art. 63. Também, o art. 66 vedou o exercício de atividade político-partidária pelos magistrados, além de proibir o exercício da jurisdição sobre questões exclusivamente políticas no art. 68. Este artigo procurava conceder maior autonomia política aos membros do legislativo e, principalmente, do executivo federal para que este fizesse as mudanças políticas e sociais que julgasse relevante para a modernização brasileira.

Ainda sobre o judiciário, deve-se registrar a criação da representação interventiva no art. 12, §2º. No caso de afronta aos princípios constitucionais sensíveis, o STF deve julgar a constitucionalidade da lei federal que decretar a intervenção por meio de ação proposta pelo procurador-geral da república. Ainda, com o objetivo de profissionalizar a justiça estadual, a investidura dos magistrados de primeiro grau da justiça estadual seria feito por concurso organizado pela Corte de Apelação, sendo indicada lista tríplice, de acordo com o art. 104, a.

Sobre a intervenção estatal na sociedade e na economia, assim como sobre a incorporação da representação sindical e de classes, há as questões da representação política de sindicatos, ii) a criação da justiça trabalhista e iii) a incorporação constitucional dos direitos sociais. Também ocorreu a manutenção da representação classista e sindical, nos termos do art. 23 da constituição de 1934.

Pela primeira vez, uma constituição previu um título sobre a “Ordem Econômica e Social”, que estabeleceu um conjunto importante de direitos e uma forte intervenção estatal. Sobre a intervenção social, a liberdade econômica é conformada pelo interesse nacional, pela justiça social e pela dignidade humana nos termos do art. 115. Em razão do interesse público e por meio de lei, há a possibilidade de o Estado nacionalizar indústrias e atividades econômicas nos termos do art. 116.

Esses artigos deixam nítido o caráter revisão dos postulados do liberalismo econômico, aproximando a Constituição brasileira de 1934 da Constituição de

Weimar de 1919. A grande diferença em relação a esta lei fundamental encontra-se na inexistência de atribuição de democracia econômica, em outras palavras, atribuição do poder de gestão aos funcionários e aos patrões de maneira paritária. O modelo interventivo brasileiro colocava grande ênfase no papel estatal em equilibrar os interesses de patrões e de empregados.

Na Constituição de 1934, há a previsão de diversos direitos sociais que concretizam constitucionalmente um conjunto de propostas do governo provisório. Por meio dos direitos sociais, esse governo concretiza seu compromisso de enfrentar a questão social por meio de uma legislação modernizante e interventiva nas relações sociais.

O art. 121, §1º, disciplina entre outros temas a proibição de diferença salarial em razão de gênero, estado civil e nacionalidade, salário mínimo, jornada de trabalho de oito horas diárias, férias anuais e descanso semanal remunerado. No art. 122, há a previsão da justiça do trabalho composta por representantes dos trabalhadores e dos empregadores, sendo a presidência de livre nomeação do governo. Desse modo, a justiça trabalhista não se encontrava dentro poder judiciário, e sim como órgão do poder executivo.

Observam-se diversos outros direitos sociais e a intervenção do Estado na economia como a previsão constitucional da usucapião no art. 125, o direito de preferência do locatário na renovação contratual no art. 127, o estabelecimento de ampla rede de seguridade social no art. 138 e a educação como um direito de todos no art. 149. Sobre a educação, não se pode olvidar a valorização da democratização da educação, principalmente técnica, a qual poderia auxiliar no desenvolvimento econômico e social brasileiro.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1934 buscou implantar o modelo de Estado Social de Direito. De outro lado, tanto o presidente da república eleito pela assembleia constituinte, Getúlio Vargas, como a Aliança Nacional Libertadora (ANL) e Ação Integralista Brasileira (AIB) não estavam comprometidos com a luta democrática pela ocupação do poder político.⁴²

A ANL possuía orientação socialista e seguia os ditames da Terceira Internacional e a AIB encontrava-se ideologicamente relacionada com postulados fascistas. Apesar de esses movimentos políticos serem radicalmente opostos,

⁴² Sobre os grupos políticos na década de 30 do século passado, cf. Carvalho, 2009, p. 102-110.

detinham em comum o caráter nacional e de massa e a defesa de um poder central forte e interventor para combater o liberalismo.

Tanto os socialistas como os fascistas brasileiros tentaram ascender ao poder por meio de golpes de Estado. Desse modo, não se valoriza a democracia constitucional com as *accountabilities* vertical eleitoral e horizontal. A ANL promoveu um golpe de Estado frustrado em 1935 por meio da atuação de alguns militares no Rio de Janeiro, Recife e Natal. Esse golpe foi rapidamente contido pelo governo central, sendo utilizado como uma desculpa para exonerar militares em todo Brasil de tendência socialista e de esquerda.

Nesse período, como coloca Sampaio (2007, p. 46), o STF no mínimo foi submisso às ações autoritárias do executivo federal. Em 1935, não reconheceu à ANL a liberdade de associação, assim como o direito de somente ser dissolvida por meio de sentença judicial.

Também, por meio da denegação do *Habeas Corpus* n. 26.178, não libertou deputados que foram presos pelo executivo federal, desconsiderando as imunidades parlamentares. Ainda, não concedeu o *Habeas Corpus* a Maria Prestes ou Olga Benário, a qual era considerada uma estrangeira perigosa e foi expulsa por atentar contra a ordem nacional. Sendo assim, o STF descumpriu seu papel de agente de *accountabilities* horizontal e legal sobre o poder executivo federal.

Em 1937, Getúlio Vargas estabelece o Estado Novo com o apoio dos Integralistas. A oposição ao golpe de Estado de Vargas foi pequena no Brasil. A justificação e a legitimação para a construção do golpe de Estado encontravam-se no combate ao comunismo.⁴³

⁴³ Essa tentativa de legitimação encontra-se no preâmbulo constitucional da Constituição outorgada de 1937: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País” (BRASIL, 1937).

Observa-se um aumento substancial do poder de legislar do executivo federal por meio de decretos-leis e a diminuição do mesmo poder do parlamento nos termos dos arts.11 a 14. Como de 1937 a 1945, Getúlio Vargas governou com o legislativo federal fechado, legislou durante todo esse tempo por meio da expedição de inúmeros decretos-leis, ele agiu de modo completamente autoritário em atitude contrária à separação dos poderes e ao ideal de Estado de Direito. Desse modo, promoveram-se mais ataques à *accountability* horizontal.

Sobre o poder judiciário, há uma importante mudança sobre a estrutura desse poder. Até a Constituição de 1934, existia um nítido caráter dual da magistratura, a qual era completamente separada em justiça federal e justiça estadual, competindo àquela decidir principalmente sobre assuntos relativos à federação e sobre o controle difuso de constitucionalidade.

Na Constituição de 1937, foi extinta a justiça federal. O período de governo do Estado Novo foi de uma ditadura civil com apoio militar, buscando fortalecer um processo maior de centralização nacional.

Nesse contexto, não existia sentido em estabelecer uma magistratura dual, e sim uma magistratura unitária, em que os juízes e tribunais estaduais compõem uma chamada magistratura nacional, conforme se observa no inovador art. 90 da Constituição de 1937. Esse artigo prevê como órgãos do judiciário o Supremo Tribunal Federal, os juízes e tribunais estaduais e os juízes e tribunais militares. Desse modo, foram extintos os juízes federais de primeiro grau e os tribunais federais, assim como a justiça eleitoral.

Nessa constituição outorgada, as garantias judiciais foram mantidas, assim como a impossibilidade de o judiciário julgar questões políticas. Deve-se registrar, de outro lado, que 14 ministros do STF foram nomeados sem aprovação do Senado, já que este se encontrava fechado no período do Estado Novo (SAMPAIO, 2007, p. 49). Outro desrespeito à *accountability* horizontal agora em relação ao legislativo.

Ainda, apesar da vitaliciedade judicial, o art. 177 da constituição de 1937 e a lei constitucional n. 2 de 1938 permitiam a reforma ou a aposentadoria dos funcionários públicos civis e militares por meio de análise discricionária do governo do Estado Novo. Desse modo, a vitaliciedade judicial era atacada.

Por fim, há importante inovação posta no art. 96, parágrafo único. As leis que forem declaradas inconstitucionais pelo STF podem ser submetidas novamente ao parlamento por meio do juízo do Presidente da República, sendo consideradas

juridicamente válidas por meio da confirmação de dois terços de cada uma das casas do parlamento. Esse dispositivo nunca foi posto em prática, já que o parlamento nacional encontrou-se fechado. Por outro lado, simbolicamente esse artigo buscava demonstrar o poder do executivo federal.⁴⁴

O período do Estado Novo aprofundou as conquistas na legislação social com, por exemplo, a edição da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943. De outro lado, com o final da segunda guerra, as críticas aos governos autoritários aumentaram, assim como a influência dos Estados Unidos contrária ao intervencionismo do Estado Novo. Nesse contexto, Getúlio Vargas foi deposto em 1945, dando início a primeira experiência democrática brasileira.

O período de 1946 a 1964 constitui-se em momento que marcou a história institucional e a construção do Estado Democrático de Direito no Brasil por diversas razões como i) a elaboração de um Estado Social de Direito, ii) ampliação da democracia brasileira em virtude do número de eleitores (*accountability* eleitoral) e da nacionalização dos partidos políticos, iii) a efetivação da separação dos poderes de maneira mais equilibrada em especial na relação entre legislativo e executivo (*accountability* horizontal) e iv) uma maior autonomia do judiciário frente aos outros poderes e o início da preocupação com o acesso à justiça.⁴⁵

Conforme visto acima, não há Estado Social de Direito sem a garantia dos direitos individuais e a separação dos poderes, porém esse modelo estatal exige também o exercício da soberania popular por meio de eleições e de maneira direta e a busca por igualdade e liberdade materiais através da intervenção direta e regulação estatal. Essas questões com maior ou menor ênfase encontram-se na Nova República.

Em primeiro lugar, as conquistas dos direitos sociais são mantidas e ampliadas nesse período. De outro lado, o exercício do legislativo, a prática de eleições periódicas e livres, a afirmação da separação dos poderes e a garantia dos direitos individuais também são como regra concretizadas. Os mecanismos de *accountabilities* eleitoral e horizontal são efetivados.

⁴⁴ Outro ataque aos direitos dos cidadãos foi desconstitucionalizar o mandado de segurança, que se encontrava previsto no art. 113, 33, da Constituição de 1934. Ainda, no Código de Processo Civil de 1939, no art. 319, não era cabível mandado de segurança, por exemplo, contra atos do presidente da república.

⁴⁵ Sobre o período, cf. Almeida, 2007, p. 24-25. Em especial sobre a retomada do Estado de Direito e a democracia, cf. Carvalho, 2009, p. 126-153. Também, sobre o princípio da separação dos poderes nesse período, com ênfase nas relações entre executivo e legislativo, cf. Santos, 2007, p. 39-72. No que se refere ao Judiciário, cf. Sampaio, 2007, p. 52-63.

Nesse sentido, o art. 36 prevê a existência dos poderes legislativo, executivo e judiciário independentes e harmônicos entre si, vedando expressamente a delegação de atribuições e a ocupação por uma pessoa de cargos em mais de um dos poderes. Esse artigo é fundamental, já que a intervenção do Estado Novo na separação dos poderes era intensa por meio da aposentadoria dos magistrados através de atitude discricionária do executivo e o exercício pleno do poder de legislar do chefe do executivo federal por meio dos decretos-leis.

Sobre o poder judiciário, mantiveram-se as garantias da vitaliciedade, da irredutibilidade dos salários e da inamovibilidade para a magistratura nos termos dos arts. 7º, VII, g e 95, I, II e III. Nesse texto constitucional, não foi autorizado ao presidente da república afrontar a vitaliciedade por meio de aposentadorias discricionárias.

Há também autonomia administrativa concedida aos tribunais, elegendo os membros dos tribunais seus presidentes e sua direção, elaborando os regimentos internos, organizando os serviços auxiliares e concedendo licenças e férias aos magistrados e aos funcionários da justiça, nos termos do art. 97. Também foi vedado o exercício político partidário dos magistrados, assim como o exercício de outra função pública com exceção do magistério superior, de acordo com o art. 96, I e III.

Sobre as inovações na estrutura do judiciário, a disciplina dos juízes e dos tribunais estaduais foi feita em título constitucional diverso dos outros órgãos da justiça. A justiça eleitoral foi restabelecida, tendo exercido papel importante nesse período.

Apesar de continuar existindo corrupção eleitoral e a compra e venda de votos, a supervisão judicial do sufrágio eleitoral e a ampliação do eleitor urbano auxiliaram na maior lisura do processo eleitoral. Os eleitores urbanos possuem menores laços com a elite política local, além de serem como regra mais instruídos, diminuindo as práticas de corrupção eleitoral.

A supervisão e a condução da legislação por magistrados que não participam diretamente do jogo político-partidário auxilia na construção de eleições livres. Sobre as eleições, deve-se apontar a nacionalização dos partidos políticos, exigência do art. 109 do Código Eleitoral de 1945.

Nesse dispositivo, o partido político para ser reconhecido necessitava de dez mil eleitores em pelo menos cinco circunscrições eleitorais. Desse modo, foram

formados três grandes partidos: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), União Democrática Nacional (UDN) e Partido Social Democrático (PSD).

O PTB e o PSD foram fundados por Getúlio Vargas em 1945. Aquele reunia principalmente os sindicalistas e os políticos nacionalistas urbanos, já o PSD foi formado majoritariamente pelos interventores federais da Revolução de 1930 e do Estado Novo com aderência ao projeto desenvolvimentista de Vargas e com ligação com parte dos proprietários de terras.

De outro lado, a UDN reunia a oposição à figura de Getúlio Vargas, defendendo uma maior liberalização econômica e uma integração econômica mais intensa com outros países e, em especial, com Estados Unidos da América. Apesar do fim do Estado Novo, a política estava centrada na dicotomia entre pró-Vargas e contra Vargas da República Velha (SANTOS, 2007, p. 40-41).

Deve-se indicar que o Partido Comunista teve seu registro cassado, alegando-se que contrariava o disposto no art. 141, §13, que veda o registro e a participação de partido político que contrarie o regime democrático, a pluralidade de partidos e a garantia dos direitos fundamentais. O STF no *Habeas Corpus* n. 29.763 e no Recurso Extraordinário n. 12.369 reconheceu a legalidade do encerramento do partido. Sendo assim, aconteceu um problema na *accountability* eleitoral, proibindo que os eleitores sancionassem eleitoralmente os outros políticos votando no Partido Comunista. Ainda, O STF não exerceu seu papel de fiscalizador sobre os outros poderes, vedando essa atitude não democrática de exclusão de grupos da sociedade civil da participação do jogo eleitoral.

Apesar de o voto dos analfabetos continuar proibido, aumentou a participação popular nas eleições e, por consequência, *accountability* eleitoral. Como aponta Santos (2007, p. 40), na República Velha 5% da população votava, já nas eleições de 1962 foram às urnas 20% da população adulta.

Ainda, sobre o poder judiciário, a justiça do trabalho passou a fazer parte do poder judiciário, pondo fim à sua relação como órgão do poder executivo federal. De outro lado, foi mantida a figura dos juízes classistas nos termos do art. 122, §5º, da constituição de 1946.

No que se refere à justiça estadual, preservou-se o acesso à magistratura em primeiro grau por meio da realização de concursos públicos. Esses concursos seriam organizados pelo Tribunal de Justiça com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), nos termos do art. 124, III. Também se manteve a

promoção por antiguidade e merecimento de maneira alternada, de acordo com o art. 124, IV.

No que se refere aos direitos fundamentais, há a previsão de direitos individuais e sociais nos art. 14, assim como do art. 145 ao art. 162 da Constituição de 1946. No artigo 141, observa-se o início da preocupação sobre o acesso à justiça. Apesar de o acesso à justiça ser um direito social fundamental para a garantia dos demais direitos, os avanços sobre a temática do acesso à justiça foram pequenos no período de 1930-1945, em que a legislação social foi amplamente adotada.⁴⁶

Nesse sentido, o artigo 141, §35, afirmou que o poder público estava obrigado a conceder assistência judiciária aos necessitados. Em 5 de fevereiro de 1950, o Congresso Nacional aprovou a lei 1.060 que regulamentava a assistência judiciária gratuita.

Dentre diversos direitos, observa-se no art. 141 a inafastabilidade da jurisdição, apreciando a lesão a direito individual (§4º), as previsões constitucionais de *habeas corpus* (§23) e de mandado de segurança (§24), a impossibilidade de juízes de exceção (§26) e a faculdade jurídica de qualquer cidadão de pleitear a anulação ou nulidade de ato lesivo ao patrimônio público (§38).

No que se refere aos direitos fundamentais sociais e a regulamentação da ordem econômica, há busca por uma solução social-democrata de valorização dos princípios da liberdade de iniciativa econômica e da valorização do trabalho, nos termos do art. 145. Sobre a intervenção econômica e os direitos fundamentais sociais, por exemplo, o art. 146 permite a intervenção no domínio econômico e a criação de monopólio por meio de lei e o art. 157 apresentava a regulação do trabalho.

Antes de encerrar o período da República Nova, devem ser apresentadas a regulação do trabalho rural, as relações entre executivo e legislativo federais e a radicalização das posições políticas. Apesar da construção de legislação trabalhista para os empregados urbanos, até 1963 inexistia uma legislação social trabalhista

⁴⁶ Observa-se em Carvalho (2009, p. 88) que a progressão na atribuição de legislação social não chegou ao tema do acesso à justiça, direito fundamental social importante. Isso ocorreu por diversas razões: i) observou-se a concessão de direitos fundamentais sociais por meio da ação centralizada do executivo, ii) o poder judiciário na revolução de 30 e no Estado Novo afrontou sobremaneira a independência judicial e iii) a justiça trabalhista, importante na garantia do direito fundamental ao trabalho, era um órgão do executivo. A questão do acesso à justiça, por outro lado, começa a ser pauta na Nova República.

adequada para os trabalhadores rurais. Desse modo, a partir da gradativa organização dos trabalhadores rurais, o Estatuto do Trabalhador Rural foi promulgado em 1963.

Não fora estabelecida antes da promulgação do referido Estatuto legislação social para o campo, pois, tanto no Estado Novo como na Nova República, a elite política dos partidos estabelecidos, em especial PSD e UDN, não queria interferir no poder dos proprietários de terras. De outro lado, a reivindicação dos trabalhadores fez-se sentir a partir da organização das ligas camponesas em 1955 (CARVALHO, p. 138).

De outro lado, as relações entre executivo e legislativo eram mais paritárias do que existe no sistema constitucional de 1988. A taxa de sucesso na aprovação dos projetos de lei de autoria do executivo era 52% entre 1951-1964 se comparada a de 71% no período atual (SANTOS, 2007, p. 45).

Também, o parlamento possuía maior poder na alocação orçamentária. Em 1946, assim como na constituição de 1988, a iniciativa da lei orçamentária competia ao executivo federal. De outro lado, existiam substanciais diferenças, as quais atribuíam um poder maior do legislativo na alocação de recursos.⁴⁷ Por essas razões apresentadas e outras, o legislativo possuía um peso institucional maior no Estado de Direito brasileiro de 1946.

Por fim, na década de 50 e no início da década de 60, observa-se uma radicalização das ideologias políticas com novamente a intervenção militar nas questões políticas. Na década de 50, por exemplo, a questão da guerra fria, do petróleo e da legislação social separaram radicalmente as correntes políticas.⁴⁸

Com o processo político pelo governo federal de João Goulart de promoção das reformas de base, o Golpe de Estado de 1964 foi aplicado para impedir as alterações sociais e concretizar uma doutrina autoritária.

O período de ditadura militar pode ser dividido em três momentos: i) 1964-1968, ii) 1969 – 1974 e iii) 1974 – 1985. O primeiro período é composto pela presidência do General Castelo Branco e do primeiro ano de governo do General Costa e Silva. Trata-se de um período que iniciou com grande atividade repressiva do Estado, abrandando um pouco sua atuação violenta posteriormente.

⁴⁷ Sobre as diferenças do papel do legislativo na alocação de recursos em 1946 e 1988, cf. Santos, 2007, p. 52-54.

⁴⁸ Sobre essas questões, cf. Carvalho, 2007, p. 128-131.

Os militares nesse período apresentam quatro atos institucionais, tendo o ato institucional n. 5 aberto o segundo período da ditadura militar brasileira. No preâmbulo do ato institucional n.1 (AI n. 1), de 09 de abril de 1964, os comandantes do exército, da marinha e da aeronáutica consideravam investidos do poder constituinte, já que defendiam terem feito uma revolução para livrar o Brasil do “bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas” (BRASIL, 1964).

Em verdade, as forças armadas procuravam construir um verniz jurídico e político para legitimar a afronta ao Estado Democrático de Direito brasileiro, violando constantemente a independência do legislativo federal, restringindo a *accountability* eleitoral (eleição indireta para presidência república, nomeação pelo executivo de senadores biônicos) e a *accountability* social (repressão a grupos da sociedade civil e a imprensa). Como bem coloca Sampaio (2007, p. 62), os militares buscavam desde o início, por meio da retórica jurídica, legitimar os seus atos autoritários.

Os militares golpistas afirmam no art. 1º que a Constituição de 1946 encontrava-se mantida com as alterações postas pelo AI n. 1. De outro lado, na realidade, os outros atos institucionais e a constituição de 1967 alteraram a estrutura da ordem constitucional posta.

Nesse ato institucional, aumentavam-se os poderes do presidente da república, que passaria a ser eleito de maneira indireta pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 2º. As garantias constitucionais da vitaliciedade e da estabilidade foram suspensas por seis meses, podendo o Comando Revolucionário e posteriormente o presidente da república demitir, cassar, colocar em disponibilidade e aposentar funcionários públicos civis e militares, nos termos do art. 7º, §1º.

Também os direitos políticos foram atacados, autorizando aos Comandantes-em-chefe cassar os direitos políticos por dez anos e os mandatos legislativos, de acordo com o art. 10. Em 27 de outubro de 1965, o AI n. 2 é estabelecido, promovendo alterações na Constituição de 1946 em temas como estrutura do judiciário, garantias constitucionais e direitos políticos.

A justiça federal foi restabelecida, sendo os membros da justiça federal de primeira instância escolhidos pelo presidente da república após indicação de lista sêxtupla pelo STF, de acordo com a nova redação do art. 105 da Constituição de 1946. Também, os civis poderiam ser julgados pela justiça militar nos termos do art. 108, §1º, da constituição de 1946 nas questões referentes à segurança nacional.

As garantias constitucionais e legais da vitaliciedade, da inamovibilidade e da estabilidade foram suspensas. Ainda, os titulares dessas garantias poderiam ser aposentados e exonerados após a oitiva do Conselho de Segurança Nacional, segundo o art. 14 do AI n. 2. Repete-se no art. 15 a possibilidade de cassação de mandatos e direitos políticos, conforme previsto no AI n. 1.

Dentre as inúmeras ampliações de competências postas ao poder do executivo, deve-se registrar a possibilidade do executivo federal legislar por decretos-leis sobre todas as matérias previstas na constituição federal, nas constituições estaduais e nas leis orgânicas municipais durante o recesso dos legislativos federal, estaduais e municipais, segundo o art. 31. Todas essas ações romperam a concepção de separação dos poderes com *checks and balances* e, por consequência, a *accountability* horizontal.

Os partidos constituídos a partir de 1945 são extintos e os atos do governo realizados a partir dos atos institucionais e dos atos complementares não são passíveis de apreciação judicial.

II – As Modalidades de *Accountability* na Sociedade, no Estado e no Judiciário

No primeiro capítulo, apresentaram-se alguns elementos das modalidades de *accountability*, demonstrando a sua construção nas práticas e nas reflexões sobre o Estado de Direito. Neste capítulo, aprofundar-se-á a compreensão sobre essa categoria da ciência política que, posteriormente, passou a integrar as reflexões jurídicas.

Apesar de o conceito de *accountability* ser construído na década de sessenta no século passado nos Estados Unidos e de começar a ser discutido no Brasil no final da década de oitenta, esse conceito nas suas diversas dimensões funda-se e dialoga com a tradição do Estado de Direito, da ciência política e do direito constitucional. A primeira parte deste segundo capítulo trabalhará com as modalidades de *accountability* aplicáveis aos fenômenos sociais e estatais gerais. Por sua vez, a segunda parte deste segundo capítulo reflete sobre a independência e a *accountability* judiciais, enfrentando os conceitos de *accountabilities* judiciais decisional, comportamental e institucional.

2.1 *Accountability*

Há diversas modalidades de *accountability*, porém há uma estrutura comum nas múltiplas perspectivas sobre a *accountability*. Esses elementos estruturais são informações, justificações e sanções, questões que serão discutidas no item conceito preliminar, além de ser feita uma breve apresentação sobre as modalidades de *accountability* geral.

No segundo item desta primeira parte do segundo capítulo, o tema versa sobre a *accountability* vertical eleitoral, que se constitui na principal forma institucional de o povo sancionar os agentes estatais eleitos. A questão da *accountability* horizontal e seus déficits nas democracias latino-americanas, em especial no Brasil e na Argentina, compõe o terceiro item. Ainda, neste item final, há a discussão sobre a *accountability* social.

2.1.1 Conceito Preliminar

Não há uma palavra no vocabulário da língua portuguesa contemporânea que traduza adequadamente os significados do substantivo inglês *accountability*. Observa-se na literatura brasileira o artigo Anna Maria Campos (1990) “*Accountability*: quando poderemos traduzir para o português?”

A conclusão que chega Campos é de que não há uma palavra portuguesa que possa traduzir o termo *accountability*, além de inexistir, comparando com outros países, principalmente Estados Unidos, práticas de *accountability* no Brasil.

Essa questão foi retomada por José Antonio Gomes Pinho e Ana Rita Silva Sacramento (2009), vinte anos depois da publicação de Campos, no artigo “*Accountability*: já podemos traduzi-la para o português?”. Esse texto, após reflexão sobre o artigo de Campos e sobre a literatura e a prática de *accountability* nacional e internacional posterior à Constituição de 1988, afirma que não há palavra que traduza o termo para português, porém constata que avanços nas práticas de *accountability* ocorreram após 1987, ano em que o texto de Campos foi escrito.⁴⁹

As dificuldades em compreender o significado do conceito *accountability* encontra-se nos próprios países de língua inglesa e, em especial, nos Estados Unidos da América, onde o termo foi primeiramente usado com grande intensidade.⁵⁰ Schedler (1999, p. 13) afirma que o termo não possui tradução para inúmeras línguas. Também, mesmo sendo um conceito bastante utilizado em estudos de ciência política, há dificuldades na apresentação de um conceito que sistematicamente capte todos os elementos e características do conceito.

Apesar de existir o problema na tradução de *accountability* para o português, da dificuldade na compreensão do termo na própria língua inglesa contemporânea comum (ordinária) e dos problemas na conceituação sistemática do conceito, essas

⁴⁹ Como informa Pinho e Sacramento (2009, p. 1344) o artigo de Campos foi produzido em 1987 e publicado originalmente em inglês em 1988 na coletânea “*Public service accountability: a comparative perspective*”. Desse modo, o texto de Campos foi escrito antes da elaboração da Constituição de 1988, a qual estabeleceu inúmeros mecanismos de *accountability*.

⁵⁰ A experiência de Campos nos Estados Unidos é interessante para contextualizar a questão da *accountability*: “(...) EUA, já tinha oito anos de convivência ebapiana, primeiro como aluna e depois como professora do curso de graduação; tinha suficiente conhecimento de inglês, segundo os resultados do Test of English as a Foreign Language (TOEFL), suficientes para recomendar-me para uma bolsa de estudos da Organização dos Estados Americanos, na Universidade do Sul da Califórnia, Centro de Negócios Públicos de Washington. Apesar de toda essa bagagem, no primeiro dia de aula não consegui acompanhar a discussão sobre *accountability*, incapaz de traduzir a palavra para o português. O único indício que pude captar foi que, apesar do som, nada tinha a ver com contabilidade. Após as aulas corri aos dicionários, que não me ajudaram. Tampouco me ajudaram os índices dos livros de leitura obrigatória”. Em verdade, conforme será visto a partir de Schedler, um dos aspectos da *accountability* se relaciona com a contabilidade. Sobre a dificuldade de a língua comum e os especialistas em ciência política compreenderem de maneira sistemática o conceito de *accountability*, cf. MOTA, 2006, p. 26-36.

questões podem ser superadas. Principalmente no final da década de noventa do século passado, foi debatido intensamente na literatura estrangeira o conceito de *accountability*. Dessa forma, contemporaneamente, a partir dessa discussão acadêmica, é possível apresentar de maneira sistemática os diversos elementos e características que compõem esse conceito.

O início da reflexão sobre o conceito de *accountability* dar-se-á com a análise dos termos *accountable*, *account* e *accountability* na língua inglesa comum. Depois, será apresentada a definição preliminar de *accountability* forjada por Andreas Schedler e algumas importantes contribuições de Adam Przeworski.

O Dicionário Oxford (WEHMEIER, 2005, p. 10) define *accountable* como “responsável pelas suas decisões e ações e espera-se que as explique quando for requerido”.⁵¹ Essa definição capta um dos elementos estruturais da *accountability*, substantivo que deriva do adjetivo *accountable*. Trata-se da dimensão da justificação e da apresentação de motivos que os agentes devem formular quando requeridos pelo *principal* ou por outros agentes dotados de competência.

De outro lado, no mesmo verbete de *accountable*, em que há a indicação de que o substantivo *accountability* é derivado do referido adjetivo, não há a definição desta palavra, sendo apenas indicado um exemplo.⁵²

Mesmo não existindo a definição de *accountability* no “Oxford advanced learner’s dictionary”, alguns elementos do conceito de *accountability* encontram-se nas definições do substantivo *account* e no verbo *account*. Para o substantivo *account*, existem seis de definições.

Duas definições do substantivo são importantes para a concepção de *accountability*. O segundo dos seis significados diz respeito aos registros de negócios/atividades econômicas, representando os registros escritos das transações financeiras (WEHMEIER, 2005, p. 10). Trata-se de um dos elementos do aspecto informacional da *accountability*.

O sexto significado engloba uma descrição escrita ou oral sobre alguma coisa que aconteceu (WEHMEIER, 2005, p. 10). Como um agente necessita prestar contas das suas ações para o *principal*, a narração que justifica retrospectivamente as ações também é elemento da *accountability*.

⁵¹ Tradução livre do trecho: “responsible for your decisions or actions and expected to explain them when you are asked”.

⁵² O exemplo é “*the accountability of a company’s directors to the shareholders*” (WEHMEIER, 2005, p. 10).

Sobre o verbo *account*, há a expressão *account for something*, a qual designa i) ser a explicação ou a causa de algo e ii) dar uma explicação sobre algo (WEHMEIER, 2005, p. 10). Esses significados do verbo *account* também dão conta da dimensão justificacional da *accountability*.

Desse modo, como se tornará claro na comparação das definições postas no dicionário com o conceito preliminar de *accountability* e nos tipos de *accountability* existentes, a língua comum inglesa capta sim dimensões importantes que compõem o conceito *accountability* ao contrário do que afirmam Campos, Mota e Schedler.

Por óbvio, não se pode esperar que um dicionário sobre o vocabulário corrente reproduza com perfeição conceitos complexos. Tanto no Brasil como nos Estados Unidos, não é função dos dicionários de termos da linguagem comum apresentar com precisão conceitos complexos.

A função dos verbetes é apresentar os principais elementos que as palavras possuem na sua linguagem contemporânea. Se for compreendida a função que esses dicionários possuem, é equivocado asseverar que inexistente uma compreensão adequada sobre o termo *accountability* na língua inglesa contemporânea. Pelo contrário, o dicionário “Oxford”, por exemplo, capta elementos fundantes do conceito preliminar de *accountability*.

A compreensão do termo *accountability* pressupõe a apreensão da categoria *principal* (mandante) e *agent* (agente ou mandatário), assim como da estrutura analítica da *accountability*: *answerability* (necessidade de dar respostas) e *enforcement* (coação).

Accountability é uma relação que se estabelece entre *principal* e agente ou entre os agentes entre si. A perspectiva *principal* e agente é apresentada por Przeworski (2006), devendo antes ser compreendida a perspectiva institucional que se insere essa análise.

Instituições estabelecem padrões de interações entre pessoas. Esses padrões são constituídos por regras formais e informais que regulam a maneira pela qual as ações devem acontecer. Algumas instituições podem transformar-se em organizações, as quais possuem um coeficiente maior de institucionalização e formalização.

A perspectiva neoinstitucionalista tem sido muito utilizada nos estudos de ciência política e economia contemporâneas.⁵³ O ideal central dessa concepção metodológica encontra-se na visão de que tão importante como compreender as regras e os princípios estabelecidos nas normas formais (leis, decretos, contratos e etc.) é entender as regras informais que de fato estabelecem padrões de condutas.

Por exemplo, a função, segundo as normas formais, dos magistrados é solucionar os conflitos sociais por meio da aplicação das leis e da constituição. De outro lado, normas informais podem facilitar a concretização de interesses corporativos e até, em casos extremos, a corrupção na magistratura. A compreensão plena das instituições apenas é possível através da análise tanto das normas formais como informais.

Também, no âmbito dos estudos e das reformas das instituições democráticas, a grande questão é como induzir os atores individuais a realizar o comportamento mais benéfico possível à coletividade (PRZEWORSKI, 2006, p. 45). Há substancial consenso nos autores da ciência política de matiz democrática: já se sabe nos países democráticos ocidentais o que se quer (construção do Estado Democrático de Direito), agora se deve estudar o como fazer. Esse como fazer pressupõe o estudo das instituições democráticas.⁵⁴

Dentre as inúmeras interações sociais nas instituições democráticas, as relações entre *principal* e agente possuem um relevo especial. O agente é uma pessoa física ou jurídica que deve agir no interesse do *principal*. De outro lado, aquele, por mais que esteja obrigado a concretizar os interesses deste, também possui os seus próprios interesses.

Em uma democracia, o mandante (*principal*) mais relevante é o povo, o qual exerce sua soberania de diversas formas, no entanto a mais comum nas democracias constitucionais contemporâneas é a eleição. Nas eleições, são escolhidos agentes políticos importantes como membros do legislativo e do executivo, por exemplo.

Diversas relações democráticas podem ser analisadas por meio das categorias agente/*principal*. Os burocratas que compõem as estruturas do poder

⁵³ Sobre essa perspectiva, cf. O'Donnell, 2009 e North, 1995.

⁵⁴ Essas ideias encontram-se, por exemplo, em Arato (2002), Miguel (2005), O'Donnell (1998), Offe (1999), Przeworski (1999), Peruzzotti; Smulovitz (2002), Rose-Ackerman (2005). Desse modo, o objetivo em qualquer reforma do Estado "é construir instituições que dêem poder ao aparelho do Estado para fazer o que deve fazer e o impeçam de fazer o que não deve fazer" (PRZEWORSKI, 2006, p. 39).

executivo e os magistrados que integram o poder judiciário são agentes que possuem peculiares relações com os *principals*.⁵⁵

As pessoas que ocupam cargos públicos na burocracia não são eleitos pela população, porém é inegável que esses funcionários deveriam agir em conformidade com as leis e sob a supervisão dos políticos eleitos e da sociedade civil na concretização dos interesses da população. Sendo assim, há três mandantes nas relações com os burocratas (agentes).

O primeiro *principal* é o povo. Apesar de os burocratas não serem eleitos popularmente, em uma democracia todo poder emana do povo, sendo exercido de maneira direta ou indireta pelo povo. Os burocratas, em última análise, necessitam agir em conformidade com os interesses populares.

O povo elege o chefe do executivo e os legisladores. O chefe do executivo é responsável por fiscalizar, estruturar e exercer a chefia sobre os burocratas e estes são responsáveis por estabelecer leis e políticas públicas que estruturam e exigem resultados e procedimentos dos funcionários públicos. Sendo assim, também há relações de *principal/ agente* i) dos legisladores com os burocratas e ii) do chefe do executivo e dos ministros (membros do gabinete) com os funcionários públicos.

No que se refere ao poder judiciário, como regra, os magistrados não são eleitos (exceção principal de parte das magistraturas estaduais norte-americanas), e sim selecionados por concurso de provas e títulos ou por indicação política. Observa-se contemporaneamente a valorização da escolha política do magistrado a partir do seu mérito, mensurado pelo seu conhecimento jurídico.⁵⁶

O poder judiciário, nos Estados Democráticos de Direito, é um dos ramos do poder político. Há relação de *principal/ agente* entre povo/judiciário e legisladores/judiciário.⁵⁷

Nos Estados Democráticos de Direito, como visto acima, todo poder emana do povo. De outro lado, as leis postas pelo legislador democrático possuem

⁵⁵ Sobre a relação *principal/ agente* nas burocracias, cf. Przeworski, 2006, p. 52-59.

⁵⁶ Nos Estados Unidos, país conhecido por alguns estados-membros escolherem seus magistrados estaduais por meio de eleições, a valorização do mérito jurídico dos candidatos a magistrados tem sido cada vez mais valorizada. Garoupa e Ginsburg (2008, p. 13-14) informam que, em 33 estados-membros da federação norte-americana em 1990, funcionavam *Merit Plan Systems*. Esses são conselhos compostos por juizes, advogados e cidadãos indicados por políticos que nomeiam juizes estaduais ou elaboram lista para posterior escolha e nomeação pelo governador. O principal critério de seleção é o mérito jurídico.

⁵⁷ Essas relações são questões bastante complexas em razão da independência individual (motivacional/decisoral) e independência institucional do judiciário, conforme será visto abaixo na discussão sobre *accountability* judicial.

presunção de validade e de constitucionalidade, devendo *a priori* os magistrados interpretar e aplicar as normas legais na resolução dos casos concretos.

Para que as relações entre *principal* e agente funcionem adequadamente, há o estabelecimento de um processo de responsabilização do agente por meio das suas ações e omissões. Essa responsabilização nas democracias pode ser política/eleitoral, legal/constitucional ou social.

A responsabilização política/eleitoral possui as eleições como mecanismo por excelência e é desenvolvida na *accountability* eleitoral. Leis, costumes jurídicos e constituição estabelecem sanções e procedimentos aos membros do executivo, legislativo e judiciário, sendo esse tema estudado na *accountability* legal. Por fim, movimentos sociais, organizações civis, associações e imprensa fiscalizam as ações dos diversos agentes estatais, constituindo essa questão tema da *accountability* social.

Esses processos de responsabilização pressupõem a existência de informações. Na relação *principal*/agente, o mandante, a partir das informações que possui e das que pode ter acesso, analisa as ações dos agentes e estabelece prêmios ou sanções. A reeleição ou não de um político constitui-se na sua sanção ou no seu prêmio.

Há inúmeras dificuldades no estabelecimento das sanções ou premiações, sendo uma delas a existência de informações incompletas que o *principal* detém sobre o agente (PRZEWORSKI, 2006, p. 45). Por exemplo, os agentes possuem: i) conhecimento pleno da sua motivação, ii) conhecimento privilegiado sobre as capacidades, iii) noção mais completa sobre os fenômenos. Questões essas que os *principals* não conseguem alcançar plenamente (PRZEWORSKI, 2006, p. 45).

Mesmo nas democracias com a regra da publicidade sobre as ações e a apresentação das suas motivações, esses axiomas democráticos não permitem a concretização do item i. Nas democracias há a narrativa dos fatos e das razões que justificam determinadas ações.

Essa narrativa, que compõe o elemento justificação da parte analítica *answerability* da *accountability*, não permite saber exatamente por que determinada ação foi tomada. Pode-se tomar uma decisão por razões pessoais e justificá-la a partir de argumentos de bem comum.

Também os agentes possuem conhecimento mais aprofundado das suas capacidades pessoais e da sua organização. Sendo assim, existem dificuldades dos

principals em mensurarem se as capacidades existentes geraram um bom ou ótimo resultado.

Ainda, muitos fenômenos políticos, econômicos e sociais nacionais e internacionais podem ser avaliados mais adequadamente pelos agentes em razão das maiores informações que eles possuem. Trata-se de outra dificuldade para os *principals*.

Apesar de todas essas limitações, os mandantes necessitam responsabilizar os agentes a partir da análise das informações que conseguem ter acesso por meio do próprio Estado, da sociedade civil e da imprensa. Assim, há a indução de o agente atuar no interesse do principal, efetivando a restrição à participação do agente (benefício da próxima oportunidade) (PRZEWORSKI, 2006, p. 45). Como há mecanismos de sanção do *principal* sobre o agente, este não buscará o seu maior interesse particular, pois sabe que sua ação poderá ser sancionada de diversas formas pelo *principal* e por outros agentes que possuem poder de fiscalização sobre ele.⁵⁸

Além da questão da sanção na relação *principal/agente*, as instituições democráticas precisam construir incentivos adequados aos agentes. Estes no processo de concretização dos interesses do *principal*, que nas democracias em última análise é o povo, precisam receber incentivos lícitos para a efetivação dos seus interesses particulares (PRZEWORSKI, 2006, p. 45).

Os magistrados exercem importante função no Estado Democrático de Direito, porém ao exercerem essa relevante atividade devem ter alguns interesses particulares garantidos como receber um bom salário. Arranjos institucionais que não buscam o equilíbrio entre interesse do *principal* e do agente estão fadados ao fracasso.

A perspectiva *principal/agente* representa importante questão na *accountability*, pois na *accountability* vertical, composta pela eleitoral e pela social,

⁵⁸ As pessoas agem por diversos interesses (particulares, coletivos, populares, altruístas e etc.). Não se pode esquecer que os indivíduos como regra buscam em maior ou menor medida seus interesses particulares, devendo as instituições democráticas acomodar esses interesses de forma que eles possam auxiliar nos interesses populares. Sobre a questão dos interesses particulares de políticos e burocratas, assim se manifesta Przeworski (2006, p. 40): “Muitos dos problemas que surgem quando se criam instituições do Estado devem-se ao fato de os políticos eleitos e os burocratas nomeados terem interesses e objetivos próprios. Não digo que todos os funcionários públicos sejam motivados por interesses particulares. Sei que há muitos que se preocupam com o bem-estar público; na verdade, temos bons motivos para crer que muitos funcionários ingressam no serviço público porque desejam servir à população. O funcionamento das instituições, entretanto, não pode depender da boa vontade de quem trabalha nelas”.

há típica relação *principal/agente*. De outro lado, existem limitações recíprocas e poder de fiscalização de diversos agentes na *accountability* horizontal. A partir das premissas postas pela perspectiva *principal/agente*, pode-se enfrentar o conceito analítico da *accountability*, fechando assim seu conceito preliminar.

Etimologicamente, o termo *accountability* relaciona-se com uma específica questão financeira e contábil (*financial accountability*) e com narrativas (*narrative accounts*). A primeira diz respeito ao processo de escrituração que torna possível a compreensão de fatos e de ações por terceiros nas questões financeiras. Por sua vez, a narrativa é uma forma de justificar ações, fatos e atitudes por meio de um objetivo ou finalidade (SCHEDLER, 1999, p. 15).

Essas duas características, já observadas acima nos dois significados do dicionário “Oxford” do substantivo *account*, representam as dimensões da informação e da justificação, as quais compõem o primeiro elemento estrutural da *accountability*: *answerability*.

Além do elemento *answerability*, há o elemento *enforcement* (coação) (SCHEDLER, 1999, p 15). Para que exista uma relação de *accountability* forte ou plena, o agente *accountable* i) possui o dever de apresentar informações sobre as suas ações ao(s) *principal(s)* e ao(s) outro(s) agente(s) com competência para exigir a informação do agente *accountable*, ii) este é obrigado a justificar suas atitudes e ações e iii) pode ser sancionado ou premiado pelo(s) *principal(s)* e pelo(s) agente(s) com competência para tanto.

O aspecto da coação é importante para estabelecer uma relação de *accountability* plena. Não basta os agentes apresentarem e justificarem suas ações, devendo também ser sancionados por não concretizar os interesses do *principal* e por descumprir normas legais e constitucionais.

Sem o aspecto da sanção, trata-se de uma forma fraca de *accountability*. A importância da sanção encontra-se no seio da literatura neoinstitucionalista, a qual afirma ser preciso analisar as ações dos agentes e, principalmente, apresentar as devidas sanções aos agentes que não agem de maneira adequada (SCHEDLER, 1999, p. 16).

Importante observar que, de certa forma, a destruição da reputação pública de políticos (publicidade) e a remoção do gabinete/ministério (exoneração/demissão) são formas de sanção (SCHEDLER, 1999, p. 16). Essas são as maneiras clássicas de estabelecer sanções nas relações de *accountability* social, em que as

associações, os movimentos sociais, os grupos da sociedade civil e a imprensa analisam e buscam informações de agentes públicos, requerem explicações e sancionam os agentes que não cumprem o interesse popular ou de parte da sociedade civil.

Essa atuação de *accountability* social pode gerar sanções de *accountability* eleitoral (não eleição de políticos e partidos) e *accountability* horizontal (aplicação de sanções por meio do judiciário e tribunal de contas, assim como instaurações de processos pelo ministério público e outras medidas) como será visto abaixo.

Sanções *softs* como destruição da reputação de uma personalidade pública e demissão de um ministro dotado de livre nomeação e exoneração em virtude da conveniência política, nos casos de violações às leis, são insuficientes (SCHEDLER, 1999, p. 17). Essa questão é muito importante na corrupção e na violação de direitos humanos.

Não basta apenas um político corrupto ter sua reputação abalada e perder um cargo público de livre nomeação e exoneração nos casos de práticas de crimes relacionados à corrupção. Também, nos casos de violação aos direitos humanos por políticos e burocratas como na prática de homicídios por policiais, não basta a destruição da reputação dos violadores.

Essa discussão sobre a violação aos direitos humanos especialmente nas justiças de transição é difícil e polêmica. Muitas vezes, após um regime autoritário, agentes estatais e pessoas que apoiavam os regimes autoritários e praticavam violações aos direitos humanos não sofreram sanções civis (condenação a indenizar), administrativas (perda de cargo público) e criminais. De outro lado, alguns países, como África do Sul, estabeleceram comissões de verdade apenas dotadas de poder sancionatório fraco (exposição pública). Trata-se de modelo de *accountability* fraco, sendo essa opção de *accountability* apoiada, por exemplo, por Rose-Ackerman (2005, p. 14).

O argumento de Rose-Ackerman centra-se na ideia de que as comissões de verdade apresentam informações relevantes do período autoritário, cobram explicação de agentes estatais e sancionam por meio da exposição pública. O grande problema, por outro lado, é a ausência de uma sanção mais forte a violadores de direitos humanos que promoveram homicídios, torturas, estupros.

Por fim, duas questões sobre o conceito de *accountability*. Não há espaço para *accountability* quando uma pessoa, grupo ou órgão possui pleno controle sobre

outra pessoa, grupo ou órgão e exerce esse poder de fato (SCHEDLER, 1999, p. 20). Essa é a grande razão para a *accountability* ser exigida de agentes, pois, por mais que existam sanções ao agente, ele pode descumprir os comandos postos na legislação e os interesses do *principal*.

Também se deve reconhecer que há *accountability* em níveis hierárquicos na medida em que todos os estratos possuem certo poder. De outro lado, a *answerability* demanda por transparência de todas as camadas da burocracia, buscando a compreensão de caixas pretas por meio da apresentação das informações e da justificção (SCHEDLER, 1999, p. 20).

2.1.2 Accountability Eleitoral

Conforme observado no primeiro capítulo, nos séculos XVIII e XIX, foi problematizada a estrutura de um governo ideal e quem é o detentor da soberania. Rousseau, os Federalistas e até Constant estabelecem o povo como soberano, rompendo a concepção anterior de que a soberania e o governo eram atribuídos ao monarca e aos nobres.

Por outro lado, existiam fortes dilemas sobre a maneira pela qual o poder do povo deveria ser exercido e o governo ser estruturado. Montesquieu criticava a democracia direta por ser uma forma de exercício do poder popular inadequada (pautada na paixão) e impossível de ser concretizada nos países modernos com grande território.

Os Federalistas, por sua vez, não apenas defendiam a possibilidade de uma república com grandes territórios, assim como as virtudes do governo representativo em oposição aos ideais de Rousseau. A visão dos Federalistas acabou sendo implantada nas democracias constitucionais posteriormente.

A concretização do mecanismo da representação como fonte de legitimação dos representantes, atribuindo-lhes poderes para atos cotidianos de governo e para legislar, impôs a discussão sobre a relação entre povo (*principal*) e representantes (*agentes*).

A questão posta era como criar governos responsáveis, não tirânicos, que efetivassem o interesse do *principal*, isto é, do povo (ROMÊO, 2009, p. 172). Tratava-se da discussão sobre as relações entre liberdade, poder e controle.

Por meio da liberdade política, parte do povo considerada como cidadã – não existia ainda sufrágio universal até final do século XIX - elege os representantes do executivo e do legislativo. Esses devem respeitar algumas concepções relativas à liberdade, à igualdade, à vida e à propriedade privada, porém por meio do poder atribuído pelo *principal* estabeleciam comandos nos atos de governo e na legislação sobre os próprios mandantes.

Como os poderes atribuídos aos representantes eram substanciais, os Federalistas refletiram sobre o controle produzido pelas eleições periódicas e livres, assim como pelas limitações e fiscalizações que os poderes estabelecidos deveriam exercer entre si. Nesse momento do trabalho, trata-se de estudar as eleições como possível mecanismo de *accountability* na modalidade vertical eleitoral.

Os termos *accountabilities* vertical e horizontal foram cunhados por O'Donnell (1998), gozando de larga aceitação.⁵⁹ As relações de *accountability* vertical acontecem entre povo e Estado, já as relações de *accountability* horizontal entre agentes estatais.⁶⁰

O autor deste trabalho pensa que a melhor maneira de definir os conceitos dessas duas categorias de *accountability* encontra-se na sua análise por meio da perspectiva *principal/agente*.⁶¹ Na *accountability* vertical, há típicas relações entre *principal/agente*: eleitor ou grupos da sociedade civil (*principal*) e representante eleito ou não eleito (*agente*).

Por sua vez, na *accountability* horizontal observa-se que existe um agente *accountable* que deve prestar informações e justificações a outro agente competente, podendo este aplicar sanções. Neste modelo, vislumbram-se relações

⁵⁹ Essa terminologia é utilizada, por exemplo, em Offe (1999), Peruzzotti; Smulovitz (2002), Romêo (2009) e Schedler (1999).

⁶⁰ A definição de *accountability* horizontal de O'Donnell (1998, p. 40) é: "a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou omissões de outros agentes e agências de Estado que possam ser qualificadas como delituosas". Há dois reparos que devem ser feitos nessa definição. Primeiro, há agentes estatais e supranacionais (internacionais) de *accountability* horizontal. Segundo, a *accountability* horizontal não acontece apenas quando um agente sanciona uma conduta delituosa de outro agente. Também há *accountability* horizontal quando um agente pode restringir, não convalidar ou anular uma ação tomada por outro agente por diversas razões como não concordância política. É comum indicar a separação de poderes com *checks and balances* como uma rede importante de *accountability* horizontal. Nesse sentido, cf. Diamond, Plattner e Schedler, 1999, p. 3, Romêo, 2009, p. 171-172. Um exemplo torna essa questão mais clara. O presidente pode vetar uma lei aprovada pelo parlamento não em razão da prática de um delito, e sim em virtude da não concordância política

⁶¹ Índícios desta proposta de definição das *accountabilities* vertical e horizontal encontram-se implícitos na literatura sobre o tema.

entre agentes como o poder de fiscalização do legislativo sobre os atos do executivo e o controle judicial sobre atos normativos do executivo e do legislativo.

A eleição periódica, livre e pautada no sufrágio universal é a principal maneira de o povo controlar os governantes no modelo democrático atual. Por meio das eleições, estabelecem-se o mandato (programa) e a *accountability* eleitoral como mecanismos para que os governos atuem em conformidade com os interesses dos cidadãos (PREZEWORSKI, 1999, p. 337).

O sufrágio universal é um importante mecanismo para aumentar a representatividade dos agentes eleitos na democracia e mitigar a crítica de que foi criado um governo aristocrático com uma justificativa democrática. Há uma adequada crítica de que grupos de interesses específicos (particulares ou de alguns coletivos) e elites acabam por ocupar os principais cargos nas democracias contemporâneas, buscando a efetivação dos seus interesses.

Um mecanismo para diminuir esse problema constitui-se na inclusão de pessoas e grupos nas democracias constitucionais. Com o fim do voto censitário, a incorporação do voto feminino e o término da negação de direitos políticos em virtude da cor de pele, ampliou o *principal* povo, aumentando os interesses que os agentes eleitos devem concretizar, pois novos grupos restaram incluídos na categoria de mandante (ARATO, 2002, p. 86-87).

Em outras palavras, por mais que uma minoria exerça atos de governo e legisle nas democracias constitucionais, as eleições e a participação da sociedade civil apresentam demandas de interesses populares que os agentes necessitam levar em consideração e buscar efetivação. De outro lado, não se pode negar que há necessidade de pensar outros instrumentos além das eleições para premiar ou punir agentes eleitos nas democracias constitucionais, assim como desenvolver instituições e mecanismos que permitam uma maior participação da sociedade civil nas decisões estatais.⁶²

⁶² Nessa questão, concorda-se com Przeworski (2006, p. 68-69): “A verdade é que, nos últimos 200 anos, pensamos pouco sobre o desenho institucional da democracia. Desde a grande explosão do pensamento institucional, quando se inventaram as instituições democráticas atuais – e, sim, elas foram inventadas – praticamente não se viu mais criatividade institucional. Salvo o caso dos dispositivos que previam co-gestão dos operários – que nunca foram implementados – da Constituição de Weimar, as últimas grandes invenções políticas foram a descoberta da representação proporcional, nos anos de 1860, e dos partidos de massa, nos anos de 1890. Todas as democracias que surgiram a partir do final do século XVIII, incluídas as mais novas, apenas combinam de modos diferentes porções – às vezes quase pitadas – de instituições já existentes. Há, portanto, muito espaço para a criatividade institucional”.

As eleições permitem que os cidadãos escolham programas eleitorais, designados por mandatos em Przeworski, nos quais partidos e candidatos apresentam aos eleitores sua pauta política, ideias e propostas. Os cidadãos analisam as propostas e as características pessoais e dos partidos, escolhendo o partido e o candidato. Depois da eleição, os candidatos deveriam efetivar as políticas sufragadas (PREZEWSKI, 1999, p. 338).

O tema e a prática do mandato trazem problemas na dinâmica democrática apesar da sua relevância. Primeiro, quando os eleitores votam em alguém e em certo partido, as razões para esse ato são inúmeras e não guardam relação direta com o mandato.

As pessoas e grupos podem votar em um candidato ou partido não por concordarem com parte substancial do programa, e sim em razão de o seu candidato ou partido não terem chance de ser eleito. Nesse caso, alguns eleitores optam por votar no candidato/partido que possui chances de ser eleito e que é uma opção razoável de acordo com a concepção ideológica ou com os interesses da pessoa/grupo (DOWNS, 1999, p. 70). Nessa situação, esse eleitor ficaria feliz se o mandato do candidato em que votou não fosse integralmente cumprido, implantando o partido/candidato um programa mais próximo dos interesses e ideologia do eleitor.

Também não se pode esquecer que as condições sociais e econômicas nacionais e internacionais mudam, impondo a alteração das propostas para melhor concretizar os objetivos e os princípios estabelecidos no programa. Nessa situação, não seria adequado que os agentes eleitos mantivessem na sua integralidade as propostas.

Na situação de mudança nas conjunturas econômicas e sociais, trata-se de um problema o acesso às informações que permitem aos cidadãos saberem se existem ou não razões para alterar as propostas apresentadas no momento eleitoral. Como é difícil ter acesso a todas as informações necessárias e possuir conhecimento para analisá-las, cria-se uma conjuntura que autoriza aos representantes fazerem aquilo que julgam melhor para si ou para seu grupo (PREZEWSKI, 1999, p. 339).

Os políticos não estão compelidos juridicamente a seguirem as propostas de campanha.⁶³ Há várias razões para que não exista essa obrigação: i) parlamentos

⁶³ De acordo com Przeworski, 1999, p. 339: "Em nenhuma democracia existente os representantes eleitos são obrigados ou atados a serem fiéis aos seus mandatos. A ação judicial dos cidadãos contra

devem poder deliberar, ii) eleitores não podem confiar plenamente em seus julgamentos e iii) instituições devem ser flexíveis para enfrentar os problemas.

A afirmação de que os representantes eleitos não são núncios que apenas transmitem a intenção dos seus eleitores ou do povo trata-se de um argumento clássico da teoria democrática.⁶⁴ Acredita-se ser importante, por exemplo, que os legisladores discutam e, a partir da reflexão feita por diversas perspectivas, deliberem. Trata-se de um processo que permite um mútuo aprendizado entre os agentes eleitorais, podendo ser construída uma boa decisão para os interesses do *principal* povo.

Em virtude das mudanças nas condições sociais e econômicas e na obtenção pelos agentes eleitos de novas informações, há motivos para alteração das propostas. Nesse contexto, não é benéfico para os interesses populares manter plenamente a proposta julgada adequada pelos eleitores no mandato. Essas duas questões (importância da deliberação entre agentes e mudanças nas informações e situações) impõem a flexibilidade das instituições.

Como não há obrigatoriedade dos representantes seguirem o mandato, o mecanismo de *accountability* eleitoral ganha relevo (PREZEWSKI, 1999, p. 340). Com o intuito de as ações dos agentes eleitos gerarem benefícios ao *principal* povo, este busca informações acerca da ação daqueles, exige justificações e premia ou não com a reeleição o agente eleito ou o partido.

Essa visão parte do pressuposto de que os cidadãos votam retrospectivamente, comparando os resultados obtidos pelos agentes eleitos com resultados que seriam possíveis de serem alcançados naquelas circunstâncias, assim como os eleitores confrontam os resultados obtidos com os de outros grupos políticos que ocuparam determinada função ou governo em momento anterior.

Para a realização da *accountability* eleitoral, uma das dificuldades reside nas poucas informações que os eleitores possuem para sancionar positiva ou negativamente. Desse modo, Przeworski (2006, p. 65) apresenta uma lista de informações que deveriam ser fornecidas aos cidadãos para que essa modalidade

os governantes que traem promessas específicas de campanha tem sido sistematicamente rejeitada pelos tribunais em vários países, mais recentemente na Polônia. Nenhuma constituição democrática em âmbito nacional permite a revogação ou cancelamento do tempo de mandato. [...]. Muito embora os dispositivos de *impeachment* e de procedimentos de perda de confiança sejam comuns, eles nunca são usados nas situações de quebra e/ou traição de promessas. Referendos nacionais de comprometimento baseados na iniciativa dos cidadãos são apenas encontrados na Suíça e, em formas mais restritas, na Itália e na Argentina”.

⁶⁴ Para uma revisão da discussão sobre os mandatos livre e imperativo, cf. Miguel, 2005, p. 28-30.

de *accountability* seja concretizada: i) motivações para a tomada de decisões, ii) origem dos recursos financeiros recebidos pelos políticos e pelos partidos nas campanhas, iii) patrimônio e condições financeiras dos políticos, iv) as condições e as conjunturas objetivas levadas em conta pelo governo para tomada de decisão e v) o estabelecimento de uma relação causal entre as políticas implementadas e os resultados obtidos.

Por óbvio, é bastante difícil que todas essas informações estejam disponíveis aos cidadãos para análise das ações e das justificações, dificultando a decisão de forma mais esclarecida sobre a sanção ou o prêmio a ser atribuído ao político e ao partido. Para enfrentar esses problemas informacionais, Manin, Przeworski e Stokes (2006) propõem o estabelecimento de algumas instituições.

As instituições democráticas para auxiliar o cidadão no acesso e na análise de informações importantes para *accountability* eleitoral seriam: i) conselho autônomo que assegure a transparência do orçamento e das fontes de campanha, sendo esse órgão dotado de poder para promover investigações, ii) órgão auditor independente ao Estado para fiscalizar os agentes estatais, iii) fontes independentes de informações estatísticas sobre a economia e iv) espaço adequado para que a oposição vigie o Estado e as mídias estatais (MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006, p. 133). No Brasil, a justiça eleitoral cumpre parcialmente a busca por transparência das despesas e receitas das campanhas eleitorais, fundações e faculdades de economia apresentam informações estatísticas independentes sobre a economia e há certo espaço para a oposição vigiar o Estado e as mídias estatais.

Outro problema no exercício da *accountability* eleitoral encontra-se nas perdas presentes e nos ganhos futuros que uma política gera. Se esse modelo de racionalidade (*accountability* eleitoral) funcionasse de maneira plena, os cidadãos deveriam considerar não apenas os ganhos do período, mas também os ganhos no futuro (PREZEWORSKI, 1999, p. 341).

Reformas estruturais são feitas para enfrentar problemas econômicos e sociais importantes para determinada comunidade. Essas reformas afrontam interesses e situações de parcela da população, a qual pode por meio do seu voto e da apresentação do descontentamento na esfera pública não premiar um governo que agiu de maneira relevante para enfrentar uma questão social.

Isso acontece, por exemplo, em reformas do sistema de previdência. Com o aumento da expectativa de vida e a diminuição da natalidade, as regras de

seguridade necessitam ser revistas para tornar a receita compatível com a despesa. Qualquer reforma na previdência afronta interesses de parte da população e os benefícios futuros não são suficientemente levados em conta, fazendo com que o governo não seja sancionado positivamente por ter realizado essa ação política.

Existem outros problemas na concretização da *accountability* eleitoral: i) as eleições como mecanismo duplo, isto é, instrumento para escolha de mandatos (questão prospectiva) e exercício de *accountability* (questão retrospectiva), ii) o desinteresse dos cidadãos pelas eleições e iii) a dificuldade para estabelecer os responsáveis pelos resultados políticos.

Por um mesmo instrumento, os cidadãos optam pelo programa que apresenta as diretrizes gerais dos futuros agentes eleitos e sancionam/premiam os representantes pelas ações tomadas. Ainda, o intervalo entre as eleições, momento de escolha do mandato e exercício da *accountability*, é grande. Nas democracias constitucionais contemporâneas, as médias das eleições para as assembleias legislativas são 3,5 anos e para os executivos (presidências), 4,7 anos (PRZEWORSKI, 2006, p. 60).

Os governos tomam inúmeras decisões todos os dias que impactam a vida dos cidadãos. Os cidadãos, por sua vez, por um único instrumento julgam todos os atos de governo e ainda legitimam programas políticos. Trata-se assim de uma organização institucional rudimentar.

Para dotar os cidadãos de maiores instrumentos de controle sobre os agentes políticos e exercer a *accountability* eleitoral, por exemplo, autoridades políticas importantes que normalmente não passam pelo processo eleitoral deveriam ser eleitas (presidentes do banco central e ministros de Estado importantes) (MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006, p. 134).⁶⁵ Apesar de as eleições sofrerem essas importantes críticas teóricas, estudos empíricos na Europa demonstram que, como regra, os representantes eleitos mantêm suas propostas e os eleitos são responsáveis perante a opinião pública e os eleitores (PREZEWORSKI, 1999, p. 342).

Apesar da grande concordância popular sobre o valor e a importância da democracia no momento contemporâneo, há descrença popular sobre o sistema

⁶⁵ Correta a visão de Miguel (2005, p. 29) de que os problemas para a efetivação da *accountability* e, em especial, *accountability* eleitoral não podem gerar propostas de efetivação de um modelo mínimo de *accountability*, porém eficaz. Esse modelo mínimo seria, por exemplo, a proposta de relacionar a *accountability* somente com controle sobre a corrupção.

democrático atual e, em especial, sobre seu caráter representativo. Observa-se um sentimento disseminado de que inexistente grande diferença entre partidos e candidatos.

A apatia já foi considerada por teóricos políticos como Huntington uma característica positiva dos regimes democráticos, porque significava que os eleitores estavam contentes com o sistema democrático. As estruturas democráticas estavam tão bem construídas que não seriam abaladas independentemente do candidato ou do partido eleitos (MIGUEL, 2005, p. 30-32).

Tanto a apatia representando concordância com o sistema posto como a apatia significando descrença com a democracia constitucional desabilita a efetivação da *accountability* vertical eleitoral. Um eleitor apático não busca informações sobre agentes eleitos, não cobra justificações e não utiliza seu voto para sancionar e premiar políticos e partidos.

Esse problema pode ser enfrentado i) melhorando os instrumentos de *accountability* eleitoral, ii) estabelecendo mecanismos de *accountabilities* horizontal e vertical social, iii) criando outras formas de *accountability* vertical e iv) instituindo canais de participação direta dos cidadãos nas decisões estatais.

Discussão sobre *accountabilities* horizontal e vertical social e outras formas de *accountability* vertical será feita no decorrer deste trabalho. Nesse momento apenas se deve pontuar, no tocante a outras formas de *accountability* vertical diferentes da eleição e da social, a relevância do estabelecimento de novas modalidades de controle público sobre as ações de governo e dos agentes estatais em geral (PREZEWSKI, 1999, p. 346).

Esses novos controles encontram-se, por exemplo, em diferentes relações entre *accountability* vertical e horizontal. A possibilidade de cidadãos apresentarem reclamações às ouvidorias judiciais mescla de maneira interessante o aspecto vertical (possibilidade de apresentação de reclamações e pedidos de informações pelos cidadãos) e o aspecto horizontal (capacidade do ombudsman de obrigar o magistrado a prestar informação).

Sobre a melhoria do processo eleitoral para a efetivação da *accountability* eleitoral, além das propostas de criação de instituições de fornecimento e análise de informações e de mudanças nas eleições conforme propostas de Manin, Przeworski e Stokes, há a questão do financiamento público dentre outras diversas questões.

As doações particulares aos políticos e aos partidos no período de campanha vinculam os atos de governo e a produção de atos legislativos pelos agentes eleitos. Desse modo, para aumentar a relação *principal* (povo) e agentes eleitos, deve-se estabelecer o financiamento público de campanha, o qual diminui a vinculação dos agentes aos financiadores privados (ARATO, 2002, p. 95).

O último problema sobre a *accountability* eleitoral a ser enfrentado neste item diz respeito à necessidade de identificar os agentes eleitos responsáveis pelas decisões para atribuir as sanções ou os prêmios. Em verdade, a identificação dos agentes responsáveis constitui-se em tema importante para todas as modalidades de *accountability*.

Esse tema da responsabilização adquire diferentes matizes em tempos de globalização. O enfraquecimento do Estado nacional e das capacidades de governo produz problemas para que os agentes públicos nacionais eleitos e não eleitos produzam desejáveis consequências da democracia constitucional (OFFE, 1999, p. 123-124). De outro lado, os agentes eleitos que conseguem superar alguns problemas trazidos pela globalização, produzindo benefícios para seus cidadãos, devem ser premiados pelos eleitores.

Arato (2002, p. 93-96) apresenta proposta teórica de um modelo institucional democrático que tornaria possível a maior eficácia da *accountability* eleitoral. Essa modalidade pressupõe parlamentarismo unicameral, sendo vedada a formação de coalizações.

A existência de apenas uma câmara e de um partido majoritário que indica o gabinete (executivo) permite que a população saiba que o responsável pelos bons resultados ou o culpado pelos resultados ruins produzidos pela legislação e pelos atos de governo é o partido majoritário. O governo de coalização dificulta a identificação dos responsáveis pelas decisões e o exercício da *accountability* eleitoral (ARATO, 2002, p. 93-94).

Também Arato (2002, p. 94-96) sugere i) que os intervalos entre eleições sejam curtos, ii) o estabelecimento de financiamento público de campanha, iii) a restrição à atuação judicial quando esta afeta a revisão das decisões legislativas tomadas pela maioria legislativa e pelo gabinete, iv) a existência de oposição política forte e v) a participação da sociedade civil.

Com intervalos curtos há maior responsividade do representante perante o *principal* povo, já que constantemente os agentes eleitos são submetidos à

accountability eleitoral. A diminuição do estabelecimento de decisões judiciais contra majoritárias concede o papel de condutor político ao partido majoritário no parlamento, sabendo os eleitores que este é o responsável. A oposição e a participação da sociedade civil exercem as funções de busca de informações das ações e resultados do partido majoritário e do governo, de reflexão sobre as informações e as justificações apresentadas pelo governo e da apresentação de propostas políticas alternativas ao governo.

Essa proposta seria um modelo pautado na *accountability* eleitoral pura, desconsiderando substancialmente os papéis da *accountability* horizontal e do constitucionalismo, estruturado na separação dos poderes, na proteção aos direitos fundamentais e no pluralismo político. Como bem coloca Diamond, Plattner e Schedler (1999, p. 2), as eleições são apenas um entre os diversos mecanismos de estruturação do Estado Democrático de Direito. Desse modo, além das eleições livres, periódicas e pautadas no sufrágio universal, as democracias constitucionais contemporâneas precisam estabelecer uma rede de órgãos de controle. Esse é o tema da próxima seção.

2.1.3 *Accountability* e Novas Democracias: Horizontal e Social

O tema da *accountability* horizontal tornou-se objeto de discussões na ciência política contemporânea a partir dos estudos dos dilemas e dos avanços no processo de democratização que se iniciou nas décadas de 70 e 80 do século passado. Na década de 70, Portugal e Espanha saíram de governos autoritários, buscando a implantação do Estado Democrático de Direito. Posteriormente, na década de 80, diversos países latino-americanos como Brasil e Argentina buscaram o mesmo movimento.

Como ponderaram Diamond, Plattner e Schedler (1999, p. 1), democracia é uma meta em que o alvo constantemente move-se. Nessas experiências de transição de governos autoritários para democráticos, o trajeto é mais complexo do que imaginavam a sociedade civil nacional, a comunidade internacional e os cientistas políticos e estudiosos.

Infelizmente, antigos problemas permaneceram nas novas democracias. A corrupção, a violação aos direitos humanos, as dificuldades para a restrição do poder estatal, o clientelismo e o patrimonialismo continuaram a ser grandes

problemas em parte dos recentes Estados Democráticos de Direito (DIAMOND; PLATTNER; SCHEDLER, 1999, p. 1).⁶⁶

A afronta aos direitos humanos, a restrição ao poder estatal e a corrupção são problemas de todos os Estados contemporâneos. A questão é a maior ou a menor incidência desses fenômenos. A literatura da ciência política aponta que essas questões, somadas aos fenômenos do clientelismo e do patrimonialismo, são fortes problemas, por exemplo, no Brasil e na Argentina.⁶⁷

No patrimonialismo, cargos estatais importantes e políticas públicas são cooptados pela elite patrimonial. Desse modo, as políticas públicas não servem como instrumentos de concretização de programas de liberdade e de igualdade materiais, e sim como instrumento para manutenção de um Estado com grandes desigualdades de renda e sociais.⁶⁸

O clientelismo, por sua vez, deita suas raízes em um modelo de burocracia apenas parcialmente profissionalizado, em que práticas de compadrio e baixo desempenho são comuns. Inexiste uma valorização adequada do mérito na administração pública tanto na progressão de regime como na admissão.

Há muitos cargos de comissão em que são nomeados amigos e parentes com baixos compromisso e qualificação. Também não se mensura adequadamente os resultados e a eficiência da burocracia. Os serviços públicos são vistos pelos burocratas como favores que são feitos aos cidadãos. A visão de que os funcionários públicos possuem deveres estatais e precisam prestar de maneira adequada os serviços foi pouco institucionalizada.⁶⁹

A manutenção de antigos problemas em parcela das novas democracias reviu a valorização extremada da *accountability* vertical política, colocando em primeiro

⁶⁶ Offe (1999, p. 119-133) afirma que no processo de transição dos governos autoritários nas décadas de 70 e 80 para democracias constitucionais existia a crença de que estes regimes iriam alcançar as seguintes metas: i) direitos iguais de participação política, ii) garantia dos direitos humanos, iii) *accountability*, iv) estabelecimento dos assuntos contingentes que seriam deliberados democraticamente e direitos e procedimentos permanentes necessários ao Estado Democrático de Direito plasmados em constituições escritas, v) inexistência de guerras entre democracias constitucionais, vi) progresso social, pois as democracias em Estados com grande quantidade de pobres seriam pressionadas a distribuir renda e construir programas sociais e vii) transformação de indivíduos em cidadãos construtores da democracia. A vida nas novas democracias demonstrou que a primeira transição de governos autoritários para governos escolhidos por meio de eleições livres, periódicas e com sufrágio universal não concretizaria por si só esses sete objetivos. Nesse contexto, uma discussão sobre a reforma do Estado para a construção de estruturas para alcançar esses objetivos é importante.

⁶⁷ Cf. O'Donnell, 2009, p. 19, Emmerich, 2004, p. 69 e Peruzzotti; Smulovitz, 2002, p. 24.

⁶⁸ Para uma revisão da literatura sobre o patrimonialismo, cf. Pinho; Sacramento, 2009, p. 1361-1363.

⁶⁹ Sobre o clientelismo, cf. Campos, 1990, p. 33.

plano a discussão sobre os controles entre agentes estatais e supranacionais (*accountability* horizontal) e o controle social (*accountability* social ou vertical não eleitoral).

O debate sobre a *accountability* horizontal retorna aos clássicos do pensamento político e do Estado Democrático de Direito vistos no primeiro capítulo, estabelecendo precauções adicionais para a concretização das democracias constitucionais contemporâneas (DIAMOND; PLATTNER; SCHEDLER, 1999, p. 3). As questões das precauções adicionais são vistas principalmente por meio da separação dos poderes como *checks and balances* e relações intergovernamentais entre executivo, legislativo e judiciário.

Na *accountability* horizontal em Estados Democráticos de Direito, os agentes estatais, que de maneira direta ou indireta possuem sua legitimidade estabelecida por uma relação com o povo, limitam-se mutuamente. Esse modelo de *accountability* encontra-se na tradição do governo responsável e equilibrado.

Nos aspectos da prestação de contas e da fiscalização, i) executivo presta contas aos outros poderes e órgãos e em especial para legislativo, ii) executivo e legislativo possuem seus atos revistos pelo judiciário, iii) os três poderes devem render contas ao povo (EMMERICH, 2004, p. 75). Para aprovar políticas importantes, há também necessidade de conjugação de esforços entre executivo, legislativo e judiciário. Uma política pública proposta pelo executivo necessita ser aprovada pelo legislativo, além de, em caso de contestação judicial, ser declarada legal e constitucional pelo judiciário.

Como visto no primeiro capítulo, o governo responsável deita suas origens na construção da monarquia limitada na Inglaterra, sendo a obra “Segundo Tratado sobre Governo Civil” de John Locke um marco dessa forma de governo. Essa questão foi aprofundada na construção norte-americana no final do século XVIII com a adoção da separação dos poderes e a concepção de freios e contrapesos.

Por meio da concepção de governo responsável e pela *accountability* horizontal, adotam-se a ideia e a prática de que um governo dividido é necessariamente limitado, porque necessita da cooperação entre poderes e órgãos estatais. Um poder para exercer suas funções necessita da ação e da cooperação de outro poder ou órgão, buscando coibir a existência de *unchecked power* (poder sem controle) (PREZEWSKI, 1999, p. 328-329).

Nos Estados Unidos, berço da construção de uma república moderna com separação dos poderes com pesos e contrapesos, esse modelo foi pensado para restringir um legislativo super-poderoso. Impossibilitou-se que o legislativo estabelecesse direitos e deveres sem qualquer limitação do executivo e do judiciário, sendo este responsável principalmente pela análise da legislação a partir do parâmetro constitucional (PREZEWSKI, 1999, p. 329).

Buscou-se fugir do modelo de legislativo *unchecked power*. Um poder legislativo sem limites (controle) é aquele que leva às últimas consequências a ideia de independência legislativa. Nessa concepção, o legislador poderia estabelecer da maneira que julgasse mais adequada direitos e deveres, modificando situações jurídicas e sociais. Judiciário e executivo com funções de resolver conflitos sociais a partir da lei e executá-la, respectivamente, não teriam competência para controlar e restringir o legislativo. Esse não foi o modelo concretizado nos Estados constitucionais, em que todos os poderes são limitados (pesos e contrapesos).

Nos séculos XIX e XX, o Estado constitucional volta suas luzes para o controle do executivo com o objetivo de que esse poder não se tornasse *unchecked power*. A ampliação da atuação da administração pública comandada pelo executivo, o aumento do poder regulamentador do executivo, a visão de um Estado de bem-estar social interventor e promotor de políticas públicas colocaram relevo no poder executivo.

Para que o executivo não se transformasse em poder sem limites e controle, buscou-se atrelar a ação da administração ao princípio da legalidade e restringir a atuação normativa do executivo por meio da reserva de lei (matérias que somente poderiam ser aprovadas pelo poder legislativo). Também o legislativo participa da construção de políticas públicas e o judiciário pode, desde que provocado, julgá-las.

A necessidade de restringir a ação do executivo e efetivar a *accountability* horizontal encontra-se no centro da discussão sobre as novas democracias argentina e brasileira. A hipótese de O'Donnell (2009) é de que nesses países existem democracias delegativas, tipos democráticos específicos.

Para O'Donnell (2009, p. 8), esse novo e peculiar modelo democrático não possui sua explicação principalmente na estrutura do governo autoritário anterior ou nas dinâmicas específicas do processo de transição. Em verdade, questões mais antigas e estruturais (patrimonialismo e clientelismo), quando mescladas com

elementos de democracias constitucionais contemporâneas, criam a democracia delegativa.

As principais ideias sobre esse modelo democrático assim podem ser expostas: i) a teoria democrática hegemônica discute questões de democracia constitucional, estruturada especialmente por mecanismos de representação, a partir de padrões forjados nos países capitalistas avançados, ii) novas democracias (Brasil e Argentina) cumprem os critérios de poliarquia estabelecidos por Dahl,⁷⁰ iii) essas democracias não são e não caminham na direção das democracias constitucionais plenas (Estados Democráticos de Direito), sendo por outro lado democracias delegativas, iv) o executivo federal é um *unchecked power* e sendo muito frágil a *accountability* horizontal sobre ele, v) as democracias delegativas podem ser duradoras, pois não se observam regressões autoritárias e nem avanços no sistema representativo e vi) as constantes crises econômica e social são utilizadas como pretextos para práticas de democracia delegativa (O'DONNELL, 2009, p. 8).

O ponto central da proposta de democracia delegativa reside na existência de eleições para o executivo e o legislativo e na afirmação nos documentos constitucionais da separação dos poderes. De outro lado, o funcionamento das redes de *accountability* horizontal é insuficiente, fazendo com que o executivo seja um poder sem um adequado controle (*unchecked power*). Nesse modelo democrático, legislativo e judiciário são poderes fracos que possuem um peso político pequeno.

A explicação para a criação de democracias delegativas encontra-se principalmente na inexistência de uma segunda transição democrática após o estabelecimento de governos eleitos democraticamente. A segunda transição impõe que, além de eleições para composição do legislativo e do executivo, existam e funcionem instituições da democracia constitucional contemporânea.

⁷⁰ As poliarquias possuem como elementos estruturantes: i) existência de autoridades eleitas, ii) constituição de eleições livres e justas, iii) configuração e promoção de sufrágio universal, iv) liberdade política passiva (possibilidade de candidatar-se aos cargos eletivos), v) garantia da liberdade de expressão, vi) existência de informação alternativa e vii) proteção e previsão da liberdade de associação (O'DONNELL, 1998, p. 27). Além das características apontadas por Dahl, O'Donnell (1998, p. 27) formula mais três elementos: viii) impossibilidade de que autoridades eleitas ou nomeadas sejam arbitrariamente destituídas, ix) as forças armadas e autoridades que não foram eleitas encontram-se vedadas de promoverem constrangimentos, vetos ou exclusões sobre as autoridades democraticamente eleitas e x) existência de uma delimitação dos eleitores por meio da população de determinado território.

Em outras palavras, há necessidade de o judiciário e o legislativo, além do executivo, serem poderes fortes que interajam na construção de políticas públicas e nas tomadas de grandes decisões nacionais. O legislativo e o judiciário, dentro das competências constitucionais e no modelo de pesos e contrapesos, precisam receber informações sobre as ações do executivo, analisar as suas justificativas e aplicar as sanções políticas e legais pertinentes.

Ainda, a sociedade civil precisa desenvolver um papel maior, requerendo informações e justificativas dos atos dos agentes estatais, além de apresentar reivindicações. A sociedade civil com maior participação auxilia no processo de busca e análise de informações sobre os agentes estatais, possibilitando que os cidadãos exerçam melhor a *accountability* eleitoral.

Com a construção de uma rede de agências estatais responsivas e uma sociedade civil mais participativa, a estrutura do Estado Democrático de Direito resta melhor edificada. Essa segunda transição (*accountability* horizontal, participação da sociedade civil – *accountability* social - e melhor utilização da *accountability* eleitoral) aconteceu em recentes democracias como Espanha, Portugal, Uruguai e Chile (O'DONNELL, 2009, p. 8).

O texto “Democracia delegativa” foi publicado originalmente em 1994. Observam-se algumas importantes alterações na concepção de O'Donnell, que foram apresentadas no artigo “*Accountability* horizontal e novas democracias”, publicado originalmente em 1997.

Neste artigo, O'Donnell (1998 [1997], p. 30-33) apresenta a concepção de que o Estado Democrático de Direito é fundado em três pensamentos políticos que permanecem em tensão, apesar das acomodações: i) democracia, ii) liberalismo e iii) republicanismo. As doutrinas liberal e republicana possuem estreita relação com a *accountability* horizontal.

O liberalismo defende o governo limitado, o qual necessita que as competências estabelecidas aos agentes estatais estejam bem delimitadas. Também os agentes estatais devem impedir uns aos outros o exercício do poder arbitrário.⁷¹

Por sua vez, o republicanismo valoriza o espaço público, exigindo que os agentes estatais cumpram as suas obrigações e deveres. Como essas duas

⁷¹ Nesse mesmo sentido da importância do liberalismo na construção de *accountability* horizontal, cf. Przeworski, 1999, 327.

correntes procuram por razões diversas o controle dos agentes estatais, sendo a *accountability* horizontal um instrumento que auxilia nesse intento, elas defendem essa modalidade de *accountability*.

De outro lado, a filosofia democrática relaciona-se com a *accountability* eleitoral e a soberania popular. A democracia tem como meta principal que os interesses e a vontade popular sejam implantados, não colocando relevância na questão do governo moderado e nas relações de controle e limitações da *accountability* horizontal (O'DONNELL, 1998, p. 37-43).

Desse modo, o novo argumento de O'Donnell afirma que a democracia delegativa sofreu influências insuficientes dos pensamentos republicano e liberal. Esse fato dificultou a construção de redes estatais de controle pautadas na *accountability* horizontal.

O segundo texto de O'Donnell (1998) revê e aprofunda a discussão sobre a democracia delegativa nos seguintes termos. O primeiro artigo de O'Donnell (2009[1994]) afirma que não há uma rede adequada de *accountability* horizontal, porém o principal argumento encontra-se no poder exacerbado do executivo e na sua constituição como *unchecked power*. Posteriormente, O'Donnell assevera que a principal característica de parte das novas democracias (delegativas) é a ausência ou grande déficit de *accountability* horizontal, deixando em segundo plano o argumento anterior da relevância do executivo.

A recente versão do argumento é mais relevante, tendo sido bastante discutida na literatura.⁷² Essa nova perspectiva demonstra-se mais adequada, pois se vislumbra na Brasil e na Argentina um aumento no papel institucional do legislativo e em especial do judiciário.

Nesse novo contexto, não é factível asseverar que esses são poderes muito fracos. Por outro lado, observa-se tanto no Brasil como na Argentina problemas na efetivação da *accountability* horizontal, isto é, no controle das ações delituosas ou

⁷² Cf. Offe, 1999, Przeworski 1999, Rômeo, 2009, Peruzzotti; Smulovitz, 2002, Diamond; Plattner; Schedler, 1999, Miguel, 2005, Emmerich, 2004 e Pinho; Sacramento, 2009. Há interessante artigo de Rose-Ackerman (2005) que incorpora a discussão sobre *accountability* horizontal em uma reflexão mais ampla sobre os dilemas da construção do Estado Democrático de Direito após governos autoritários. As novas democracias devem estabelecer i) um regime de direito privado que auxilie na concretização do desenvolvimento econômico e na cidadania, ii) a punição aos ilícitos praticados no regime anterior e o estabelecimento de um novo direito penal (direito penal liberal, revendo legislação penal que criminaliza atitudes importantes para democracia) e iii) a participação popular no poder e a prestação de contas pelas autoridades estatais eleitas ou não eleitas (*accountabilities* eleitoral, social e horizontal) (ROSE-ACKERMAN, 2005, p. 9).

não dos diversos agentes estatais por meio da análise das informações e justificações e da aplicação de sanções legais ou políticas.

Concorda-se com O'Donnell que há problemas de *accountability* horizontal no Brasil. Por sua vez, não pensa o autor deste trabalho que essas dificuldades na construção e na efetividade de redes de *accountability* horizontal façam o Brasil e outras recentes democracias um tipo específico de democracia. Em todas as democracias existentes, o tema da *accountability* horizontal e sua concretização são importantes.⁷³

A relevância da *accountability* horizontal na discussão sobre as democracias constitucionais encontra-se, por exemplo, nas razões pelas quais os agentes estatais eleitos ou não seguem a lei. Existem duas possíveis explicações lógicas para o cumprimento e o respeito aos comandos legais e constitucionais: i) impossibilidade de violar as regras do jogo e ii) algumas funções e estruturas externas impossibilitam a afronta à lei (PRZEWORSKI, 1999, p. 330).⁷⁴

A resposta de Przeworski (1999, p. 331) para os agentes estatais não violarem a lei é o temor em receber sanções políticas e legais por outros agentes estatais (*accountability* horizontal) ou dos eleitores (*accountability* vertical eleitoral). No que diz respeito à estrutura de *accountability* horizontal, revela-se importante a existência de controles recíprocos entre os agentes, a qual pode ser pensada por meio da seguinte concepção geral: agente A segue a lei por temor da sanção do agente B. Este sanciona aquele por medo da possível sanção de C, sendo C fiscalizado por A.

A *accountability* vertical eleitoral trabalha com a *accountability* política, isto é, a sanção atribuída reside na política com a eleição ou não de políticos e partidos. Por sua vez, a *accountability* horizontal utiliza tanto a *accountability* legal como a *accountability* política.

O constitucionalismo estabelece uma série de prescrições sobre condutas e procedimentos que precisam ser seguidos pelos agentes estatais. Os poderes interagem por meio da separação dos poderes com *checks and balances*, os direitos fundamentais dos cidadãos não devem ser afrontados pelos agentes estatais e as

⁷³ Nesse mesmo sentido, cf. Diamond; Plattner; Schedler, 1999, p. 2 e Przeworski, 1999, p. 347.

⁷⁴ Existe também a possibilidade de os agentes estatais seguirem a lei por costume. Essa é uma razão que sem dúvida explica parcialmente o porquê da obediência ao comando legal, porém é insuficiente. Alguns agentes podem não se sentirem obrigados a manter esse costume de observância da lei. Essa forma de explicar o fenômeno Przeworski (1999, p. 330) designa de tautológica.

regras para o processo legislativo e os comandos legais necessitam ser respeitados pelos agentes eleitos ou não (PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2002, p. 26).⁷⁵

Essas questões formam a estrutura da *accountability* legal, a qual deve ser protegida pela *accountability* horizontal. Sem agentes para impor os sistemas legal e constitucional inexistente *accountability* legal. De outro lado, as interações dos poderes produzem *accountability* política não eleitoral.

Por exemplo, quando a Suprema Corte Americana em *Lochner vs. New York* declara inconstitucional lei do estado de *New York* que limita a jornada de trabalho, trata-se de aplicação de *accountability* horizontal que, além do aspecto legal, possui o aspecto político. A Suprema Corte defendeu ideais liberais econômicas contra as concepções estatais interventoras do executivo e do legislativo estaduais.

Sobre os problemas e as questões sobre a *accountability* horizontal, devem-se registrar i) o controle da burocracia, ii) os novos agentes de *accountability* horizontal, iii) a necessidade de complementar a *accountability* horizontal com a *accountability social* e outras formas de interação entre *accountabilities* horizontal e vertical e iv) agências independentes.

A regra na democracia é a atribuição de poder por meio das eleições aos poderes executivo e legislativo. Por outro lado, muitas funções e serviços públicos são delegados pelos representantes eleitos para burocratas não eleitos.

No que se referem aos burocratas, há poucos mecanismos que permitem os cidadãos e os agentes estatais (representantes eleitos do executivo e do legislativo), que constituem os três *principals* dessa relação, sancionarem a burocracia por meio dos mecanismos existentes.

As leis não regulam todos os procedimentos a serem seguidos pelos burocratas, as diretrizes políticas do executivo não cobrem a integralidade dos resultados e ações a serem implantadas pelos funcionários públicos e os cidadãos possuem como mecanismo tradicional de influencia sobre os burocratas a eleição dos políticos para mudar procedimentos e buscar novos resultados. Esses controles forjam um modelo fraco de fiscalização.

Essa autonomia sem adequados controle e *accountability* pode ser usada para corrupção, proteção apenas de interesse do grupo e obtenção de informação privilegiada (PREZEWSKI, 1999, p. 332). Desse modo, devem ser criados incentivos e redes de fiscalização para enfrentar esses fenômenos. Sobre os

⁷⁵ Sobre a relação do constitucionalismo com as *accountabilities* horizontal e vertical, cf. Arato, 2002.

incentivos para a boa ação dos burocratas com resultados razoáveis, devem ser estabelecidos níveis salariais mais altos para atrair agentes qualificados e planos de cargos atraentes para afastar os burocratas de ilícitos e da corrupção. Não basta a concessão desses benefícios, se não existe uma rede de fiscalização competente sobre os funcionários públicos.

No processo de desenho institucional, alguns cuidados devem ser tomados para a fiscalização dos burocratas ser adequada. Quando há atribuição de poder a um funcionário, deve existir pelo menos outro com poder de veto ou revisão. Assim se atribui a independência para que os burocratas atuem na concretização do interesse do *principal* povo com a supervisão dos agentes eleitos do executivo e do legislativo e com o controle de agente com poder de veto.

Como os cidadãos são aqueles que possuem as melhores informações, as instituições democráticas precisam ser desenhadas para receber informações dos cidadãos. Desse modo, os políticos eleitos e a sociedade civil podem monitorar a atividade dos burocratas, fazendo as correções nas atividades dos burocratas. Também, os agentes dotados de competência para fiscalizar e sancionar, a partir das informações obtidas pelas instituições, punem as violações (PRZEWORSKI, 2006, p. 58).

Mecanismos de participação direta dos cidadãos têm sido apontados como elementos que podem auxiliar no controle dos agentes estatais em geral e dos burocratas.⁷⁶ Entre os mecanismos específicos de participação popular, encontram-se a participação dos cidadãos em conselhos específicos e o recebimento de reclamações e sugestões populares sobre a qualidade e a eficácia dos sistemas públicos (PRZEWORSKI, 2006, p. 58). Essas são questões importantes na análise do CNJ.

Sobre os novos atores de *accountability* horizontal, observam novos agentes nacionais e internacionais que podem demandar por informações, analisar justificações e sancionar legal e politicamente outros agentes.⁷⁷ Ganham

⁷⁶ No que se refere à participação política direta, Offe (1999, p. 144) aponta que a grande questão estrutura-se na cultura da civilidade, a qual não é construída apenas com a queda dos regimes autoritários. Na construção de instrumentos de participação direta popular, o tema do capital social adquire especial relevância. Capital social significa: disposições cognitivas e morais dos cidadãos que permitem estender à confiança a outros cidadãos, além de desenvolver a arte da associação e de prestar atenção às questões públicas. Para a participação política direta e a criação da cultura da civilidade, devem ser desenhadas instituições justas e transparentes que permitam ser submetidas às práticas de *accountability*.

⁷⁷ Sobre essa questão, cf. Diamond; Plattner; Schedler, 1999, p. 3.

notoriedade, por exemplo, as ações de comissões e tribunais de direitos humanos, o exercício efetivo de controle de constitucionalidade judicial, *ombudsman*, ouvidorias, agências de auditorias e controladorias gerais apenas para citar alguns exemplos.

No Brasil, existe forte influência desses novos atores de *accountability* horizontal: i) há julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos revendo a interpretação jurídica sobre a lei de anistia e a posição do governo brasileiro sobre a construção da usina de Belo Monte, ii) o Supremo Tribunal Federal passou a ter um papel político de controle de constitucionalidade das leis após a Constituição Federal de 1988, iii) as ouvidorias judiciais são instaladas de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004 e iv) a controladoria geral da união atuando no combate à corrupção. Esses atores de *accountability* horizontal tornam mais complexa a rede anterior de controles entre agentes nacionais e supranacionais.

Por outro lado, a reflexão sobre a *accountability* horizontal estimulou a discussão sobre outra forma de *accountability*: a social. Essa modalidade acontece na relação de parte da sociedade civil sobre os agentes estatais eleitos ou não eleitos, sendo um tipo de *accountability* vertical. Dessa forma, parcela do povo (*principal*) exige informações e justificações dos agentes, porém a sanção ou o prêmio não acontece de forma direta pelas eleições.⁷⁸

O argumento de O'Donnell sobre as democracias latino-americanas, especialmente Brasil e Argentina, afirma que existem déficits substanciais de *accountability*, não sendo os agentes estatais limitados por problemas nas *accountabilities* horizontal e vertical eleitoral. Com o intuito de tornar os agentes eleitos ou não mais responsivos e de auxiliar na construção e aprofundamento das instituições democráticas, Peruzzotti e Smulovitz (2002, p. 23-24) afirmam que a sociedade civil e a imprensa gradativamente desempenham uma nova forma de *accountability*: social.

Os movimentos sociais, as associações, os grupos populares e a imprensa demandam e sistematizam informações sobre agentes estatais, requerem e analisam as justificações sobre as ações dos agentes e sancionam os agentes por meio da exposição pública. Nesse processo de exposição pública, os agentes dotados de competência de exigir *accountability* horizontal vêm-se compelidos a exercer sua função sobre os agentes estatais.

⁷⁸ Essa forma de *accountability* foi apresentada como modalidade específica por Peruzzotti; Smulovitz, 2002.

Ainda, há mecanismos que permitem aos cidadãos, informados por instrumentos de *accountability* social, diretamente provocarem os agentes de *accountability* horizontal. No Brasil, o exemplo é a ação popular que permite aos cidadãos exigir a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, nos termos do art. 5º, LXXIII, CF.⁷⁹ Por fim, os cidadãos, informados pela *accountability* social, podem exercer a *accountability* eleitoral, sancionando ou premiando os agentes estatais eleitos.

No que se refere ao papel da imprensa, O'Donnell (1998, p. 29-30) corretamente afirma que a existência de *accountability* social sem a aplicação de sanções por agentes de *accountability* horizontal gera pelo menos dois problemas. A exposição pública de ilícitos ou baixos resultados por agentes estatais sem a supervisão, o controle e a sanção por parte dos agentes responsáveis produz um forte sentimento de insatisfação na população.

Ainda, a inexistência de punições por mecanismos de *accountability* horizontal após a exposição por instrumentos de *accountability* social e, em especial, da imprensa produz danos colaterais. Infelizmente, existe aplicação de sanções injustas a pessoas inocentes pelo processo de julgamento da imprensa, que como regra desconsidera procedimentos como contraditório e ampla defesa, por exemplo.

A última discussão desta seção versa sobre a independência dos agentes responsáveis por aplicar as sanções legais e políticas na *accountability* horizontal. Em verdade, discute-se uma modalidade específica de independência: agentes estatais que não são sujeitos ao controle partidário, sendo dotados de vitaliciedade ou mandatos fixos (PREZEWORSKI, 1999, p. 334).

Os juízes e os tribunais, como regra, não são eleitos pelo povo, sendo dotados de vitaliciedade ou mandatos fixos. Também a independência judicial na construção de decisões judiciais cria um isolamento da influência de agentes políticos eleitos (representantes populares do executivo e legislativo).

O principal tipo de agente de *accountability* horizontal independente é o judiciário. Essa configuração institucional do judiciário traz a seguinte questão: quem guarda e como se guarda o guardião?

Esse é o tema da *accountability* judicial. Nessa discussão, tornam-se temas de análise: i) choque do judiciário com agentes eleitos e sujeitos à *accountability* vertical, ii) crítica de que juízes e tribunais não são analisados por meios tradicionais

⁷⁹ Sobre a ação popular e sua relação com a *accountability*, cf. Mota, 2006, p. 144-172.

de *accountability* e não estabelecem mecanismos suficientes de *accountability* interna, iii) existência de forte independência sem a devida *accountability*, podendo os juízes atuarem de maneira não-democrática e para além dos seus limites e competências,⁸⁰ iv) essa modalidade de independência significa financiamento público, porém *accountable* para si mesmo, sendo possível o judiciário tornar-se *unchecked power*, v) ocorrência de justificações técnicas para a construção desse modelo de judiciário, vi) o próprio judiciário e os outros poderes e agências responsáveis pela análise das informações judiciais agem de maneira que dificulta o acesso da sociedade civil às informações sobre o poder judiciário.⁸¹

Essa questão da *accountability* judicial ganha relevância no Brasil, porque na década de 90 O'Donnell (1998, p. 49) e Przeworski (1999, p. 330) apontaram a ausência de *accountability* do judiciário brasileiro. Desse modo, a *accountability* judicial é o assunto da próxima seção.

2.2 *Accountability* e Independência Judiciais

A discussão sobre a *accountability* judicial reside na compreensão desse valor e dessa prática na sua relação com a independência judicial. Tratam-se de duas características importantes do poder judiciário no Estado Democrático de Direito.

A reflexão sobre a independência e, em especial, acerca da *accountability* judicial tem sido feita com profundidade por cientistas políticos e juristas norte-americanos. Desse modo, nesta seção serão apresentadas reflexões sobre *accountability* e independência judiciais a partir da teoria e da realidade políticas norte-americanas.

As questões sobre *accountability* judicial inserem-se no âmbito de discussão designado por Schedler (1999, p. 25) como problemas de segunda ordem de *accountability*. Nesse campo, busca-se responder ao seguinte dilema: como criar instituições com funções de *accountability* horizontal que sejam elas mesmas *accountable*?

A busca por solução desse problema encontra-se no contexto de criação de agentes de *accountability* especializados, sendo compostos por membros muitas vezes não eleitos e dotados de independência. Também, o senso comum teórico

⁸⁰ Acerca dessas questões, cf. Diamond; Plattner; Schedler, 1999, p. 3.

⁸¹ Sobre as questões quatro, cinco e seis, cf. Przeworski, 1999, p. 334-335.

dos juristas parte do pressuposto de que esses agente agem com “sinceridade” e de maneira proba no cumprimento das suas funções no Estado Democrático de Direito.

De outro lado, observa-se que os agentes de *accountability* horizontal não eleitos e independentes no cumprimento da sua missão de análise das informações, justificações e aplicações de sanções podem atuar de maneira ineficiente e com abuso de autoridade, além de usurpar competência de outros agentes estatais eleitos ou não (SCHEDLER, 1999, p. 26).

Há pelo menos três soluções para a ausência de *accountability* sobre agentes não eleitos e independentes: i) criar um mecanismo de eleição para esses agentes, ii) desenhar relações institucionais dos agentes estatais nacionais entre si para que se estabeleçam interações vedando a existência de *unchecked power/agent* e iii) desenvolvimento de relações internas de *accountability* dentro de uma agência ou poder. Essas três propostas foram implantadas no sistema judiciário norte-americano.

Em trinta e nove estados-membros, ocorrem eleições competitivas ou de retenção/manutenção para a composição do judiciário estadual. Sendo assim, nesses estados existe *accountability* vertical eleitoral sobre os magistrados estaduais.

Por outro lado, a magistratura federal de todos os níveis hierárquicos é nomeada a partir da indicação do presidente da república e da sabatina do senado federal sem a existência de eleições para escolha dos juízes federais. Desse modo, o desenho institucional da magistratura federal norte-americana permite a influência do legislativo e do executivo na composição do judiciário.

Também, o congresso nacional é competente para criar e extinguir tribunais federais, aprovar o orçamento do poder judiciário federal, aplicar o *impeachment* em magistrados que não seguirem a cláusula de bom comportamento e estabelecer leis processuais.

Antes de refletir e pensar a independência e a *accountability* judicial a partir do modelo norte-americano, há necessidade de conceituar a independência e *accountability* judiciais, assim como a relação entre essas características do poder judiciário. Começa-se pela *accountability* judicial decisional ou motivacional (BRODY, 2009, p. 9).

A *accountability* judicial decisional é o poder que o povo e os agentes estatais eleitos ou não possuem de requerer informações e justificações sobre as decisões

judiciais, podendo aplicar sanções políticas e jurídicas sobre o membro do judiciário que prolatou a decisão. Essa modalidade de *accountability* deve ser desenhada com muito cuidado para não afrontar o conceito de independência judicial decisional ou motivacional.

Essa forma de independência afirma que o magistrado deve analisar os casos trazidos à sua jurisdição de acordo com a livre interpretação dos fatos, das leis e da constituição (FEREJOHN, 1999, p 353). Assim, o juiz não pode ser sancionado por tribunais superiores, por membros do executivo e do legislativo e pelo povo pelas decisões que tomou em conformidade com a independência judicial decisional.

Desse modo, a *accountability* judicial decisional impõe ao magistrado que, na sentença, apresente as principais informações sobre o caso e justifique por meio dos fatos, das leis e da constituição a sua decisão judicial. Essa forma de *accountability* também estabelece o sistema de recursos judiciais.

Em caso de equívocos ou de não concordância de uma das partes na interpretação dos fatos, da lei e da constituição, existe a faculdade de apresentação de recurso para a mesma instância ou para um tribunal superior. O recurso quando provido por uma autoridade hierarquicamente superior trata-se de uma modalidade de *accountability* judicial decisional, já que esse processo permite que sejam analisadas as informações sobre o caso e a justificação sobre a decisão, alterando-se a decisão anterior.

De outro lado, a possibilidade de afrontar a independência judicial decisional pelo julgamento não estar de acordo com interesses ou perspectivas de parte do povo é perigosa, pois pode essa violação ser utilizada por grupos sociais, econômicos e políticos fortes para retirar direitos constitucionais e legais de grupos fracos ou minorias (BRODY, 2008, p. 9). Um dos problemas das eleições judiciais nos estados-membros da federação norte-americana é: por meio da *accountability* eleitoral, implanta-se uma forma de *accountability* judicial decisional que afronta a independência judicial decisional.

Há um caso emblemático que é lembrado pela literatura sobre independência e *accountability* judiciais, o caso White.⁸² A juíza da Suprema Corte do *Tennessee* Penny White formou a maioria que manteve uma condenação de homicídio durante a prática de estupro, porém reformou a condenação à pena de morte pela inexistência de circunstância agravante.

⁸² Cf. Brody, 2008, p. 10, Zemans, 1999, p. 627, Carrington, 1998, p. 115.

Em 1996, a juíza White foi submetida à eleição de manutenção/retenção. Para que um juiz estadual permaneça no seu cargo por novo mandato no *Tennessee*, a maioria dos eleitores deve votar pela manutenção. Nesse ano, a *Tennessee Conservative Union*, associação sem fins lucrativos, em conformidade com a interpretação dada pela Suprema Corte da primeira emenda da constituição federal, arrecadou grande quantidade de recursos e utilizou em campanha contra a retenção da juíza em razão da sua participação no referido julgamento.

Como consequência do julgamento e da campanha promovida contra a manutenção da magistrada, somente 45% dos eleitores foi favorável à retenção. Essa questão é utilizada como exemplo de que a *accountability* eleitoral dos magistrados, se usadas como mecanismo de *accountability* decisional, afronta a independência judicial (BRODY, 2008, p. 10).

O problema em afrontar a independência judicial é que se trata de um valor que se relaciona com Estado Democrático de Direito, especificamente com o império do direito (*rule of law*), com o constitucionalismo e com a democracia (FEREJOHN, 1999, p. 366-367). Os juízes devem tratar todos de maneira igualitária a partir dos ditames postos pelas leis.

Se apesar de se tratar de um crime que choca a opinião pública, no julgamento que participou a juíza White não há uma circunstância agravante em conformidade com a interpretação das leis postas, não se pode aplicar a pena de morte. Dessa forma, a independência judicial decisional é importante para aplicar as leis vigentes de maneira igualitária.

Essa modalidade de independência judicial também é importante no constitucionalismo, pois os magistrados são responsáveis por aplicar nos casos trazidos à jurisdição todas as normas que não sejam inconstitucionais. Trata-se da importância em manter a supremacia da constituição contra normas que, mesmo tendo sido aprovadas pelo legislativo e sancionadas pelo executivo, são inconstitucionais.

Por fim, no seu aspecto democrático, os magistrados constroem soluções a partir de parâmetros, estando obrigados a aplicar as leis democraticamente postas desde que sejam constitucionais. Como a legislação penal aplicável posta pelos legisladores democráticos não estabelecia a ação do condenado como uma situação agravante que permitia a aplicação da pena de morte, essa sanção não podia ser aplicada ao condenado.

O paradoxo da situação da não manutenção da juíza White na Suprema Corte do *Tennessee* é que tanto a independência judicial decisional como o exercício da *accountability* judicial decisional realizada por meio da *accountability* eleitoral podem ser justificadas por argumentos democráticos. Os magistrados estão obrigados a seguirem a legislação democrática vigente, não podendo estabelecer uma situação como agravante se a legislação penal não a configura como tal. Por sua vez, os eleitores através do mecanismo típico da democracia representativa optaram por sancionar a juíza White com a sua não manutenção no cargo pela decisão tomada pela Suprema Corte estadual em conformidade com a legislação democrática vigente.

Em outras palavras, a democracia legitima a aplicação da independência judicial decisional e a *accountability* judicial decisional. Nesse dilema, deve-se conceder primazia *prima face* à independência judicial decisional nos casos de conflito com a *accountability* judicial decisional (FEREJOHN, 1999, p. 365).

A independência judicial decisional também auxilia no isolamento dos magistrados contra pressões de interesses privados e de parte de grupos sociais. No caso White, um grupo conservador dotado de grande receita financeira com fortes inserções na imprensa sancionou politicamente o magistrado pela sua independência judicial. Também, se o legislador puder alterar um caso julgado pelo judiciário, grupos econômicos e de pressão podem utilizar o legislador para afrontar a independência judicial.

O juiz deve ser influenciado pelos outros poderes e pelo povo, porém a influência dá-se por meio da obrigação de o magistrado aplicar a lei democrática desde que constitucional. Ainda, a influência popular dá-se pela discussão da interpretação das leis e da constituição feita pela esfera pública, pela sociedade civil e pelos membros do executivo e legislativo, podendo pela força do melhor argumento o magistrado alterar sua interpretação. Em questões muito importantes para a sociedade civil e para os poderes executivo e legislativo, existe a possibilidade de emenda à constituição para alterar determinada interpretação constitucional dos tribunais.

Ferejohn (1999, p. 370) apresenta alguns parâmetros para mensurar se pessoas ou grupos podem e querem afrontar a independência judicial decisional. Pessoa, entidade ou grupo são ameaças à independência judicial quando: i) têm razões e interesses de obter uma decisão judicial sem fundamento legal ou jurídico,

ii) possuem recursos econômicos, sociais e políticos para intimidar juízes e iii) podem formar uma vontade ou intenção que interfira na independência judicial (FEREJOHN, 1999, p 370).

Na afronta à independência judicial decisional, deve existir interesse, poder e vontade. Na eleição de retenção da juíza White, a *Tennessee Conservative Union* detinha todos esses elementos, pois i) não se encontrava fundamento jurídico para a condenação à morte e ii) a associação possuía poderes econômico e social para influenciar os eleitores na não manutenção de White e a vontade de sancionar um magistrado por não implantar os valores desses conservadores políticos restava presente.

Desse modo, o espaço para aplicação da *accountability* judicial decisional é mais estreito em virtude da independência judicial decisional. Por outro lado, há a *accountability* judicial comportamental, a *accountability* judicial institucional e a independência judicial institucional.

Accountability judicial comportamental reside na responsividade dos juízes pela sua conduta perante as partes, os advogados, os funcionários judiciais e o povo (BRODY, 2008, p. 10). Essa modalidade de *accountability* observa a forma pela qual o magistrado conduz os processos e as relações que estabelece com as pessoas (litigantes e pessoas relacionadas à administração da justiça).

Diversas características são albergadas sob a *accountability* judicial comportamental como imparcialidade, integridade, urbanidade e eficiência na prestação judicial. A imparcialidade estabelece uma relação de complementaridade entre essa forma de *accountability* e a independência judicial.

Os magistrados devem julgar os casos em conformidade com a livre interpretação dos fatos, da lei e da constituição sem discriminar as partes por questões ideológicas, étnicas e de gênero. A integridade judicial encontra-se principalmente na não corrupção dos magistrados por meio de recebimento de favores sociais e políticos e de recebimento de benefícios econômicos. O descumprimento do dever de integridade afeta a legitimidade social do judiciário, viola a imparcialidade e fulmina a independência judicial decisional.

A urbanidade trata-se de um dever comportamental que o magistrado possui no tratamento com as pessoas envolvidas nas relações processuais e na administração da justiça. Por diversas razões, o magistrado pode tratar de maneira truculenta ou inadequada essas pessoas, porém essa forma de agir desconsidera

completamente que o magistrado, independente de ser eleito ou não, é um agente, sendo seu *principal* o povo.

Por fim, há a questão da eficiência. O papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito e a demanda por prestação judicial são grandes. A jurisdição é responsável pela solução dos conflitos sociais trazidos por pessoas jurídicas privadas e públicas ao judiciário, assim como se constitui em importante agente de *accountability* horizontal.

Em razão da relevância da prestação judicial, os magistrados devem ser bons gestores das demandas sociais e políticas atribuídas à sua análise. Essa questão impõe que os juízes estejam comprometidos em construir a melhor decisão possível em tempo adequado. Trata-se de buscar a complexa e a importante relação entre qualidade das decisões prolatadas com a gestão do tempo processual.

No que se refere à *accountability* judicial comportamental, não há afronta pelo seu exercício à independência judicial decisional (BRODY, 2008, p. 10). Por sua vez, a *accountability* judicial comportamental traz um problema clássico de *accountability*: a dificuldade de obtenção de informações e dados para mensurar o cumprimento pelos agentes dos deveres e dos resultados esperados.

A construção de um poder judiciário dotado de independência decisional e de *accountability* comportamental envolve uma série de fatores. De um lado, como coloca Ferejohn (1999, p. 354-355), a forma de nomeação de magistrados para que cumpram suas funções de maneira adequada nos termos da *accountability* judicial comportamental e julguem em conformidade com a interpretação dos fatos, da lei e da constituição é central. Outra questão diz respeito à maneira como as relações de *accountability* judicial comportamental são desenhadas, sendo importante se os magistrados terão sua *accountability* avaliada de maneira direta ou indireta pelo povo (FEREJOHN, 1999, p 355).

Feitas essas ponderações introdutórias, o segundo momento deste segundo capítulo enfrentará: i) a questão das *accountabilities* judiciais eleitoral e comportamental nos desenhos institucionais dos estados-membros norte-americanos e o papel de alguns conselhos de justiça estaduais, ii) a discussão sobre a *accountability* e independência judiciais institucionais a partir do debate institucional dos três poderes federais norte-americanos e iii) a reflexão sobre a independência judicial e as *accountabilities* judiciais comportamental e institucional

no direito comparado (França, Irlanda e Argentina) e em três conselhos de justiça.

2.2.1 *Accountability* Judiciais Eleitoral e Comportamental e Conselhos Judiciais nos Estados-Membros nos Estados Unidos

Um tema polêmico reside na eleição de magistrados. O principal aspecto positivo da eleição é permitir uma relação direta entre povo e um dos poderes estatais, autorizando a realização da *accountability* também pelo povo na forma eleitoral. Por outro lado, os problemas são vários, encontrando-se i) na ausência de informações para a análise da *accountability* judicial comportamental, ii) na utilização da *accountability* eleitoral como mecanismo de afronta à independência judicial decisional e iii) no desenho institucional sobre a campanha eleitoral, a eleição e os mandatos dos magistrados.

Uma forma interessante de buscar uma compatibilização entre *accountability* judicial comportamental e independência judicial decisional por meio da eleição reside nas informações apresentadas pela *Judicial Performance Evaluation* (JPE), no aprofundamento e no enraizamento na cultura popular das funções da eleição para magistrado e na alteração na campanha e nas eleições de magistrados.

Sobre as eleições judiciais, observam-se três posições principais, sendo duas mais extremadas e uma intermediária (BRODY, 2008, p. 3-4). A primeira concepção sobre o poder judiciário, estruturada na valorização da independência judicial decisional, defende que os juízes deveriam ser isolados das pressões populares e dos políticos eleitos para julgar em conformidade com sua interpretação da legislação e da constituição. Desse modo, as eleições dos magistrados são um instrumento inadequado por ferir a independência judicial, sendo a fórmula de nomeação dos juízes federais com indicação do executivo e sabatina do legislativo mais adequada.⁸³

De outro lado, a segunda concepção afirma corretamente que os juízes exercem um poder político importante como os membros do executivo e do legislativo. Sendo assim, os juízes invalidam leis aprovadas pelo legislativo e

⁸³ Essa é posição, por exemplo, de Carrington, 1998, p. 114. Na sua leitura, as eleições até podem ser aplicadas para magistrados de primeira instância desde que existam mudanças substanciais nas eleições e no processo eleitoral. De outro lado, para os tribunais superiores as eleições não são adequadas, pois, dentre os diversos problemas, os pleitos transformaram-se em ações para afrontar a independência judicial decisional.

executivo e participam por meio das decisões judiciais de importantes políticas públicas, devendo os magistrados também serem eleitos diretamente pela população. Em geral, essa concepção é defendida por grupos, cidadãos, políticos e intelectuais que são contrários ao mérito de uma ou algumas decisões judiciais, buscando por meio das eleições atingirem a independência judicial decisional.⁸⁴

Por fim, a solução de compromisso entre essas duas posições encontra-se na aplicação do que veio a ser conhecido como *Missouri Plan* ou *Merit Plan*. A partir de 1940 no estado-membro de Missouri, alterou-se o processo de nomeação de juízes para a Suprema Corte e para a Corte de Apelação estaduais.

No caso de vacância judicial, uma comissão composta por advogados e cidadãos indica ao governador três candidatos para ocupar essa vaga, cabendo ao chefe do executivo estadual nomear um dessa lista. Em período curto, em geral um ano, o magistrado nomeado passa pela votação de retenção/manutenção pelo povo (BRODY, 2008, p. 3-4).

Caso o juiz nomeado, empossado e em exercício não obtenha nas eleições maioria pela sua manutenção, ele é exonerado. Por sua vez, se for mantido, periodicamente sua retenção é submetida a sufrágio popular (BRODY, 2008, p. 4).

Esse processo valorizaria o mérito jurídico em um primeiro momento, estabelecendo a *accountability* judicial por meio das eleições de retenção. Esse procedimento também possui problemas.

Garoupa e Ginsburg (2008, p. 13-14) afirmam que *Merit Plan* não estabelece a *accountability* vertical eleitoral, pois são raros os juízes que não são mantidos. Por exemplo, do período de 1964 a 2006, em 6.306 eleições de retenção, somente 56 magistrados não foram mantidos (BRODY, 2008, p. 19-20).

De outro lado, as eleições judiciais deixam abertas as portas para a violação da independência judicial decisional como no caso *White* e para a introdução de campanhas judiciais eleitorais sensacionalistas. Carrington (1998, p. 81-113) apresenta várias críticas às eleições de juízes estaduais a partir da reflexão sobre pleitos.

As campanhas eleitorais dos juízes têm seguido os mesmos moldes das campanhas eleitorais para o executivo e para o legislativo, privilegiando as inserções

⁸⁴ Brody (2008, p. 1-2) apresenta indicação de editoriais de jornais, de políticos, de grupos de interesses e de sites de internet que defendem o aumento da *accountability* judicial decisional e a revisão da independência judicial decisional pelas eleições.

em televisão. As propagandas políticas em televisão buscam o formato de comerciais de produtos, não optando por trazer informações ou promover debates relevantes, e sim por buscar através de *jingles* e qualquer outra ferramenta de marketing fazer um candidato conhecido (CARRINGTON, 1998, p. 81).

Nas eleições de retenção da *Chief Justice* Rose Elizabeth Bird da Suprema Corte da Califórnia de 1978, políticos conservadores e lobistas que representavam o interesse dos proprietários de armas de fogo estabeleceram uma campanha bastante apelativa e agressiva. Por exemplo, uma propaganda eleitoral na televisão estabeleceu um roteiro em que uma mulher era estuprada e o estuprador não seria condenado em caso de manutenção da juíza Bird (CARRINGTON, 1998, p. 82). Essa forma apelativa de campanha que busca destruir o candidato tornou-se conhecida como campanha *Blitzkrieg*.

As campanhas judiciais também envolvem uma grande quantidade de dinheiro. Na campanha de retenção de três magistrados da Suprema Corte da Califórnia de 1986, foram arrecadados sete milhões de dólares para os fundos da campanha contra a manutenção e os três juízes receberam quatro milhões para a campanha de manutenção (CARRINGTON, 1998, p. 83).

As fontes desses financiamentos foram particulares, trazendo a discussão sobre a vinculação dos magistrados eleitos durante o exercício da jurisdição em relação aos advogados e grupos doadores da sua campanha, assim como da identificação dos doadores de organizações responsáveis pela estruturação da campanha contrária à retenção. Em relação às organizações civis, a Suprema Corte Norte-America autoriza que essas associações não revelem a fonte de seu financiamento. Essa ausência de publicidade dificulta a compreensão dos interesses políticos em jogo na eleição de retenção.

Uma forma de estabelecer uma melhor relação entre as eleições, a independência judicial decisional e a *accountability* judicial comportamental pode ser vista pela ação de alguns conselhos de justiças estaduais norte-americanos. Em 1975, o *Alaska Council of Justice* começou a fazer avaliação dos magistrados que seriam submetidos à eleição de retenção, apresentado as informações sobre a *accountability* judicial comportamental e emitindo parecer acerca da manutenção ou não do magistrado (BRODY, 2008, p. 4).

Atualmente, em oito estados-membros norte-americanos (Alaska, Arizona, Colorado, Kansas, Missouri, Novo México, Tennessee e Utah), o conselho de justiça

estadual divulga essas informações e pareceres aos eleitores. Essas informações procuram dotar os cidadãos de importantes dados e informações sobre o exercício da jurisdição pelo juiz que será submetido à eleição de manutenção.

Desse modo, esses conselhos de justiça auxiliam na concessão de informações relevantes sobre a *accountability* judicial comportamental, permitindo que os eleitores recebam informações para adequadamente votar na eleição. Também, o parecer concedido pelos conselhos corretamente leva em considerações elementos somente de *accountability* judicial comportamental, não afrontando a independência judicial decisional. Essa atuação dos conselhos de justiça estaduais auxilia na cultura de defesa da independência judicial decisional, colocando uma nova pauta de discussão na esfera pública.

As avaliações da atuação judicial são feitas por meio de *surveys* (pesquisas) com pessoas que lidaram diretamente com o juiz, observando o exercício da jurisdição a partir de uma série de itens relacionados com o processo e com a postura judicial, não discutindo a questão do mérito do julgamento. Essas pesquisas procuram mensurar i) habilidade legal/jurídica, ii) integridade, iii) comunicação, iv) temperamento judicial e v) competência/habilidade administrativa, sendo coletadas as informações com pessoas que tiveram contato direto com o magistrado (advogados, jurados, litigantes e funcionários judiciais) (BRODY, 2008, p. 15).

Esses dados são analisados em conjunto com informações relativas à administração judicial, aos aspectos disciplinares, às impressões sobre os julgamentos por uma comissão composta por advogados e cidadãos leigos. Por fim, a comissão emite parecer pela manutenção ou não do magistrado (BRODY, 2008, p. 5).

Pesquisas empíricas demonstram importantes resultados das avaliações judiciais. Nos Estados de Alaska e Utah, há relação positiva entre o parecer favorável pela manutenção do conselho judicial estadual e a votação dos cidadãos pela retenção do magistrado (BRODY, 2008, p. 19). Como o exercício do direito de voto é facultativo nos Estados Unidos, observou-se que os eleitores possuem mais informações do que aqueles cidadãos que não votam (BRODY, 2008, p. 24).

Não há concretização de *accountability* judicial comportamental pelas eleições se os índices de participação eleitoral são baixos ou se as razões do voto não levam em consideração a *accountability* comportamental. A divulgação de informações sobre *accountability* comportamental pelos conselhos de justiça estaduais auxilia no

aumento da taxa eleitoral e no estabelecimento dessa forma de *accountability* como um parâmetro importante de votação.

Também, Brody aponta mais duas influências positivas nas avaliações judiciais para a ampliação da *accountability* judicial comportamental. O parecer e a avaliação negativos do exercício da jurisdição de um magistrado não são publicados no caso de o juiz optar por não disputar a eleição. A forma de sanção exposição pública auxilia na busca por *accountability*, porque estimula magistrados que não seguem os deveres judiciais a deixarem o poder judiciário (BRODY, 2008, p. 21).

Ainda, as avaliações alteram a percepção dos magistrados sobre o exercício da magistratura, ajudando a corrigir posturas inadequadas. A *American Judicature Society* promoveu uma pesquisa com formulários para os magistrados estaduais dos estados-membros de Alaska, Arizona, Colorado e Utah que foram avaliados pelos conselhos de justiça estaduais.

A resposta da maioria dos juízes foi de que as avaliações auxiliam na construção da *accountability* do seu trabalho, porque ajudam a perceber uma inadequada arrogância causada pela doença da toga (*black robe disease*) (BRODY, 2008, p. 27-28).

Outros estados-membros norte-americanos também realizam avaliações dos magistrados pautadas em elementos de *accountability* judicial comportamental, mas utilizam os seus resultados para, em mecanismos internos da magistratura estadual, buscar uma melhoria interna (BRODY, 2008, p. 4). Nesse caso, trata-se de um mecanismo de *accountability* horizontal intra-orgânico, porque um órgão da magistratura interna analisa informações e justificações de magistrados em temas de *accountability* judicial comportamental, podendo aplicar sanções.

A realização de avaliações judiciais pelo conselho estadual de justiça auxilia que a *accountability* comportamental seja levada em conta, assim como informações relevantes para os cidadãos são apresentadas. Essas questões não resolvem todos os problemas das eleições para magistrados estaduais e, especialmente, a possibilidade de utilização da *accountability* vertical eleitoral como mecanismo de afronta à independência judicial decisional.

Os casos White e Bird deixam claro que as eleições judiciais podem ser usadas não como busca por um judiciário independente nas suas decisões e *accountable* no aspecto comportamental. Em verdade, nas eleições para tribunais

superiores, a grande questão em discussão são as decisões tomadas pelos magistrados.

Desse modo, parece correto seguir a proposta de Carrington (1998, p. 114) de adotar o método posto na constituição federal norte-americana para escolha dos magistrados das cortes superiores estaduais. O *Merit Plan* pode ser utilizado para indicação de juízes de primeira instância, porém se constitui em modelo inadequado para a nomeação de juízes de cortes superiores por atentar contra independência judicial motivacional.

De outro lado, caso se busque a legitimação eleitoral dos magistrados sem a afronta da independência judicial decisional, existe também o método japonês de realização de eleição de retenção antes de o indicado exercer suas funções. Desse modo, o povo pode confirmar ou não a nomeação sem violar a independência judicial por esse mecanismo (CARRINGTON, 1998, p. 114).

Sobre as eleições judiciais, também se devem observar i) regras de impedimento para grandes doadores, ii) não se pode permitir gastos sem limites por associações nas campanhas, iii) refletir sobre longos mandatos e iv) regulação das propagandas para evitar a campanha *blitzkrieg*.

A imparcialidade é uma imposição da independência judicial decisional e da *accountability* judicial comportamental. Grandes contribuidores de campanha passam a ter uma relação privilegiada com o agente estatal eleito. Essa modalidade de afinidade não é compatível com a imparcialidade que o magistrado deve possuir.

Sendo assim, dever-se-ia estabelecer uma relação de impedimento na atuação do magistrado eleito nos processos de grandes doadores. No que se referem às contribuições de campanha judicial de advogados, somente pequenas doações poderiam ser autorizadas (CARRINGTON, 1998, p. 115).

A regra aplicável aos advogados detém dois sentidos. O primeiro encontra-se em evitar uma relação inadequada entre advogado grande contribuidor e magistrado que irá atuar nos seus processos. Ainda, com limites máximos pré-estabelecidos de doação eleitoral, há a blindagem dos advogados para situações fáticas e políticas que “imponham” grandes contribuições.

Por sua vez, não se pode permitir que associações gastem sem limites fundos, desde que não sejam compostas por candidatos, e ainda não divulguem os grandes doadores dessas entidades. Essa questão aconteceu, por exemplo, na

atuação da *Tennessee Conservative Union* que usou fundos sem limites para influenciar a opinião pública contra a juíza White.

Essa forma de regulação jurídica das associações traz muitos problemas para a independência judicial decisional nas eleições judiciais. Carrington (1998, p. 116) apresenta esclarecedor exemplo. A jurisprudência tem inúmeros posicionamentos contra teses jurídicas defendidas por empresas de seguro. Essas empresas poderiam fazer substanciais doações a associações contra campanhas de manutenção de magistrados com decisões judiciais inadequadas para esses grupos econômicos.

Sobre o tempo dos mandatos dos magistrados, a proposta de *accountability* eleitoral judicial é diversa da perspectiva do modelo de *accountability* eleitoral pura de Arato. Conforme visto, na eleição para representantes do legislativo, Arato propõe mandatos curtos para aumentar a responsividade dos políticos e permitir uma constante *accountability* eleitoral. Carrington (1998, p. 119), a partir da forma como as eleições para os tribunais superiores acontecem nos estados-membros, sugere a existência de mandatos mais longos de 12 a 15 anos.

Essa posição de Carrington possui sentido no momento em que as eleições são usadas principalmente para afrontar a independência judicial decisional. De outro lado, se existir uma cultura disseminada na sociedade civil das eleições como mecanismo de mensuração da *accountability* judicial comportamental, o tempo entre as eleições de manutenção pode diminuir.

Sobre a campanha *blitzkrieg*, a regulação jurídica para coibir campanhas que difamem magistrados ou que sejam apelativas possui o seguinte problema. A Suprema Corte Norte Americana, em 1964, no caso *New York Times vs. Sullivan*, estabeleceu a proteção às manifestações contra autoridades públicas.

Desse modo, pessoas físicas e jurídicas não são responsáveis civil e juridicamente pelas ofensas às autoridades. Esse precedente teria legitimado o direito dos cidadãos difamarem as autoridades (CARRINGTON, 1998, p. 124).

As situações sociais e jurídicas do caso julgado em 1964 são diferentes das campanhas televisas de difamação e agressão aos magistrados na televisão, não podendo o julgado ser aplicado nas campanhas *blitzkrieg* contra magistrados. As diferenças residem: i) caso *Sullivan* enfrentou a discussão na imprensa escrita, que possui menor impacto do que comerciais em televisão, ii) a imprensa escrita apenas informa os interessados, já as campanhas/comerciais de difamação influenciam

grande parcela da população pela televisão, iii) caso *Sullivan* não possuía como foco a defesa da independência judicial decisional (CARRINGTON, 1998, p. 124). Também, contra as campanhas públicas de difamação no período eleitoral, a comissão eleitoral judicial poderia ter uma verba pública para conceder fundos aos ofendidos veicularem inserções na televisão contra as ofensas (CARRINGTON, 1998, p. 124).

2.2.2 *Accountability* e Independência Judiciais Institucionais

Feita a análise da independência judicial decisional e das *accountabilities* judiciais decisional, comportamental e eleitoral, outra relevante dimensão da independência e da *accountability* judiciais diz respeito ao aspecto institucional. O judiciário constitui-se em poder estatal autônomo e independente com função de julgar os conflitos judiciais a partir da livre interpretação dos fatos, das leis e da constituição.

No exercício da função jurisdicional, os magistrados atuam como agentes estatais de *accountability* horizontal em relação aos poderes executivo e legislativo. Ainda, a existência de recursos judiciais e o estabelecimento de uma organização hierárquica do judiciário permitem a construção de *accountability* judicial decisional interna.

Por outro lado, o poder judiciário encontra-se em um modelo de desenho institucional de *checks and balances*, o qual constrói interações e limitações recíprocas entre os três poderes. Nesse contexto, a independência judicial institucional diz respeito à autonomia de que goza o judiciário por ser um poder estatal independente dotado da função primeira de julgar os conflitos jurídicos.⁸⁵

Há relações de outros agentes estatais de *accountability* horizontal e de órgãos judiciais que moldam a instituição judiciária e a independência judicial institucional. A *accountability* judicial institucional diz respeito principalmente às relações de *accountability* horizontal que restringem e moldam a independência judicial institucional.

Como coloca Ferejohn (1999, p. 353-354), a independência que o judiciário goza como instituição autônoma e independente permite aos juízes exercerem a

⁸⁵ Sobre a independência judicial institucional e *accountability* judicial institucional, cf. Geyh, 2003, p. 163.

independência judicial decisional. Em outras palavras, a independência judicial institucional é condição necessária, porém não suficiente, para que os magistrados desenvolvam a livre interpretação dos fatos, da lei e da constituição.

No início da República, um importante anti-federalista, Brutus, afirma que a independência judicial é muito ampla, não sendo os juízes controlados e influenciados pelo legislativo e pelo povo, podendo cometer grandes erros (FEREJOHN, 1999, p 354). Essa visão anti-federalista parte de uma leitura da separação dos poderes sem pesos e contrapesos.

Nessa leitura, o judiciário deveria julgar os casos em conformidade com a lei, o legislativo estabeleceria os direitos e os deveres por meio dessas leis e o executivo seria responsável pela execução da legislação pelo parlamento. Trata-se de um modelo em que há independência total de cada um dos poderes, não sendo estabelecidas relações recíprocas entre os poderes estatais. Em razão da concepção de independência radical dos poderes e da ausência de eleições populares dos magistrados, os anti-federalistas afirmavam que inexistia *accountability* judicial.

Existe completa independência de uma pessoa ou de um órgão se duas ações não dependem de outra pessoa ou instituição. Nesse sentido, o judiciário não é independente, pois a definição da jurisdição, as normas procedimentais e a execução das ordens judiciais dependem dos poderes legislativo e executivo (FEREJOHN, 1999, p. 355). A influência ou a limitação que o judiciário sofre dos outros poderes não é necessariamente uma questão pejorativa.

Por exemplo, o congresso norte-americano possui competência para interferir institucionalmente no judiciário nas seguintes questões: i) criar outros tribunais além da Suprema Corte e regular a competência judicial federal, ii) estabelecer o número de juízes e sua distribuição nos tribunais, iii) atribuir receita ao judiciário pelo orçamento, iv) criar regras processuais, v) isolar as decisões dos tribunais estaduais de revisão federal e vi) superar certas decisões judiciais (FEREJOHN, 1999, p 359).

A forma como o congresso norte-americano exerce suas competências constitucionais de interação com o judiciário pode ser uma forma de interferência institucional adequada ou inadequada. Ocorre um problema institucional quando o legislativo procura alterar o desenho da competência judicial, direcionando a análise de caso jurídico específico. De outro lado, o legislador pode alterar a competência

do judiciário federal com o intuito de melhor racionalizar o sistema judicial (FEREJOHN, 1999, p 355).⁸⁶

A questão é: as interferências institucionais dos outros poderes no judiciário não podem, *prima facie*, afrontar a independência judicial decisional dos magistrados em um caso específico.

A forma como a independência judicial institucional é estabelecida depende das acomodações trazidas pelos confrontos entre judiciário, de um lado, e legislativo e executivo, de outro lado. A análise da conformação da independência judicial institucional da magistratura federal norte-americana auxilia, apesar das peculiaridades históricas e institucionais, na compreensão de desenho institucional da independência das magistraturas nos Estados Democráticos de Direito.

Nessas interações, a grande questão encontra-se em saber quando as interferências são consideradas legítimas e quando são ilegítimas institucionalmente.

Geyh (2003) apresenta as análises sobre a construção da independência judicial institucional a partir do embate entre a Suprema Corte Norte-Americana e os poderes executivo e legislativo federais em seis momentos nos mais de duzentos anos de federação norte-americana.⁸⁷ Por meio da história institucional do embate na perspectiva dos poderes legislativo e executivo, Geyh (2003, p. 221) chega à conclusão de que o legislativo historicamente deixou de utilizar suas competências em relação ao judiciário para interferir na independência judicial decisional e, gradativamente, aumentou as autonomias financeira e administrativa do judiciário.

Por sua vez, a única forma que o legislativo atualmente utiliza para influenciar na independência judicial decisional encontra-se na aprovação do senado federal dos indicados à magistratura federal. Nesse momento, faz-se uma discussão sobre o perfil ideológico jurídico do candidato para indicar um jurista com compreensões das leis e da constituição parecidas com os representantes políticos (GEYH, 2003, p. 222).

A interpretação que o presidente da república e, principalmente, o legislativo fazem das independências judiciais decisional e institucional estabelecem um

⁸⁶ Geyh (2003, p. 164) apresenta também dois exemplos interessantes. É inadequado institucionalmente o legislativo ameaçar cortar o orçamento do judiciário como medida de retaliação por uma decisão judicial, mas é um elemento importante do Estado Democrático de Direito que os políticos façam todas as críticas que julguem pertinentes às decisões judiciais.

⁸⁷ Esses seis momentos são: i) início do século XIX, ii) disputa da corte Marshall com a administração Jackson, iii) guerra civil e caso *Dred Scott*, iv) *New Deal* e crítica à Suprema Corte por Roosevelt, v) corte Warren e vi) momento atual (GEYH, 2003, p. 166).

padrão interpretativo da constituição. Apesar de esses agentes estatais poderem ter várias interpretações sobre a independência judicial a partir do texto constitucional, eles firmam costumes constitucionais que perduram por anos e alguns por séculos.

Desse modo, as mudanças interpretativas que os membros do legislativo e do executivo procuram implantar representam alterações em costumes constitucionais. Assim, esses agentes institucionais possuem forte ônus argumentativo de provar que a nova interpretação encontra-se de acordo com a constituição, sendo a concepção anterior equivocada (GEYH, 2003, p. 166).

Nesse fato reside a importância de compreender historicamente a construção da independência judicial pelas lentes dos poderes executivo e legislativo. Esses agentes são os principais interessados em estabelecer limites ao judiciário e possuem competência constitucional para tanto. Por isso, a interpretação deles sobre a constituição é bastante importante.

De acordo com a constituição norte-americana federal, há i) estabilidade dos juízes desde que tenham bom comportamento e ii) irredutibilidade de salários. Também a constituição afirma que apenas os juízes pertencem ou exercem o poder judiciário. Em caso da ausência de bom comportamento, o congresso, por meio do impeachment, exonera o magistrado federal.

Na construção sobre os costumes constitucionais acerca da independência judicial, deve-se pontuar i) impossibilidade de *impeachment* dos magistrados por problemas de *accountability* judicial comportamental e por decisões que contrariam a interpretação constitucional feita pelos agentes eleitos do legislativo, ii) tendência de manutenção no número de magistrados nos tribunais, iii) vedação de proibição de apreciação judicial de casos específicos por legislação, iv) preocupação com a eficiência judicial e concessão de autonomia administrativa e financeira ao judiciário e v) estabelecimento da sabatina do senado como mecanismo legítimo para influenciar o processo de independência judicial decisional.

No caso Samuel Chase, no início do século XIX, existiam quatro acusações de problemas relativos à *accountability* judicial comportamental analisados em processo de *impeachment*. As acusações são de impedir que um advogado citasse uma relevante autoridade legal, indeferir um pedido de adiamento do julgamento, manipular o grande júri e apresentar um caloroso discurso político partidário em um pequeno júri (GEYH, 2003, p. 169).

Chase não negou as condutas imputadas no processo de *impeachment*, defendeu-se, de outro lado, a partir da argumentação de que essas ações não se constituíam em grandes ilícitos. Desse modo, não poderia ser sancionado pela *accountability* judicial institucional do congresso (*accountability* horizontal) por ter afrontado elementos de *accountability* judicial comportamental.

A câmara dos deputados votou pela condenação, porém o senado posicionou-se pela absolvição e Chase não sofreu o *impeachment*. Esse caso criou o costume constitucional de que os magistrados não sofreriam *impeachment* por ilícitos de *accountability* judicial comportamental (GEYH, 2003, p. 169).⁸⁸

Esse caso é fundamental na construção da independência judicial institucional, pois o texto constitucional autoriza o congresso a exonerar magistrado por meio de *impeachment* por mau comportamento. De outro lado, o congresso norte-americano interpretou essa disposição constitucional no sentido de que não poderia sancionar os magistrados por afronta à *accountability* judicial comportamental.

Sobre o processo de *impeachment* de magistrados em razão das suas decisões judiciais, gradativamente esse instrumento deixou de ser utilizado como mecanismo de sanção pelas decisões individuais dos magistrados. Apesar de a tentativa de políticos conservadores em utilizar o instrumento do *impeachment* contra *Chief Justice* Warren, nas décadas de 60 do século passado, por suas decisões liberais políticas, o costume constitucional de não utilizar o *impeachment* como mecanismo de sanção por decisões judiciais manteve-se.

Também no início do século XIX, a federação norte-americana incorporou novos estados-membros (Louisiana, Indiana, Mississippi, Illinois, Alabama e Missouri), trazendo a discussão sobre a reformulação do judiciário federal. Com a incorporação desses novos estados, foram criados novos distritos judiciários federais, novos tribunais de circuito federais e ampliado o *quorum* da Suprema Corte Norte-Americana.

O *Judiciary Act* de 1789 estabeleceu os tribunais de circuito e o *circuit riding*. Este significava que magistrados da Suprema Corte Norte-Americana deveriam participar de julgamentos da Suprema Corte em Washington D.C. e periodicamente

⁸⁸ Esse costume judicial foi firmado com o julgamento de *impeachment* James Peck em 1830, que também foi acusado por violar deveres judiciais comportamentais. Nesse caso, também o magistrado foi absolvido pelo senado. Esse foi o último caso de *impeachment* apresentado somente por violação da *accountability* judicial comportamental. Cf. Geyh, 2003, p. 170.

exercer a jurisdição em tribunais inferiores espalhados nos estados-membros. A composição dos juizes da Suprema Corte em Tribunais de Circuito buscava estabelecer uma relação mais próxima dos magistrados da mais alta corte com problemas corriqueiros dos cidadãos norte-americanos (GEYH, 2003, p. 172).

De 1823 a 1837, o Congresso discutiu a reestruturação da magistratura federal em razão dos novos estados-membros. A grande questão era terminar ou não com *circuit riding*, sendo as três propostas de reestruturação: i) criação de dois novos tribunais de circuitos com competência para julgar casos judiciais nos novos estados-membros do oeste americano e criação de dois novos cargos de magistrados na Suprema Corte para atuar nesses tribunais, ii) terminar com o *circuit riding* e iii) estabelecer *circuit riding* dos magistrados da Suprema Corte somente nos estados-membros do leste (GEYH, 2003, p. 173).

Em 1937, a primeira proposta foi adotada pelo Congresso. Um importante argumento que se fez presente nas discussões foi o necessário respeito que os congressistas deveriam ter com o modelo institucional adotado pelos fundadores da república.

Desse modo, não era adequada uma mudança profunda na magistratura federal por afrontar o desenho institucional do judiciário construído pelos pais fundadores, além de que qualquer mudança institucional deveria ser cuidadosamente pensada. As normas institucionais do judiciário não deveriam ser alteradas constantemente com o intuito de dar estabilidade institucional ao judiciário (GEYH, 2003, p. 173-176).

A ampliação do número de magistrados na Suprema Corte não se constitui em simples exercício da competência constitucional do congresso em determinar o número de magistrados desse tribunal. Em verdade, aumentou-se a composição da Suprema Corte em razão da necessidade de preservar a estrutura institucional do judiciário construída no início da república norte-americana.

Como o *circuit riding* era um instituto relevante para manter a relação entre povo e magistrados da Suprema Corte, os agentes eleitos do legislativo estabeleceram a reforma do judiciário em conformidade com essas diretrizes institucionais. Novamente, o legislador iniciou um costume constitucional de não ampliar ou reduzir os cargos da magistratura federal de maneira arbitrária.⁸⁹

⁸⁹ De acordo com Geyh (2003, p. 181): "From 1789 to 1866, the Supreme Court's size remained firmly soldered to the number of regional circuits Congress created. Thus, when Congress added a tenth

Ainda, em 1869, discutia-se a necessidade de rever as estruturas da magistratura federal, já que a quantidade de casos pendentes aumentou substancialmente e a eficiência na prestação judicial deveria melhorar para dar conta das demandas na jurisdição.⁹⁰ Mesmo com as grandes mudanças políticas e econômicas que os Estados Unidos passaram, existia forte consenso nos legisladores de que a reforma judicial deveria ser feita de maneira mínima sem alterações na bem estruturada instituição do poder judiciário (GEYH, 2003, p. 184).⁹¹

A manutenção da estrutura do judiciário e o costume constitucional de não ampliar ou reduzir o tamanho da Suprema Corte em virtude do costume constitucional de preservar a independência judicial decisional foram temas importantes no congresso no período da presidência de Roosevelt. A Suprema Corte, desde o emblemático caso *Lochner vs. New York*, declarava leis de intervenção do Estado na economia como inconstitucionais.

Nesse momento, os políticos progressistas afirmavam que os magistrados não eram responsivos aos problemas que afligiam a humanidade como a miséria, a fome e o desemprego (GEYH, 2003, p. 189). Tratava-se de um confronto entre políticos progressistas de tendência social-democrata que ocupavam o executivo e o legislativo e uma Suprema Corte composta majoritariamente por magistrados liberais econômicos.

Nesse contexto, Roosevelt buscava aprovar a possibilidade de nomear um magistrado federal adicional quando os juízes federais em exercício completassem 70 anos. Essa foi uma proposta originalmente apresentada pelo juiz da Suprema Corte James McReynolds em 1913 no momento em que exercia a função de procurador geral (GEYH, 2003, p. 190).

Mesmo o presidente Roosevelt gozando de amplo apoio popular e a Suprema Corte possuindo imensa impopularidade, esse intento de Roosevelt não foi recebido com entusiasmo no congresso em razão do costume constitucional de não utilizar a competência de aumentar a corte para afrontar a independência judicial (GEYH,

circuit and a tenth justice in 1863,⁹⁹ it may have had nothing to do with court packing and everything to do with its longstanding respect for preserving the court system's traditional structure". Em 1866, ao contrário do costume constitucional estabelecido, o congresso aprovou uma reforma da estrutura da magistratura federal, reduzindo de dez tribunais de circuito para nove e diminuindo o número de magistrados da Suprema Corte de dez para sete. De outro lado, já em 1869, o número de juízes da Suprema Corte voltou a ser igual ao dos tribunais de circuito.

⁹⁰ Em 1860 existiam 310 casos pendentes na Suprema Corte norte-americana, aumentando para 636 em 1870 (GEYH, 2003, p. 182).

⁹¹ Nesse contexto, apesar de grande quantidade de trabalho na Suprema Corte, o *circuit riding* foi reformulado, porém mantido (GEYH, 2003, p. 188).

2003, p. 195). Como o juiz Roberts mudou seu posicionamento sobre a legislação do *New Deal*, estabelecendo a maioria da Suprema Corte a constitucionalidade das leis interventivas, a proposta de Roosevelt não foi apreciada pelo Congresso.

Em 1856, as relações entre judiciário de um lado e executivo e legislativo de outro lado foram substancialmente abaladas. No caso julgado *Scott vs. Sandford*, a Suprema Corte decidiu que escravos libertos não poderiam apresentar ações na magistratura federal, pois a constituição federal garantia a escravidão a partir do instituto da propriedade e o congresso não poderia vedar a adoção da escravidão nos estados-membros (GEYH, 2003, p. 179).

Essa decisão rompeu um delicado equilíbrio existente dentro do congresso entre parlamentares favoráveis e contrários à escravidão, sendo esse um elemento importante que desencadeou a guerra civil. No contexto posterior à guerra civil, um congresso irado com a Suprema Corte aprovou lei proibindo que essa corte apreciasse um caso pendente. Trata-se de um caso que poderia proibir a utilização de militares no sul dos Estados Unidos em processo de reconstrução (GEYH, 2003, p. 180).

Desde a aprovação dessa lei, raramente o congresso tentou afrontar a independência judicial por meio da exclusão de casos da apreciação da Suprema Corte. Pela não utilização desse instrumento por cerca de cento e cinquenta anos, nos quais existiram embates importantes entre judiciário e legislativo/executivo, Geyh (2003, p. 180) sustenta que se estabeleceu o costume constitucional de não interferir na independência judicial decisional por essa forma.

No que se referem às autonomias administrativa e financeira do judiciário, esses tópicos foram objeto de discussão e deliberação no judiciário e no legislativo nas décadas de vinte e trinta do século passado. O congresso autorizou o autogoverno do judiciário, que foi promovido primeiramente por meio da conferência dos juízes seniores dos tribunais de circuito e, depois, pela conferência judicial dos Estados Unidos.

Em 1921, o *Chief Justice* William Taft da Suprema Corte, percebendo que existiam alguns juízes federais subutilizados, propôs que o congresso cria-se a conferência anual dos juízes seniores dos tribunais de circuito. O objetivo dessa conferência era fazer uma análise dos problemas da magistratura federal por meio de uma profunda análise da quantidade de casos apresentados, da distribuição dos magistrados no país, das dificuldades da administração da justiça e das

necessidades dos tribunais para uma adequada prestação da justiça (GEYH, 2003, p. 205).

Com esse diagnóstico, a conferência traçaria planos para tornar melhor e mais eficiente a magistratura federal. Também, em razão da existência de magistrados subaproveitados, montar-se-ia uma agenda de transferências e remoções de juízes para melhor adequar a demanda por jurisdição e o número de magistrados na justiça federal (GEYH, 2003, p. 205).

Nessa época, o congresso norte-americano era marcado por uma discussão sobre a produtividade e o exercício eficiente da jurisdição federal, chegando alguns legisladores a sugerir a adoção de legislação obrigando os magistrados a informar os dias e os horários que trabalharam. Desse modo, mesmo a proposta do *Chief Justice* encontrando-se de acordo com a busca por eficiência do judiciário que acontecia no congresso, tomou corpo o debate sobre a criação da conferência.

As críticas focavam na conferência como uma inovação constitucional perigosa que atribuía poderes executivos ao judiciário, além de inexistir competência do *Chief Justice* para interferir na autonomia dos tribunais federais (GEYH, 2003, p. 206). Essas críticas foram superadas e a conferência foi estabelecida pelos agentes eleitos legislativos.

Também, ocorreu a transferência do controle orçamentário do departamento de justiça para o próprio judiciário, criando o escritório administrativo dos tribunais norte-americanos (*The Administrative Office United States Courts*) para auxiliar no autogoverno judicial. Como o escritório tornou-se competente para formular a proposta de orçamento do judiciário federal, ampliou-se a autonomia judicial institucional por proposta do governo Roosevelt com aprovação do Congresso.

A criação da conferência judicial dos Estados Unidos e o escritório administrativo dos tribunais dos Estados Unidos mudaram o foco da independência judicial institucional e ampliaram a *accountability* judicial interna. Essas ações concederem grande autonomia institucional ao judiciário, que passou a ser responsável pela administração de toda a magistratura federal e recebeu a autonomia financeira. Ainda, por meio da conferência e do escritório, a análise da *accountability* judicial comportamental passou a ser feita pelo próprio judiciário no

âmbito federal, sendo esse o responsável por sancionar as condutas desviantes ou inadequadas.⁹²

A independência institucional e o exercício da *accountability* judicial comportamental pelo próprio judiciário continuaram em movimento de expansão. Por exemplo, em 1966 foi criado o *Federal Judicial Center* (FJC) em 1966 com três principais objetivos: i) realizar e conduzir pesquisas sobre o exercício da jurisdição nos tribunais federais, ii) oferecer educação legal e iii) estudar como a computação e o processamento de dados pode melhorar a prestação judicial. Também, foi estabelecido o *Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act* em 1980, constituindo estrutura administrativa judicial que possibilitava exercer o poder disciplinar sobre os juízes (GEYH, 2003, p. 210-211).

Por fim, em virtude das interpretações do legislativo e do executivo sobre a independência e a *accountability* judiciais institucionais, os costumes constitucionais apenas classificam como legítimas a influência sobre a independência judicial decisional no momento da nomeação dos magistrados federais. Em verdade, a indicação pelo presidente da república e a sabatina pelo senado constitui em forma de exercício de *accountability* prospectiva, esperando que o indicado mantenha determinada linha de interpretação judicial sobre certo instituto jurídico ou preste deferência aos ideais majoritários que se encontram nas leis.

Nas discussões das sabinas dos magistrados no senado, eram bastante comuns os debates sobre caráter, conhecimento jurídico e honestidade do candidato. Posteriormente, no final do século XIX, a discussão sobre a ideologia adotada pelo indicado torna-se uma questão importante na sabatina. Ainda, a indicação de Bork na Suprema Corte, jurista conservador com ideologia política próxima a do presidente Reagan, introduziu na discussão sobre as indicações e as confirmações a participação dos grupos de interesse e da sociedade civil (GEYH, 2003, p. 218-219).

2.2.3 *Accountability* e Independência Judiciais: Conselhos de Justiça no Direito Comparado (França, Irlanda e Argentina)

⁹² Conforme apresenta Geyh (2003, p. 209): “Clearly, then, the Administrative Office Act was advocated to enhance the judiciary’s institutional independence; but just as clearly, it was advocated as a means to promote intrajudicial accountability as well. As far as Attorney General Cummings was concerned, the Act was designed so that the courts ‘may not only be independent, but that there may be a concentration of responsibility, so that if the business of the judiciary gets behind . . . they won’t have someone else to blame for it’”.

Na discussão sobre *accountability* judicial, foram abordados alguns conselhos judiciais estaduais a partir das suas funções de indicação de magistrados e, posteriormente, a avaliação dos magistrados para as eleições de retenção. De outro lado, no âmbito da magistratura federal norte-americana, surgiu em 1922 a conferência judicial norte-americana com poderes de *accountabilities* comportamental e institucional.⁹³

Os conselhos de justiça ganharam muita notoriedade a partir da criação dos conselhos da magistratura superior da Itália e da França. Apesar da notoriedade desses conselhos, a relevância dos conselhos não fica restrita ao direito europeu de origem latina.

Deve-se registrar a existência, além dos conselhos norte-americanos e do direito continental europeu latino, i) dos modelos de conselho do norte da Europa como o conselho da Irlanda e ii) da implantação dos conselhos na América Latina, como na Argentina e no Brasil.

Sobre os conselhos duas questões devem ser postas. Em primeiro lugar, cada conselho específico foi desenvolvido em uma cultura jurídica peculiar, em uma estrutura institucional própria e com objetivos específicos para resolver ou equacionar problemas das estruturas jurídica e política do país.⁹⁴

⁹³ Garoupa e Ginsburg (2008, p. 13-14) corretamente indicam que as *Merit Comissions* constituem-se nos embriões dos conselhos de justiça nos estados-membros da federação norte-americana. Um dos exemplos é o conselho judicial do Alaska (*Alaska Judicial Council*). Nos termos do artigo 1º do Regimento Interno do *Alaska Judicial Council*, esse órgão possui competência para participar do processo de nomeação dos juízes e de defensor público, realizar avaliações sobre os magistrados que serão submetidos às eleições de retenção e estabelecer estudos e pesquisas sobre o sistema judicial, buscando sua qualidade. Garoupa e Ginsburg não fazem menção à *Judicial Conference of United of States* como um conselho de magistratura. Hammergren (2002, p. 2), por sua vez, afirma a *Judicial Conference of United of States*, mesmo possuindo poderes para estabelecer políticas judiciárias e supervisão administrativa sobre juízes e tribunais, não se trata de um conselho judicial por ausência de poderes de seleção. Essa visão restrita sobre conselho da justiça é equivocada, já que há vários conselhos de justiça como sueco, irlandês e brasileiro sem poderes de seleção dos juízes.

⁹⁴ Essa é uma das conclusões que chegaram Voermans e Albers (2003, p.107) em obra de direito e política comparados que foram encomendados pelos governos da Holanda e da República Tcheca para estabelecimento de conselhos de justiça: "Councils for the Judiciary are the products of cultural developments in a legal system, which in turn are deeply rooted in the historical, cultural and social context of specific countries. This means that every Council for the Judiciary is unique and we cannot see these boards out of their context. Accordingly, the question of whether we can learn something from the Councils for the Judiciary in other legal systems, which is now to be answered by the Czech Republic, is a tricky question in more than one respect. In any case, it is a fact that the examples of other countries cannot be followed in any direct sense of the word. Other countries' experiences with Councils for the Judiciary are very much defined by the specific social and constitutional context of these countries and the cultural developments that they have undergone. Every system has found its own balance through specific 'checks and balances'".

Mesmo com as peculiaridades que cada conselho possui, existem semelhanças dos conselhos em razão das funções exercidas, da composição e da influência sofrida por um modelo específico. Ainda, em linhas gerais, as duas principais funções dos conselhos são ampliar a independência ou *accountability* judicial institucional e aumentar a *accountability* judicial comportamental, buscando uma modalidade específica de acoplamento entre *accountabilities* vertical e horizontal.⁹⁵

Voermans e Albers (2003, p. 12-13) no “*Councils for the judiciary in EU Countries*” elegem alguns aspectos das instituições jurídicas e políticas para servirem como elemento de comparação. Há dois blocos institucionais que são tomados para a análise dos conselhos: i) relações políticas e institucionais dos poderes estatais mediadas pela constituição, pela lei e pelos costumes e ii) competências do conselho de justiça.

No bloco um, há questões como i) sistema de governo, ii) posição institucional do judiciário e sua relação com os outros poderes, iii) independência judicial decisional e institucional e iv) relações entre judiciário, outras autoridades e conselho de justiça. Por outro lado, no segundo bloco, observa-se a divisão das competências do conselho em política, gerenciamento e administração da justiça, orçamentária e outros poderes.

Nas competências políticas, existem poderes de relações públicas (relações com outros poderes e com a sociedade civil), ii) prestação de serviços públicos, iii) cooperação judicial, iv) políticas pessoal – recursos humanos, v) política de seleção de magistrados e servidores auxiliares, vi) políticas de pesquisas sobre o judiciário, vii) apresentação de recomendações e de conselhos ao ministro da justiça e viii) monitoramento da qualidade da prestação jurisdicional.

Sobre as competências de gerenciamento e administração judiciais, encontram-se i) moradia e segurança de juízes e das repartições judiciárias, ii) automação e computação, iii) administração do poder judiciário e iv) sistematização e publicação de informações sobre o judiciário. No que se referem aos poderes

⁹⁵ De acordo com Garoupa e Ginsburg (2008, p. 2-3), as principais funções dos conselhos de justiça são buscar independência judicial e/ou *accountability* externa. Trata-se de uma verdade parcial, já que os conselhos de justiça não se constituem apenas em órgãos externos dotados de poder para exercer *accountability* horizontal. Uma visão mais ampla dos poderes de *accountability* dos conselhos será demonstrada neste trabalho.

orçamentários, observa-se i) política orçamentária, ii) alocação de recursos e iii) política de gastos.

Na designação de outros poderes, há as relevantes competências i) disciplinares, ii) participação no processo de nomeação de magistrados e ii) para promover ou remover magistrados. Também, na apresentação sobre as competências, são tecidos comentários e apresentados dados sobre a composição dos conselheiros.⁹⁶

A partir dos elementos de comparação de Voermans e Albers, o autor deste trabalho estabelece as seguintes estruturas comparativas: i) questões políticas e constitucionais gerais, ii) composição do conselho e forma de nomeação, iii) competência para independência ou *accountability* judiciais institucionais e iv) competência para *accountability* judicial comportamental e outras formas de *accountability* judicial.

Sobre as questões políticas e constitucionais, compõem esse bloco i) as relações entre os poderes estatais, ii) a posição do judiciário no Estado e as independências judiciais decisional e institucional, iii) as razões para a criação do conselho de justiça. A segunda estrutura constitui-se i) no número de conselheiros, ii) na forma de nomeação dos conselheiros e iii) origem dos conselheiros (juízes ou não-juízes).

Na terceira estrutura comparativa, há: i) relações públicas (relações com outros poderes e com a sociedade civil), ii) cooperação judicial, iii) políticas de pessoal – recursos humanos, iv) política de e participação na seleção de magistrados e servidores auxiliares, v) apresentação de recomendações e de conselhos ao ministro da justiça, vi) moradia e segurança de juízes e das repartições judiciárias, vii) automação e computação, viii) administração do poder judiciário, ix) política orçamentária (alocação de recursos e política de gastos).

⁹⁶ A proposta de Voermans e Albers possui uma lista detalhada dos elementos mais relevantes para a realização da comparação entre sistemas. Garoupa e Ginsburg (2008, p. 21-22) somente estabelecem como elementos de comparação: i) funções administrativas (*housekeeping*) como administração do orçamento, dos recursos materiais e de operações, ii) seleção de juízes, iii) avaliação da performance por meio dos poderes disciplinares, de remover, manutenção/retenção e salários judiciais e iv) composição do conselho. Ao pensar as competências dos conselhos, Garoupa e Ginsburg levam em consideração somente os poderes dos conselhos judiciais da França, Itália e Estados Unidos. Hambergren (2002, p. 15-25), por sua vez, afirma que conselhos judiciais por excelência são os da França, Itália, Espanha e Portugal (conselhos judiciais do direito continental europeu latino), sendo os elementos utilizados para a comparação dos conselhos latino-americanos: i) aumento da independência judicial, ii) qualidade dos “serviços” judiciais e iii) gerenciamento e administração judiciais.

No que se refere à *accountability* judicial comportamental e a outras formas de *accountability* judicial, existem as competências de i) realização de políticas de pesquisas sobre o judiciário, ii) monitoramento da qualidade da prestação jurisdicional, iii) poder disciplinar sobre juízes e servidores auxiliares por provocação de agentes de *accountability* horizontal ou pelos cidadãos por *accountability* judicial vertical não-eleitoral, iv) sistematização e publicação de informações sobre o judiciário, v) promoção e remoção de magistrados e vi) treinamento e educação jurídica.

O primeiro modelo de conselhos de justiça a ser analisado diz respeito ao modelo do direito europeu continental latino. Desse modelo, far-se-á apresentação e a análise do *Conseil Supérieur de la Magistrature* (CSM), que sofreu alteração na reforma constitucional de 2008 e por meio da lei orgânica 210-830 de 2010.

Na França, há o conselho superior da magistratura desde 1946, sendo esse órgão mantido pela constituição francesa de 1958 e pela reforma constitucional de 2008. Sobre as questões políticas e constitucionais gerais, há a concepção de soberania do parlamento e da lei. Nesse contexto, o poder judiciário deveria apenas aplicar as leis postas aos casos concretos trazidos à jurisdição.

O judiciário francês possui a principal divisão entre jurisdição judicial, que possui a Corte de Cassação como órgão de maior hierarquia e jurisdição administrativa, julgando os conflitos entre os particulares e o Estado e tendo o conselho de Estado como órgão de cúpula.

Ao contrário do *judicial review* norte-americano e do controle concentrado de constitucionalidade introduzido na Europa no século XX, inexistia o controle de constitucionalidade judicial repressivo. De outro lado, a Constituição de 1958 introduziu o conselho constitucional no seu artigo 56.

O conselho não é exatamente um órgão do poder judiciário, e sim uma corte política. O objetivo era estabelecer um conselho para realizar análise prévia e preventiva de atos legislativos.

Nos termos do artigo 61, as leis orgânicas antes de sua promulgação e os regimentos parlamentares antes de sua aplicação necessitam ser analisados pelo conselho constitucional. Também, de outro lado, outras leis e tratados internacionais podem ser analisados antes da sua entrada em vigor pelo conselho por meio de requerimento feito pelo presidente da república, pelo presidente da assembleia nacional, pelo presidente do senado ou por sessenta deputados ou senadores, nos

termos do art. 61 da lei constitucional n. 74.904/74 e do art. 54 da lei constitucional n. 92.554/92.

O artigo 56 da constituição estabelece a composição do conselho, sendo três membros indicados pelo presidente da república, três pelo presidente da assembleia nacional e três pelo presidente do senado, além de todos os antigos presidentes da república compor esse órgão. Não podem os ministros de Estado e os membros do parlamento atuar como conselheiros constitucionais, segundo o art. 57 da constituição.

Inexistia, até a reforma constitucional de 2008, a possibilidade de o conselho constitucional realizar o controle de constitucionalidade repressivo. O artigo 61-1 permitiu que a corte de cassação ou o conselho de Estado, desde que em um processo judicial seja alegada que a lei afronta direitos fundamentais, requeira manifestação do conselho constitucional.

Sobre a qualificação institucional do judiciário, a constituição francesa de 1958 não se refere ao judiciário como poder, e sim como autoridade judicial no seu capítulo VIII. A designação de autoridade e não poder já deixa claro a menor relevância institucional concedida ao poder judiciário.

A criação do conselho superior da magistratura francês surge em um contexto de busca por aumento da independência institucional do judiciário e pelo exercício da *accountability* judicial comportamental com participação do judiciário.

Esse processo de ampliação da independência institucional é gradativo, aumentando a participação dos juízes em competências institucionais importantes (seleção de magistrados e poder disciplinar) e diminuindo os poderes do executivo em questões institucionais da magistratura.

Nesse contexto, o artigo 64 da constituição francesa afirma que o presidente da república é o garantidor da independência judicial institucional da autoridade judicial, sendo auxiliado nessa função pelo conselho superior da magistratura. Também o mesmo artigo garante que depois de nomeado não pode o magistrado ser exonerado com exceção da aplicação de sanção disciplinar.

O artigo 65 da constituição francesa estabelecesse o conselho superior da magistratura, dividido em dois órgãos: *formation de siège* e *formation du parquet*, sendo aquele competente para os magistrados judiciais e este competente para os membros do ministério público.

No que diz respeito ao conselho de *formation de siège*, esse órgão é composto pelo primeiro presidente do tribunal de cassação, por cinco magistrados, por um membro do ministério público, por um membro do conselho de Estado, por um advogado e por seis pessoas qualificadas não pertencentes ao parlamento, ao judiciário e à administração pública. Entre essas pessoas qualificadas, duas são indicadas pelo presidente da república, duas pelo presidente da assembleia nacional e duas pelo presidente do senado. Nos termos do parágrafo oitavo do artigo 65 da constituição, o ministro da justiça pode participar das sessões do conselho de *formation de siège* com exceção das sessões em que são analisados processos disciplinares contra juízes.

Sobre as competências do conselho, o conselho de *formation de siège* apresenta propostas de nomeação de juízes para a corte de cassação, para primeiro presidente da corte apelação e para presidente do tribunal da grande instância. Também, a nomeação dos demais juízes acontece após o parecer do conselho de *formation de siège*.

Um operador do direito pode se tornar magistrado por nomeação de maneira direta em razão da sua experiência jurídica ou buscar sua admissão a partir da aprovação em concurso público e da participação na escola nacional da magistratura. De acordo com o artigo 22 do estatuto da magistratura, por exemplo, os maiores de 35 anos, elegíveis e com sete anos de experiência jurídica podem ser nomeados magistrados.

De outro lado, os candidatos aprovados em concurso público para a magistratura participam de curso de formação na escola nacional de magistratura. Com término do curso, o candidato aprovado e após recomendação do CSM é indicado para uma corte específica.

No que diz respeito à lotação do magistrado, o governo por meio do ministro da justiça possui o poder final de nomeação (VOERMANS; ALBERS, 2003, p. 59). Além do processo de seleção de magistrados, o *Conseil Supérieur de la Magistrature* participa do processo de promoção de magistrados.

A principal divisão dos magistrados encontra-se na existência dos magistrados de primeiro grau e de segundo grau, existindo ainda categorias específicas dentro desses grupos. O avanço interno no grupo dos magistrados de primeiro grau, a promoção da magistratura do primeiro grau para o segundo grau e a possibilidade de ser nomeado para um tribunal superior ocorrem por meio da

progressão na carreira a partir da inscrição do juiz no *Tableau d'avancement* e da existência de um cargo superior vago.

Existe a *Commission d'avancement* responsável por auxiliar o conselho superior da magistratura na promoção dos magistrados de acordo com o artigo 34 do Estatuto da Magistratura. Os magistrados são avaliados a cada dois anos pelo primeiro presidente da corte de apelação, que analisa as atividades do magistrado. Nessa avaliação, o primeiro presidente apresenta uma opinião geral sobre o magistrado, uma opinião sobre a possibilidade de ocupar outros cargos e posições, além de recomendar que cursos que o magistrado deve submeter-se (VOERMANS; ALBERS, 2003, p. 60). Em caso de discordância com a avaliação, pode-se apresentar um recurso para a *Commission d'Avancement*.

Com esse dossiê do magistrado, a *Commission d'Avancement* incluiu um magistrado na *Tableau d'avancement*. A partir da lista da *Tableau*, o conselho superior da magistratura faz indicações de nomeações para o presidente da república nos casos dos tribunais superiores e para o ministro da justiça para os outros cargos judiciais, de acordo com o artigo 65 da constituição.

O conselho da magistratura de *formation de siège* também possui competência disciplinar, nos termos do parágrafo quinto do artigo 65 da constituição francesa. De acordo com o artigo 43 do Estatuto da Magistratura (*Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958*), constitui-se em ilícito disciplinar a afronta do magistrado dos deveres estatais, da honra, da delicadeza e da dignidade. Quando julga questões disciplinares, além da composição original, pertence ao conselho o magistrado que compõe o conselho de *formation du parquet*.

O processo disciplinar inicia-se pelo ministro da justiça, agindo o conselho superior da magistratura como juiz disciplinar. Como regra o ministro da justiça não inicia um procedimento no conselho da magistratura sem uma prévia investigação da inspeção geral dos serviços judiciários, podendo iniciar-se o procedimento sem investigação da inspeção pelo pedido do primeiro presidente da corte de apelação ou do tribunal (VOERMANS; ALBERS, 2003, p. 62). A *Inspection générale de services judiciaires* trata-se de órgão do ministério da justiça responsável por controle e análises preliminares sobre os magistrados.

Independente e antes da apresentação de procedimento administrativo disciplinar no conselho superior da magistratura, os superiores hierárquicos do magistrado e a inspeção podem sancionar o juiz com uma advertência pela prática

de algum ilícito administrativo, que será registrado nos apontamentos do juiz e será apagado após três anos da ficha do magistrado, nos termos do art. 44 do Estatuto da Magistratura.

São diversas as sanções que o conselho superior da magistratura pode aplicar nos termos do art. 45 do Estatuto da Magistratura. As sanções vão da advertência à exoneração, podendo ser apresentado recurso ao conselho de Estado.

A lei orgânica nº 210-830, no artigo 25, introduziu importante modificação no Estatuto da Magistratura, permitindo que cidadãos apresentem ao conselho superior da magistratura reclamações contra magistrados judiciais (*du siège*) por cometerem ilícitos disciplinares. Trata-se de uma modalidade de *accountability* vertical com *accountability* horizontal.

Sendo o presidente da república o guardião da independência judicial institucional, auxiliado pelo conselho superior da magistratura, aquele pode apresentar a este em sua formação plena pedido de pareceres consultivos, nos termos do art. 65, parágrafo sétimo, da constituição francesa. Ainda cabe ao pleno manifestar-se sobre questões deontológicas dos magistrados e acerca de temas sobre administração da justiça apresentados pelo ministro da justiça.

De acordo com o art. 65, parágrafo sétimo, a composição do conselho superior da magistratura no pleno é: três dos cinco juízes que integram o *formation du siège*, três dos cinco membros do ministério público que constituem o *formation du parquet*, membro do conselho de Estado, advogado, seis cidadãos qualificados sob a presidência do primeiro presidente da corte de cassação.

Importante observar que a nova redação do artigo 65 concede ainda mais independência judicial. Antes da reforma constitucional de 2008, o pleno era presidido pelo presidente da república, sendo o vice-presidente o ministro da justiça. O mandato dos membros que não ocupam cargos *ex officio* é de quatro anos não renovável imediatamente nos termos do artigo 6º da lei orgânica 94-100/94.

Sobre as outras atribuições do conselho, nos termos do art. 20 lei orgânica 94-100/94, i) há necessidade de publicação de relatório anual das atividades do conselho e ii) emissão de parecer sobre a compatibilidade de magistrado ocupar outro cargo, função ou emprego. Também o conselho da magistratura vem a público defender a independência decisional e institucional dos magistrados. Em 2006, manifestou-se contra a convocação de magistrados pelo parlamento para prestar

esclarecimentos sobre o conteúdo de algumas decisões judiciais (SAMPAIO, 2007, p. 185).

Não há competência de administração da justiça e orçamentário no conselho superior da magistratura. O gerenciamento, o suporte e orçamento do sistema judicial são centralizados, sendo de responsabilidade do ministro da justiça. De outro lado, a exigência de *accountability* sobre o ministro raramente é pedida pelo parlamento (VOERMANS; ALBERS, 2003, p. 54).

As cortes de apelação são as principais responsáveis, em conjunto com ministro da justiça, pela formulação da proposta de orçamento. A corte de apelação, anualmente, recebe dos tribunais sobre sua jurisdição, pedido de dotações orçamentárias para manutenção das despesas judiciais e de investimentos e despesas de depreciação.

Os presidentes das cortes de apelação reúnem-se com o ministro de justiça para discutir as dotações orçamentárias. Este apresenta a proposta de lei orçamentária para o parlamento (VOERMANS; ALBERS, 2003, p. 54).

Cada tribunal inferior possui um presidente (*chef de jurisdiction*) com algumas competências administrativas, regulando procedimentos das sessões judiciais e avaliando juízes. De outro lado, o *chef de jurisdiction* não possui competência orçamentária, sendo a maior parte da execução orçamentária centralizada na corte de apelação (VOERMANS; ALBERS, 2003, p. 54).

Desse modo, passe-se para a sistematização dos elementos desse conselho. Sobre a primeira estrutura comparativa, observa-se que o conselho superior da magistratura francês encontra-se em um momento constitucional de ampliação da independência judicial institucional e do aumento dos poderes de *accountability* judicial comportamental interna do judiciário.

No que se refere ao aspecto da composição do conselho, a maioria do órgão é composta por magistrados. Recentemente, o presidente da república e o ministro da justiça deixaram de ocupar os cargos de presidente e vice-presidente do pleno do conselho superior da magistratura. Assim, a construção do conselho e seu desenvolvimento histórico apontam a luta por independência institucional do judiciário.

Na terceira estrutura comparativa, referente à independência judicial institucional, o conselho francês possui as competências: i) relações públicas (relações com outros poderes e com a sociedade civil), iv) política de e participação

na seleção de magistrados e servidores auxiliares e v) apresentação de recomendações e de conselhos ao ministro da justiça.

Sobre a *accountability* judicial comportamental e outras formas de *accountability* judicial, existem as competências de iii) poder disciplinar sobre juízes e servidores auxiliares por provocação de agentes de *accountability* horizontal ou pelos cidadãos por *accountability* judicial vertical não-eleitoral, iv) sistematização e publicação de informações sobre o judiciário e v) promoção e remoção de magistrados e vi) treinamento e educação jurídica.

O modelo de conselho de justiça do norte da Europa é outra forma importante de estabelecer esses conselhos. Dois grandes exemplos dessa modalidade são o *Dolmstolsverket* na Suécia, que foi criado em 1975, e o *Courts Service* na Irlanda, estabelecido em 1998 e implantado em 1999. Neste momento, será analisado o *Courts Service* da Irlanda.

O judiciário irlandês seguiu em linhas gerais o modelo do judiciário inglês. Após a guerra de independência e o estabelecimento do Tratado Anglo-irlandês de 1921, foi promulgada a Constituição de 1922 e publicado o *Judicial Act* de 1924. O ministro da justiça irlandês era o principal responsável da administração do sistema judicial.

Na Inglaterra, até o *Constitutional Reform Act* de 2005, o *Lord Chancellor* era um magistrado que compunha o gabinete, responsável pela eficiência e independência do judiciário. Também, era o presidente da câmara dos lordes (câmara alta) e membro da mais alta corte de justiça britânica.

De outro lado, o ministro da justiça é um político indicado pelo governo na democracia parlamentar irlandesa. Como esse ministro constitui-se no responsável pela administração do sistema judicial, afirmava-se existir uma afronta à independência judicial, além de diminuir o sentimento de responsabilidade e dos deveres de *accountability* dos juízes (VOERMANS; ALBERS, 2003, p. 29).

A Irlanda trata-se de um governo semi-presidencialista. O presidente é eleito por voto direto popular pelo mandato de sete anos, de acordo com o art. 12, 3, 1º, da Constituição. De outro lado, as principais funções de governo são atribuídas ao primeiro-ministro e aos membros do gabinete.

Nos termos do artigo 28, 4, o gabinete (governo) presta contas e é responsabilizado perante o parlamento. Essa responsabilidade do gabinete, independente da temática específica ser de atribuição de um ministro, é coletiva.

A Constituição Irlandesa de 1937, com suas 29 emendas, adota a separação dos poderes no artigo 6°. Interessante é que afirma que os poderes legislativo, executivo e judiciário possuem o seu poder derivado do povo. Desse modo, a constituição irlandesa deixa clara a relação entre *principal* (povo) e agentes (legislativo, executivo e judiciário).

A estrutura do judiciário é disciplinada no art. 34, sendo o judiciário ordinário estruturado em dois níveis: i) cortes de primeira instância, responsáveis por matérias civis e criminais, e ii) corte de apelação final (Suprema Corte), a qual possui competência recursal das decisões tomadas pelos magistrados de primeira instância e exerce o controle judicial de constitucionalidade nos termos do art. 26 da constituição.

No que diz respeito à nomeação dos magistrados, os juízes são nomeados pelo presidente da república, nos termos do art. 35 (1). Esse dispositivo retira do judiciário um importante aspecto da independência judicial institucional. Por sua vez, a independência judicial decisional é prevista no art. 35 (2), sendo o exercício da jurisdição pautado na livre interpretação das leis e da constituição.

Os magistrados não podem possuir mandatos no parlamento e exercer outros cargos. Também, os magistrados da Suprema Corte e da *High Court* (tribunal de maior hierarquia do primeiro grau) não serão exonerados a não ser em caso de mau comportamento e incapacidade jurídica, segundo o art. 35,4.

Até a emenda constitucional n. 29, aprovada em referendo popular em 2011, o artigo 35, 5, garantia a irredutibilidade do salário, questão importante para a independência decisional e institucional dos magistrados. Essa clássica garantia foi revista para adequá-la ao momento contemporâneo e de crise econômica na Europa.

Em alguns momentos para enfrentar problemas econômicos severos, faz-se necessário reduzir os salários dos agentes estatais eleitos e não eleitos. De outro lado, existia expressa previsão constitucional proibindo essa redução aos magistrados. Por sua vez, afronta substancialmente a igualdade reduzir o salário de todos os agentes estatais remunerados e não diminuir os vencimentos dos juízes.

Desse modo, o novo artigo 35, 5, chancelado pelo referendo popular e conhecido como *Judge's Remuneration Act 2011*, afirma que a remuneração dos magistrados é irredutível, salvo em caso de aprovação de lei que, por razão de

interesse público, também reduza os vencimentos dos demais agentes estatais remunerados.

O *Courts Service Act 1998* foi aprovado em contexto de busca por eficiência da administração pública. Em relação ao judiciário, existia a necessidade de tornar o judiciário melhor administrado e *accountable*.

Dentre os diversos problemas do judiciário antes da criação do *Courts Service Act*, devem ser registrados: i) problemas de gerenciamento, de administração da justiça e de *accountabilities* judicial comportamental e institucional, ii) ausência de padrões de qualidade para mensurar o exercício da jurisdição, iii) mal emprego de novas tecnologias na prestação jurisdicional, iv) falta de interesse no treinamento e na capacitação de juízes e serviços auxiliares, v) problemas com a estrutura física do judiciário e vi) deficiência nas informações sobre a própria atuação do judiciário como volume de trabalho e novos casos (VOERMANS; ALBERS, 2003, p. 32).

Sobre o primeiro entrave à prestação jurisdicional na Irlanda, o gerenciamento e a administração encontra-se inteiramente a cargo do ministro da justiça. Ainda, essa forma de administrar era realizada sem uma coordenação adequada e de maneira fragmentada, inexistindo a devida *accountability* judicial comportamental (informação, justificações e aplicação das sanções).

Para combater esses problemas, foi estabelecido o *Courts Service Act 1998*. Nesse contexto, muitos poderes de gerenciamento, de administração da justiça e financeiros foram retirados da competência do ministro da justiça e atribuídos ao conselho.

Isso significou que o Ministro da Justiça deixou de ser responsável cotidiano, porém se mantém responsável por parcela do gerenciamento e orçamento do judiciário (VOERMANS; ALBERS, 2003, p. 33). Em questões orçamentárias e informações suplementares, o ministro da justiça é *accountable* perante o parlamento, existindo obrigação do *Courts Service* de apresentar informações ao Ministro da Justiça.

O *Courts Service (Service)* consitui-se em órgão independente e com renovação periódica de seus membros, segundo o art. 4 do *Courts Service Act 1998*. O *Service* possui um órgão diretivo (*board*), o qual é composto, de acordo com o art. 11, por *Chief Justice* (presidente da Suprema Corte), outro membro da Suprema Corte eleito pelos seus colegas, presidente da *High Court*, membro da *High Court* eleito pelos seus pares, presidente do *Circuit Court*, membro do *Circuit Court* eleito

pelos seus colegas, presidente da *District Court*, membro do *District Court* eleito pelos pares, juiz nomeado pelo *Chief Justice*, chefe executivo do *Service* (*chairman*), que é o procurador geral, um advogado (*barrister*) que compõe o conselho da *bar* (ordem dos advogados) indicado pelo *chairman*, um advogado (*solicitor*) que compõe a *Law Society* indicado pelo presidente da Irlanda, um membro dos servidores auxiliares do *Service* eleito pelos seus pares, um funcionário do ministério da justiça indicado pelo ministro, um cidadão que representa os litigantes nomeado pelo ministro, um representante dos sindicatos e um cidadão com experiência em economia e finanças nomeado pelo ministro da justiça.

Os mandatos dos membros *ex officio* do *board* compõem a direção do *Service* enquanto se encontrarem no cargo, já os outros membros possuem mandato de três anos, podendo ser reeleitos. O *board* é competente para formular as políticas do *Service* e supervisionar a efetivação das políticas pelo chefe executivo do *Service* (*chief executive*), sendo o art. 13, 2, do *Courts Service Act* (CSA). Desse modo, o chefe executivo é o principal responsável por coordenar o processo de transformar as políticas em ações e em resultados.

As competências do *Service* são a) administração da justiça e das cortes, b) prover serviços de suporte e auxílio para os juízes, c) prover informações sobre as cortes para o público, d) administrar e manter a estrutura física do judiciário e e) prover serviços (*facilities*) aos litigantes e usuários do judiciário, de acordo com o art. 5 do CSA.

O artigo 6 do CSA, por sua vez, declara que o conselho possui todos os poderes necessários para efetivar sua competência e possui em especial os poderes de a) adquirir e dispor de propriedade imóvel, b) firmar contratos e acordos, c) estabelecer treinamento e educação jurídica, d) estabelecer consultas e pesquisas aos usuários da justiça, e) aconselhar o ministro da justiça sobre os valores das taxas judiciais e dos serviços judiciais, f) sugerir ao ministro da justiça alterações na repartição das competências jurisdicionais e nas normas processuais, g) provisão de serviços para órgãos que prestam serviços auxiliares à justiça, h) com o consentimento do ministro da justiça, contratar conselheiros e consultores para analisar o desempenho da função do *Service*, i) realizar as transações bancárias necessárias para realização das suas competências e j) designar os locais de funcionamento das cortes.

Também, o *Service* produz planos estratégicos, relatório anual e provisão de informações ao ministro da justiça. O conselho estabelece um plano de ação estratégica de duração de três anos. Esse plano é construído pelo *Service*, sendo submetido ao ministro da justiça que pode emendá-lo.

O plano estratégico é feito necessariamente estabelecendo os principais objetivos, resultados, estratégias, recursos a serem empregados, levando em consideração as direções de forma do plano postas pelo ministro da justiça e buscando empregar os recursos do *Service* da maneira mais efetiva, eficiente e benéfica, de acordo com o art. 7 do *Courts Service Act*. Esse relatório é importante para a formulação do orçamento do poder judiciário, pois o ministro da justiça leva em consideração o plano com a previsão das despesas para a atribuição do orçamento judiciário.⁹⁷

Sobre o plano estratégico do *Courts Service* de 2008-2011, observa-se logo na capa um dos ideais centrais do *Service*: colocar a necessidade dos usuários do judiciário em primeiro lugar (IRELAND, 2007, p. 1). De outro lado, o *Chief Justice* Murray afirma que os grandes avanços implementados pelo conselho foram a eficiência do judiciário e o *Chief Executive* Fitzpatrick aponta a importância do suporte concedido pelo *Service* aos magistrados e tribunais (IRELAND, 2007, p. 4-5).⁹⁸

A confecção do plano pauta-se na busca por transparência e clareza nos objetivos, trazendo as informações necessárias para o governo e para os cidadãos. Essas diretrizes do plano ampliam substancialmente a *accountability* judicial, pois se sabe exatamente quais são os principais problemas detectados pelo *Service* e quais são as ações a serem tomadas para atacar esses problemas.

O compromisso com a *accountability* judicial comportamental e com a *accountability* da instituição judiciário resta claro nos valores que guiam a confecção do plano estratégico de 2008-2011. São valores que estruturam o plano do *Service* i) foco na perspectiva do usuário da corte, ii) dar suporte ao judiciário, iii) justiça

⁹⁷ A intensa relação, na confecção da proposta orçamentária do judiciário, entre o *Courts Service* e o ministro da justiça, pode ser vista pela manifestação do *Chief Justice* da Irlanda no plano estratégico de 2008-2011: "The targets of this plan, essential as they are to the good administration of justice, will be much aided by the support given by Government, as was the case in past plans. As Chairperson of the Board, I acknowledge the assistance the Courts Service has received from the Minister for Justice, Equality and Law Reform and the Minister for Finance in fulfilling its mandates. The Board is confident that it can rely on this support to achieve the key objectives of the plan" (IRELAND, 2007, p. 4).

⁹⁸ Esses três objetivos principais ficam claros na missão que o *Courts Service* apresenta no plano estratégico: "Our mission is to manage the courts, support the Judiciary and provide a high quality and professional service to all users of the courts" (IRELAND, 2007, p. 7).

(correção) e transparência, iv) valorizar e desenvolver os funcionários do *Service*, v) compromisso com a excelência, vi) respeito, vii) integridade, viii) competência (qualidade) e ix) valorizar o bom emprego dos recursos (IRELAND, 2007, p. 7).

No momento em que o *Service* busca dar transparência aos seus atos e apresentar suas ações para os outros agentes estatais e o povo, concretiza o elemento informação da *accountability*. Os demais valores apresentados servem como justificativa para as ações construídas pelo *Service* no plano, efetivando a questão da motivação e justificação que compõem a *accountability*.

Caso o governo não concorde com as estratégias e os valores postos no projeto de plano, emendas podem ser feitas pelo ministro da justiça, isto é, acontece *accountability* judicial comportamental. O povo por meio da *accountability* social pode discutir e, caso existam inconsistências, utilizar-se das sanções *softs* dessa forma de *accountability* ou provocar os agentes de *accountability* horizontal competentes para tomarem as providências devidas.

Com o intuito de atender às necessidades dos usuários da jurisdição e dos magistrados, assim como para concretizar uma prestação jurisdicional mais eficiente, algumas atividades instrumentais como i) desenvolvimento dos funcionários do *Service*, ii) reforma processual, iii) otimização do uso da tecnologia, ii) prover acomodações e instalações adequadas ao judiciário e iii) gerenciamento dos desempenhos do *Service* e das cortes precisam ser implantadas no período de 2008-2011 (IRELAND, 2007, p. 8). Para cada uma dessas atividades, há um conjunto de estratégias.

Ainda, anualmente, o conselho apresenta relatório sobre o exercício das suas competências e outras informações que o *Service* ou o ministro julgam relevantes.⁹⁹ O ministro da justiça, por sua vez, em conformidade com o artigo 7, 3, do CSA, pode requisitar do *Service* informações sobre quaisquer política, atividade, dados ou responsabilidade do *Service*.

O exercício das competências do conselho que buscam ampliar a *accountabilities* judiciais comportamental e institucional não podem afrontar a independência atribuída por lei aos magistrados, nos termos do artigo 9 dos *Courts*

⁹⁹ Há diversos outros relatórios produzidos pelo *Courts Service*, por exemplo, o *Report and Financial Statements of the Office of the Accountant of the Courts of Justice*.

Service Act 1998. A principal independência atribuída aos juízes é a independência decisional, conforme estabelecida na constituição.¹⁰⁰

Pelo exposto, apesar de o *Service* como o conselho superior da magistratura francês buscar a ampliação da independência judicial institucional e a *accountability* judicial comportamental, as competências e as atribuições desses conselhos são completamente diferentes. As principais funções e competências do modelo europeu continental latino é a participação no processo de seleção e promoção dos juízes (independência institucional) e poder disciplinar (*accountability* judicial comportamental interna), sendo que essas competências o *Service* não possui.

Assim, a análise dos elementos da estrutura comparativa adotada neste trabalho aponta as seguintes questões sobre o *Service* irlandês. Sobre as questões políticas e constitucionais gerais, a Irlanda é um regime semi-presidencialista, em que a responsabilidade do gabinete é coletiva apesar da separação dos ministros por temas políticos e sociais. Há independência decisional dos magistrados, porém antes do *Courts Service Act 1998* o ministro da justiça era responsável pelo gerenciamento e administração da justiça, além de possuir poder sobre a formulação da proposta de orçamento para o judiciário.

As duas principais razões para a criação do conselho foram i) a necessidade de aumentar a independência institucional ao atribuir ao *Service*, composto majoritariamente por juízes, a competência de gerenciar e administrar a burocracia do judiciário, além de participar da formulação da proposta de orçamento do judiciário, e ii) buscar a construção de um modelo de prestação judicial mais eficiente e *accountable* para os outros poderes e a população.

No que se refere à composição, há 17 membros do *Board*, sendo nove magistrados. Esses magistrados ocupam cargos no conselho por três formas: cargos *ex officio*, mediante nomeação de autoridade judicial ou por eleição dos magistrados. Essa maioria dos magistrados auxilia na concretização do ideal de independência judicial institucional.

Na terceira estrutura comparativa referente à independência judicial institucional, há competências e funções de: i) relações públicas (relações com

¹⁰⁰ O respeito à autonomia dos tribunais e dos juízes tem pautado a atuação *Service*, conforme expõe o *Chief Justice Murray*: “The exceptional progress in recent years has been in no small measure due to the initiatives and co-operation of the Judiciary whose role is wholly independent of that of the Courts Service. The Courts Service is grateful for the contribution and assistance it has received from the Judiciary in achieving many of its ambitious objectives” (IRELAND, 2007, p. 4).

outros poderes e com a sociedade civil), iii) políticas de pessoal – recursos humanos, v) apresentação de recomendações e de conselhos ao ministro da justiça, vi) moradia e segurança de juízes e das repartições judiciárias, vii) automação e computação, viii) administração do poder judiciário.

No que se refere à *accountability* judicial comportamental e a outras formas de *accountability* judicial, existem as competências de i) realização de políticas de pesquisas sobre o judiciário, ii) monitoramento da qualidade da prestação jurisdicional, v) sistematização e publicação de informações sobre o judiciário e vi) treinamento e educação jurídica.

Na América Latina, os conselhos da magistratura também foram criados. A principal influencia na construção dos desenhos institucionais dos conselhos latino-americanos encontram-se no modelo do direito continental europeu latino.

O primeiro país a estabelecer conselho de magistratura foi a Venezuela em 1961, entrando em funcionamento em 1969. Esse conselho possuía originalmente poder de seleção dos magistrados e, em 1988, também foi dotado de poder de administração judicial (HAMMERGREN, 2002, p. 3).

Em 1969, foi criado o conselho de justiça do Peru durante o regime militar de 1968-1980. Nessa época, esse órgão detinha poder de seleção de magistrados (HAMMERGREN, 2002, p. 4). Atualmente, pela lei orgânica n. 26397/94, o *Consejo Nacional de la Magistratura* possui competências de selecionar e avaliar juízes, de exercer poderes disciplinares sobre juízes e de eleger e exonerar o escritório nacional de processos eleitorais.

Observa-se como a competência desses conselhos aproxima-os do modelo do direito continental europeu latino. Os outros países da América Latina apenas estabeleceram seus conselhos a partir do final da década de 70.

De outro lado, ao contrário do modelo europeu, os conselhos retiram principalmente poderes exercidos pela Suprema Corte ou Tribunal Superior, pois apenas na Argentina e na Colômbia existia a tradição política e constitucional de atribuir grandes poderes ao ministro de justiça como responsabilidade pela administração judicial (HAMMERGREN, 2002, p. 5). Essas responsabilidades ministeriais, por sua vez, tinham sido transferidas para a Corte Superior.

Existe grande independência institucional na América Latina em razão da administração e gerenciamento da justiça e da seleção dos magistrados serem, como regra, competências exercidas pelo poder judiciário e pela Corte Superior.

Apesar dessa formal independência do judiciário, essa questão não impediu que os judiciários sofressem a pressão do executivo, do legislativo e dos partidos políticos. Essa questão é nítida na história constitucional brasileira em que aposentadorias e exonerações de juízes dotados de vitaliciedade foram comuns em mudanças de governos e golpes de Estado.

Alguns países como Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica e Uruguai, conseguiram diminuir a influência dos partidos políticos na seleção dos magistrados e atribuíram ao judiciário a realização do processo de seleção. Desse modo, criou-se um judiciário com maior competência técnica e uma carreira melhor estabelecida.

Mesmo com o avanço desse modelo de seleção judicial em virtude da qualidade técnica, Hammergren (2002, p. 5) apresenta críticas à atuação desses magistrados nesses países como o formalismo, o isolamento judicial da comunidade e a tendência dos juízes inferiores tomarem decisões em conformidade com a atuação dos superiores.

Essas três críticas já foram uma plena realidade no direito brasileiro. De outro lado, após a redemocratização brasileira, com a busca por constitucionalização do direito e a maior utilização do controle difuso de constitucionalidade pelos magistrados de primeiro grau, observam-se muitas vezes a superação do formalismo e a construção de decisões de maneira mais autônomas dos magistrados de primeiro grau.

No que se refere ao isolamento judicial, trata-se de uma crítica adequada em virtude da inexistência de eleições para juízes, da ausência de apresentação de informações sistematizadas sobre o judiciário e de problemas de *accountabilities* judiciais comportamental e institucional internas. Na América Latina, há sérios problemas de gestão administrativa dos tribunais.

Dentre os problemas de administração e gerenciamento do judiciário, deve ser registrada a ausência de qualificação dos funcionários e dos juízes para gestão (HAMMERGREN, 2002, p. 7). Observa-se a tendência nos judiciários latino-americanos responsáveis pela administração judicial de ausência de funcionários qualificados para administração.

Também muitas vezes os magistrados competentes não gerenciam de maneira adequada o judiciário, utilizando sua competência para pequenas questões (apontamento de juízes inferiores e férias de funcionários) e ficam alheios às grandes questões administrativas. Ainda se observa uma grande quantidade de

recursos orçamentários atribuídos ao judiciário que, em razão da pequena *accountability* judicial institucional, permite a existência de: i) administrações não comprometidas com o bem comum, sendo os recursos utilizados inadequadamente (compra de carros de luxo, por exemplo) e ii) juízes administradores interessados no bem comum e com conhecimento técnico de gestão, porém que encontram colegas sem conhecimentos técnicos para auxiliar e até para poder debater (HAMMERGREN, 2002, p. 7).

Nesse contexto, o banco mundial na década de noventa financiou diversos projetos de reforma do judiciário, buscando entre outras questões o estabelecimento de conselhos judiciais ou revisão da atuação das competências dos conselhos para que sejam melhoradas as *accountabilities* judiciais decisional e institucional.¹⁰¹

Nenhum dos conselhos parece ter seguido plenamente um dos modelos europeus ou foi estabelecido um específico modelo latino-americano. Apesar da inexistência de um modelo específico latino-americano, encontram-se as competências e as metas de aumentar a independência individual e institucional, de melhorar o desempenho judicial e de estabelecer melhores processos administrativos contra juízes e serviços auxiliares (HAMMERGREN, 2002, p. 15).

Um conselho importante latino-americano, que será objeto de análise neste momento, é o *Consejo de la Magistratura* argentino, criado pela reforma constitucional em 1994. A Argentina constitui-se em uma república federal presidencialista.

No que se refere à estrutura do poder judiciário argentino, essa instituição é dividida em Corte Suprema de Justiça e por tribunais inferiores. Existe controle judicial repressivo difuso exercido pela Suprema Corte e demais magistrados nos termos do art. 116 da Constituição Argentina.

Para ser membro da Corte Suprema, o cidadão argentino deve possuir prática na advocacia de oito anos e requisitos para ser candidato ao Senado, nos termos do art. 111 da constituição argentina (CA). Há respeito às independências judiciais decisional e institucional com vedação explícita ao Presidente da República de i)

¹⁰¹ Conforme apresenta SAMPAIO (2007, p. 196), o “Banco Mundial desenvolveu uma série de estudos, de assessoria e de financiamento, aos países da região para reformarem seu sistema de justiça, tendo destaque o apoio dado à Argentina desde 1992, à Bolívia desde 1994, à Colômbia em 2001, ao Equador em 1995, ao El Salvador em 2002, à Guatemala em 1999, ao Paraguai em 2000, ao Peru em 1999 e à Venezuela em 1992 e 1997. Estavam em estudo em 2004, propostas de apoio a Honduras e ao México. Em geral, prevê-se instituição ou reforça a órgão de controle do judiciário”.

exercer funções judiciais e de ii) imiscuir-se nos julgamentos judiciais, nos termos do art. 109 da CA.

De outro lado, observa-se a autonomia administrativa da Suprema Corte pela possibilidade de selecionar seus funcionários e de estabelecer seu regimento interno, segundo o art. 113 da CA. Também existe a garantia da vitaliciedade e da irredutibilidade dos salários dos juízes da Suprema Corte e das cortes inferiores, segundo o artigo 113 da CA.

O artigo 114 da CA prescreve o conselho da magistratura, afirmando que será composto, de acordo com lei, por representação dos órgãos eleitos popularmente, dos juízes de todas as instâncias, de advogados de matrícula federal e de professores de direito. A imposição de que diversas profissões jurídicas componham o conselho já aponta elementos de *accountability* judicial externa.

Conforme visto, principalmente em tempos mais recentes, a independência judicial institucional foi construída e consolidada na América Latina, atribuindo-se relevantes competências judiciais, administrativas e financeiras para as Supremas Cortes. De outro lado, não se aplicavam internamente de maneira suficiente elementos de *accountability* institucional e o distanciamento do judiciário da população apresentava indícios para repensar a *accountability* judicial institucional externa. Desse modo, a presença de conselheiros não juízes auxilia a ampliar a *accountability* judicial institucional externa.

A Lei 24.937 de 1999 com as alterações introduzidas pela lei 26.080 de 2006 regulamenta o *Consejo de la Magistratura do Poder Judicial de la Nación Argentina*. O conselho é composto por treze membros, nos termos do 2º da lei 24.937, i) três juízes eleitos pelos magistrados com representação dos tribunais, do primeiro grau e do interior da Argentina, ii) seis legisladores, sendo três (dois do bloco majoritário e um do minoritário) da câmara de deputados e três (dois do bloco majoritário e um do minoritário) do senado indicados pelos presidentes dessas casas a partir da proposição dos blocos partidários, iii) dois advogados eleitos de maneira direta pelos advogados com matrícula federal, sendo um necessariamente do interior da Argentina, iv) um representante do executivo, v) um professor da Faculdades Nacionais de Direito escolhido pelo conselho universitário nacional.

No conselho argentino, menos de um quarto de seus membros advém da magistratura em claro intuito de aumentar a *accountability* judicial institucional externa. Apesar de a maior parte dos conselheiros ser oriundo de outras profissões

jurídicas, institucionalmente o conselho é um órgão do poder judiciário, nos termos do art. 1º da lei 24.937/99.

Os conselheiros possuem mandatos de quatro anos, devendo todos os membros do conselho cumprir os requisitos para investidura em cargo de juiz da Suprema Corte, nos termos dos artigos 3º e 4º da lei 24.937/99. Desse modo, os conselheiros necessitam ter conhecimentos jurídicos.

Sobre as competências do conselho, eles encontram-se delimitadas no artigo 114 da Constituição: i) selecionar por concurso público os candidatos às magistraturas inferiores, ii) apresentar lista tríplice para nomeação de magistrados em tribunais inferiores, iii) administrar e executar os recursos orçamentários atribuídas à administração da justiça, iv) poder disciplinar sobre os magistrados, v) decidir sobre a abertura do e julgar o pedido de remoção e vi) editar regulamentos sobre a organização judicial e todos aqueles que sejam necessários à independência dos juízes e à prestação dos serviços de justiça.

Sobre a estruturação interna do conselho, há i) a sessão plenária, ii) comissões, iii) secretaria do conselho, iv) escritório de administração financeira e outros órgão criados pelo conselho, de acordo com o art. 6º da lei 24.937/99. A sessão plenária possui um rol de competências substanciais descritas no art. 7º como i) editar regulamento geral, ii) editar os regulamentos gerais descritos na constituição e na lei, assim como os regulamentos necessários para uma eficaz prestação jurisdicional, iii) tomar conhecimento do anteprojeto de lei orçamentária anual para o poder judiciário e fazer as recomendações que julgue pertinentes, iv) escolher presidente e vice-presidente dos conselhos e eleger os membros dos outros órgãos do conselho, v) decidir sobre a abertura do processo de remoção de magistrados, vi) editar regulamentos para o funcionamento dos órgãos internos do conselho, vii) regulamentar os concursos públicos para magistrados de primeiro grau e formular a lista tríplice para a composição dos tribunais inferiores, viii) organizar a Escola Judicial, sendo a frequência e a aprovação na escola como requisitos para aprovação em concurso judicial e ix) aplicar a sanção aos magistrados após a manifestação da Comissão de Disciplina e Acusação, mantendo também os tribunais inferiores e a Suprema Corte o poder disciplinar sobre seus magistrados e funcionários.

Os expedientes no conselho são públicos e especial no que se refere às denúncias contra os magistrados. Existem quatro comissões no *Consejo de la*

Magistratura, sendo as comissões de seleção de magistrados e escola judicial, de disciplina e acusação, de administração e finança e de regulamentação. Em todas essas comissões, os magistrados são minoria.

A comissão de seleção de magistrados e escola judicial é a principal responsável pelos concursos públicos, por formular propostas de listas tríplices para os tribunais inferiores que serão aprovadas na sessão plenária e por dirigir a escola judicial, de acordo de art. 13 da lei 24.937/99. Por sua vez, a comissão de disciplina e acusação é competente para propor à sessão plenária a aplicação de sanções disciplinares aos magistrados.

Antes de apresentar as hipóteses de faltas disciplinares, no artigo 14, A, a lei 24.937/99 afirma que as faltas dos magistrados por prestação judicial ineficaz e ineficiente podem ser sancionadas com aviso, advertência e multa em até 30% dos vencimentos dos magistrados. Esse dispositivo deixa clara a busca por melhorar a gestão processual, ampliando a *accountability* judicial comportamental no aspecto da concretização de ditames de eficiência judicial.

De outro lado, a comissão de regulamentação é responsável analisar e emitir parecer sobre regulamentos e elaborar projetos de regulamentos. A comissão de administração e fiscalização constitui-se no órgão responsável por fiscalizar e sancionar (agente de *accountability* horizontal) o escritório de administração e financeiro do poder judiciário.

Este escritório é composto pelo administrador geral do poder judicial, que designará os funcionários desse órgão, nos termos do art. 17 da lei 24.937/99. As competências de *La Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial* são i) elaborar o ante-projeto de proposta orçamentária do poder judiciário e encaminhar ao presidente do conselho, ii) executar o orçamento anual do poder judiciário, iii) dirigir os escritórios financeiro, de arquitetura judicial, de imprensa judicial, iv) sistematizar dados e informações judiciais, v) propor a aquisição, a construção e a venda de bens imóveis e vi) fazer o inventário dos bens, nos termos do art. 18 da lei 24.937/99.

O administrador geral do poder judiciário argentino possui funções parecidas com a do *chief executive* do *Courts Service* irlandês. A existência do administrador geral possui com função melhorar as *accountability* judicial comportamental.

Da análise do *Consejo de la Magistratura*, resta claro que esse conselho busca ampliar a *accountabilities* judiciais comportamental e institucional realizada

por um órgão interno do judiciário, porém sendo a maioria dos seus membros de origem não judicial. A partir da análise da estrutura de elementos dos conselhos de justiça, sobre as questões políticas e constitucionais, há a separação dos poderes, apesar da grande relevância que o executivo possui.

Antes da reforma constitucional de 1994, construiu-se uma grande independência judicial institucional sem as necessárias *accountabilities* judiciais comportamental e institucional. De outro lado, com a criação do conselho da magistratura retiram-se as competências de tribunais e principalmente da Corte Suprema de Justiça e atribuem-se poderes ao conselho da magistratura, composto por maioria de não juízes, em questões de *accountabilities* judiciais comportamental e institucional.

Sobre a composição do conselho, menos de um quarto é composto por juízes e a maioria é integrada por agentes estatais eleitos ou indicados por estes agentes. Desse modo, apesar de institucionalmente o conselho ser um órgão do poder judiciário, a maioria dos seus membros são não magistrados. Esse fato faz com que materialmente exista um controle externo do judiciário na Argentina.

Na terceira estrutura comparativa, há importantes elementos de *accountability* judicial institucional. Relevante observar que neste caso não se trata de elementos de independência judicial institucional, pois foram retirados poderes atribuídos anteriormente aos tribunais e à Corte Superior de Justiça e encaminhados para um conselho de maioria de não magistrados. As competências e funções do conselho relacionadas com a *accountability* judicial institucional são: i) relações públicas (relações com outros poderes e com a sociedade civil), iii) políticas de pessoal – recursos humanos, iv) política de e participação na seleção de magistrados e servidores auxiliares, v) apresentação de recomendações e de conselhos ao ministro da justiça, vi) moradia e segurança de juízes e das repartições judiciárias, vii) automação e computação, viii) administração do poder judiciário, ix) política orçamentária (alocação de recursos e política de gastos).

No que se refere à *accountability* judicial comportamental e a outras formas de *accountability* judicial, existem as competências de i) realização de políticas de pesquisas sobre o judiciário, ii) monitoramento da qualidade da prestação jurisdicional, iii) poder disciplinar sobre juízes e servidores auxiliares por provocação de agentes de *accountability* horizontal ou pelos cidadãos por *accountability* judicial vertical não-eleitoral, iv) sistematização e publicação de informações sobre o

judiciário, v) promoção e remoção de magistrados e vi) treinamento e educação jurídica.

A partir da análise dos conselhos de justiça nos Estados Unidos, da França, da Irlanda e da Argentina chega-se à conclusão de que existem várias formas de composição possíveis e inúmeras podem ser as competências dos conselhos. Ainda, a análise dessas questões somadas às questões políticas e constitucionais gerais informa se o conselho aumenta a independência judicial institucional e/ou *accountabilities* judiciais comportamental e institucional.

Conforme dito, cada conselho procura enfrentar os problemas específicos das suas instituições políticas e jurídicas. De outro lado, Garoupa e Ginsburg (2008, p. 18-21) a partir de alguns indicadores institucionais apontam a tendência de como um conselho provavelmente será estruturado em um contexto institucional específico.

Em um primeiro momento, a independência judicial institucional é pequena, sendo o judiciário substancialmente influenciado pelo executivo e pelo legislativo. Nesse contexto, os conselhos judiciais podem surgir de reformas constitucionais e legais que procuram atribuir uma maior independência judicial institucional ao judiciário.

Nesse novo contexto, o conselho de justiça, composto como regra por uma maioria de magistrados, amplia a independência judicial institucional, aumentando as autonomias administrativa e financeira. A ampliação da autonomia administrativa permite que o judiciário efetive de maneira mais adequada a independência judicial decisional e também aumente seu papel político na sociedade. Esse é principalmente o exemplo francês e, em certa medida, o caso irlandês.

Outra situação acontece quando o judiciário possui grande independência em relação aos agentes estatais eleitos e aos grupos de poder na sociedade civil. Esse desenho institucional permite construções de decisões judiciais autônomas, tornando os juízes importantes atores políticos.

Esse momento traz muitas críticas dos agentes estatais eleitos e de parte da sociedade civil aos magistrados. Desse modo, muitas vezes buscam-se estabelecer ou alterar os conselhos de justiça para que exista uma maior participação de não-juízes com o intuito de estabelecer *accountability* judicial institucional externa (GAROUPA; GINSBURG, 2008, p. 19). O exemplo argentino de criação do *Consejo de la Magistratura* com maioria de não juízes apresenta essa busca de *accountability* judicial institucional externa.

De outro lado, há relevante questão que não é posta por Garoupa e Ginsburg. No momento de grande independência judicial institucional e forte participação política do judiciário principalmente pela independência judicial decisional e pelo controle de constitucionalidade judicial, pode faltar *accountabilities* judiciais comportamental e institucional internas, isto é, exercidas pelo próprio poder judiciário.

Sendo assim, os conselhos de justiça são criados ou alterados para ampliar as *accountabilities* comportamental e institucional, porém não por meio de controle externo, e sim interno. Esse é o caso do Conselho Nacional de Justiça brasileiro que será analisado no próximo capítulo.

3. *Accountability* na Constituição Federal de 1988 e Conselho Nacional de Justiça

Chega-se o momento de compreender o Estado Democrático de Direito brasileiro atual e suas importantes relações de *accountability*. As relações de *accountabilities* vertical, horizontal, social, eleitoral, política não eleitoral, legal, judicial decisional, judicial comportamental e judicial institucional foram analisadas no capítulo segundo por meio de desenhos institucionais do Estado Democrático de Direito.

Também, a construção do Estado Democrático de Direito e o seu vínculo com a *accountability* foram desenvolvidos no primeiro capítulo, além de uma apresentação geral de importantes estruturas dos modelos de Estado concretizados desde a independência no Brasil. Desse modo, já se encontram presentes os principais elementos para a análise do Estado e do judiciário brasileiros.

Este capítulo dividi-se em dois momentos. O primeiro versa sobre a efetivação da *accountability* na Constituição Federal de 1988 e na configuração da independência e da *accountability* judiciais nesse modelo constitucional. O segundo momento enfrenta as mudanças na *accountability* e independência judiciais a partir da vigência (efetividade) da constituição, da Reforma do Judiciário, que foi promovida pela emenda constitucional n. 45/2004, e, em especial, da criação do Conselho Nacional de Justiça.

3.1 Desenho Institucional da *Accountability* no Judiciário e no Estado Democrático de Direito brasileiro antes da EC. 45/04

Essa primeira parte do terceiro capítulo enfrenta a construção dos desenhos institucionais das relações de *accountabilities* vertical eleitoral, horizontal e social na Constituição de 1988. Na segunda seção desta primeira parte, será enfrentada a construção da independência e da *accountability* judiciais no Estado Democrático de Direito brasileiro antes da EC. N. 45/04.

3.1.1 *Accountability* no Estado Democrático de Direito Contemporâneo

Como visto, a discussão sobre a *accountability* foi introduzida principalmente por Ana Maria Campos em artigo escrito em 1987, publicado em inglês em 1988 e publicado em português em 1990. Desse modo, o texto da autora desconsidera as conquistas postas na Constituição Federal de 1988 e as lutas políticas sobre a interpretação e a busca de efetividade das suas normas nos anos posteriores à promulgação constitucional.

A relevância do texto de Campos, além de inserir a discussão da *accountability* no Brasil, foi demonstrar a relação entre este conceito e a democracia. Essa demonstração encontra-se na visão de que a democracia constitui-se na soberania popular. Desse modo, os governos, os serviços públicos e os demais agentes estatais são responsáveis (*accountable*) perante os cidadãos.

Sendo assim, existe sentido em buscar a *accountability* e a reforma da administração pública como meios para a concretização da democracia (CAMPOS, 1990, p. 30). No que se refere à visão de Campos (1990, p. 33), algumas questões devem ser trazidas.

A análise feita pela *accountability* valoriza a responsabilidade objetiva ou os resultados. Um agente não deixa de ser responsabilizado pelo *principal* na relação de *accountability* apenas seguindo os procedimentos legais. Na *accountability*, mensura-se se os resultados obtidos são razoáveis ou boas dadas às circunstâncias.

Para que as relações de *accountability* aconteçam, além de os agentes estatais e órgãos internos serem responsáveis pelo controle, a *accountability* pode e deve ser exigida por meio de controle exterior. Esse controle externo pode ser feito por outros agentes estatais, pelo cidadão ou por grupos sociais. Em outras palavras, o controle externo será exercido por *accountability* horizontal, *accountabilities* vertical eleitoral e *accountability* social.

Há várias formas de controle externo, as quais são relevantes, porém não se deve perder de vista que em última análise nas democracias o poder encontra-se no povo.¹⁰² Como a democracia não se esgota na eleição dos agentes estatais eleitos, pois o processo eleitoral constitui-se em elemento necessário, mas insuficiente, para concretização da soberania popular nas democracias contemporâneas.

¹⁰² De acordo com Campos (1990, p. 34), “O verdadeiro controle do governo – em qualquer de suas divisões: Executivo, Legislativo e Judiciário - só vai ocorrer efetivamente se as ações do governo forem fiscalizadas pelos cidadãos”.

Essa relação entre *accountability* e democracia constitucional trazem algumas questões i) ausência de *accountability* sobre agentes não eleitos, ii) separação entre administração e política, iii) papel da sociedade civil e da esfera pública e iv) necessidade de ir além da eficiência, da economia e da honestidade (CAMPOS, 1990, p. 33-34).

Como a eleição é um elemento insatisfatório para concretização da democracia e a grande parte dos agentes estatais não é eleita (no Brasil, os burocratas e juízes), há necessidade do estabelecimento de sólidas redes de *accountability* horizontal e outras modalidades de *accountability* vertical. Outra questão encontra-se na valorização excessiva dos conhecimentos técnicos na construção e reforma da administração pública, desconsiderando os interesses dos cidadãos.

Não se trata de desprezar os conhecimentos técnicos, mas a técnica sem uma construção discursiva e democrática por meio da ação de agentes estatais e da sociedade civil transforma-se em tecnicismo. Por sua vez, o tecnicismo não concretiza de maneira adequada os interesses e ideais democráticos.¹⁰³

A efetivação da *accountability* vertical não-eleitoral e uma melhor relação entre administração e política democrática pressupõem uma maior participação dos cidadãos e da sociedade civil. A *accountability* vertical impõe que os cidadãos e os grupos sociais busquem informações e justificações dos agentes estatais não-eleitos e, na esfera pública, debatem essas informações e justificações. Nesse processo, os cidadãos e a sociedade civil buscam influenciar os agentes eleitos ou não eleitos em alcançar resultados satisfatórios, na alteração de procedimentos e em outras mudanças que julgam relevantes.

Sem participação da sociedade civil, que compreende que o povo é soberano e que a fiscalização dos agentes estatais é tema fundamental nas democracias constitucionais, a *accountability* e a democracia não se concretizam adequadamente. Por fim, Campos (1990, p. 34) reconhece a importância da eficiência e da honestidade da administração, assim como a relevância de prestar

¹⁰³ Interessante exemplo é formulado por Campos (1990, p. 41): “Nos governos autoritários, a sabedoria popular tem sido subestimada pela arrogância perceptiva dos tecnocratas, que se dão o direito de identificar as necessidades, de atribuir prioridades nacionais, de desenvolver alternativas e de fazer escolhas políticas, em perfeito isolamento em relação às clientelas. Os programas de assistência à pobreza, por exemplo, são identificados por técnicos com referencial de classe média, sem qualquer insumo dos pobres”.

um bom serviço público sem desperdício de recurso, mas a *accountability* exige valores que vão além desses.

Os agentes estatais necessitam, por exemplo, estar comprometidos com a qualidade dos serviços públicos prestados, com a justa distribuição dos benefícios e com os resultados obtidos pelos agentes. O comprometimento com esses três valores pressupõe a fiscalização e a participação da sociedade civil. Desse modo, somente a *accountability* ascendente (controle hierárquico) no modelo de controle interno é insuficiente.

Feitas essas considerações, Campos analisa a *accountability* e a democracia no Brasil. Os principais temas avaliados são i) participação da sociedade civil, ii) violação e falta de efetividade da constituição, iii) populismo e autoritarismo, iv) pequeno controle e influência popular, v) problemas institucionais e vi) centralismo e autoritarismo (CAMPOS, 1990, p. 35-40).

A participação popular brasileira e sua sociedade civil são frágeis. Em razão do populismo e do autoritarismo, não há tradição de as organizações civis constituírem-se em atores políticos relevantes, que canalizam reivindicações de parte da população. Assim, apenas as eleições, quando elas não são restritas por governos autoritários, são instrumentos de *accountability* vertical, fato insuficiente para a construção de uma visão mais ampla da *accountability* e da democracia.

Sobre os direitos constitucionalmente estabelecidos e, em especial, os direitos fundamentais, os brasileiros aceitariam pacificamente que seus direitos constitucionais não são seguidos e violados. As reivindicações por direitos, na perspectiva das elites e dos agentes estatais, são vistas como atitudes indelicadas (CAMPOS, 1990, p. 37).

O compromisso com a democracia é débil pela história política brasileira. O Estado Novo (1937-1945) e a ditadura militar (1964-1985) estabeleceram governos autoritários e o período de 1945-1964 constitui-se em momento de democracia com traços populistas. Os governos autoritários anulam ou restringem importantes mecanismos democráticos, procurando legitimação na ideia de que o “bem comum” seja buscado pelos agentes políticos do executivo e pelos técnicos.

De outro lado, o governo populista procura estabelecer uma relação direta entre liderança populista e indivíduo, cooptando ou destruindo importantes grupos da sociedade civil (partidos políticos, sindicatos e associações). Novamente, o papel

principal da sociedade civil não é encenado. Ainda, Campos (1990, p. 38) pensa que, em 1986, estabeleceu-se novamente um modelo de democracia populista.

Nesse contexto de pequena participação e fiscalização da sociedade civil e de problemas de *accountability* interna dos órgãos, abre-se grande possibilidade para desvios dos agentes estatais da moralidade pública. Também, no Brasil, além de os indivíduos não serem respeitados pelos agentes estatais, as empresas não respeitam os indivíduos como consumidores (CAMPOS, 1990, p. 38).

Outros problemas institucionais eram inúmeros para Campos (1990, p. 39-40). A imprensa era subserviente a interesses privados, não cumprindo seu papel de vigilante dos agentes estatais e das grandes empresas. A pequena apresentação de dados e de informações dos agentes estatais por esses agentes e pela imprensa causa problemas no exercício da *accountability* vertical.

Sem informações, os cidadãos não podem concretizar a *accountability* vertical. De outro lado, a ausência de informações cria um sentimento generalizado de que todos os políticos somente buscam seus interesses pessoais e atentam contra a moralidade pública.

Os partidos políticos, por sua vez, são pouco institucionalizados e sem ideologia clara. Também é bastante comum os políticos utilizarem os partidos em conformidade com os seus interesses imediatos, trocando constantemente de legenda. Assim, essas organizações possuem déficits na efetivação dos seus papéis de *accountability*.

Por fim, o legislativo e judiciário também são muito dependentes do Executivo. Campos (1990, p. 39) assevera que o judiciário é muito dependente do executivo principalmente em razão do orçamento, que seria controlado pelo executivo.

Sobre o centralismo do governo federal, em especial no período de 1964 a 1985, as leis e as ações políticas retiraram poderes do município e dos estados-membros de tomar decisões políticas importantes e administrar serviços públicos relevantes. Campos (1990, p. 40) reconhece que, em uma análise de política comparada, a consolidação dos Estados nacionais ocorreu a partir de forte centralização política. No Brasil, a questão da centralização é complicada pela falta de uma forte sociedade civil que discuta as ações do governo central.

Todas essas questões ainda são agravadas pela existência de uma burocracia (agentes estatais não eleitos) livre de *accountability*. As burocracias são

pensadas por modelos de *accountability* interna hierárquica, em que um burocrata de maior hierarquia (chefe) coordena e fiscaliza as ações dos outros funcionários (CAMPOS, 1990, p. 41). Não existem outras formas eficientes de *accountability*, sejam elas horizontais ou verticais.

Observam-se outras questões que agravam esse déficit de *accountability*. A população possui pequena expectativa quanto à atuação dos burocratas. Sobre os burocratas do executivo, o governo não fiscaliza adequadamente e não estabelece uma política pública correta para esses funcionários públicos.

Ainda sobre problemas na administração pública brasileira e nos agentes estatais não eleitos, falta transparência nas suas ações e existe pequena preocupação com desempenho adequado dos serviços públicos com resultados satisfatórios para os cidadãos. A fiscalização preocupa-se somente se os funcionários seguem as normas procedimentais (CAMPOS, 1990, p. 42). Em verdade, até as normas procedimentais são constantemente violadas e os agentes de *accountability* interna hierárquica raramente sancionam essas afrontas.

Sobre a forma de investidura em cargo público, a existência de concursos públicos de provas e títulos produz uma burocracia qualificada. Por sua vez, não há um desenho institucional que garanta o alcance de resultados por esses funcionários qualificados. Também, são mantidas práticas de nepotismo e clientelismo em muitas nomeações em cargos de confiança (CAMPOS, 1990, p. 42).

Os contextos normativo, social e político após a promulgação da Constituição de 1988 são substancialmente diferentes. Essas questões impõem a revisão de algumas teses sobre a *accountability* no Brasil trazidas por Campos. Inicia-se a discussão sobre a mudança das instituições brasileiras pelas prescrições previstas no texto constitucional de 1988 e na *accountability* no Brasil.¹⁰⁴

Observa-se que a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou importante conquista na construção do Estado Democrático de Direito brasileiro. O art. 1º, parágrafo único, CF, assevera que todo o poder emana do povo, sendo exercido pelos agentes estatais eleitos ou diretamente pelo povo.

¹⁰⁴ Para uma visão panorâmica sobre a *accountability* na Constituição Federal de 1988, cf. Romêo, 2009, p. 179-188 e Mota, 2006, p. 103-133. De outro lado, a interpretação da *accountability* nas normas constitucionais neste capítulo constitui-se em livre interpretação do autor deste trabalho a partir do substrato teórico trazido nas seções anteriores. Ainda se deve registrar que se analisarão as normas constitucionais a partir do pressuposto que sua efetivação pode concretizar elementos de *accountability*. Sabe-se que normas apenas são prescrições de dever-ser que precisam ser efetivadas pelos atores políticos e sociais. As questões sociais e políticas da Constituição de 1988 serão enfrentadas no item 3.1.3.

Conforme demonstrado neste trabalho, nos Estados Democráticos de Direito, o povo é detentor do poder. De outro lado, nas democracias atuais, não é possível cotidianamente o exercício da soberania popular direta, existindo agentes estatais.

Alguns agentes estatais no Brasil são eleitos como os legisladores e os chefes do executivo. De outro lado, existem agentes estatais não eleitos.

Nos agentes eleitos, a *accountability* vertical eleitoral estabelece esse laço de legitimidade democrática, possibilitando ainda a sanção eleitoral. A legitimidade democrática dos agentes não eleitos é indireta, já que a constituição e as leis estabelecem outras formas de investidura como agente estatal.

Como não há a *accountability* vertical eleitoral sobre esses agentes, a literatura sobre a *accountability* corretamente estabelece a necessidade de funcionamento dos mecanismos de *accountability* horizontal e outras formas de *accountability* vertical. Essa questão é fundamental na análise do judiciário brasileiro, composto por agentes estatais não eleitos.

Sobre as eleições, há o restabelecimento das eleições livres e diretas, pautadas no voto secreto, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, e art. 14, *caput*, CF.

Apesar da existência de eleições diretas para os poderes legislativos durante o golpe de Estado de 1964, não existia pluralismo de partidos e ocorria restrição às manifestações políticas e eleitorais da sociedade civil e da oposição. Ainda, a ditadura militar mudava as regras do processo eleitoral nos momentos em que as eleições iam contra seus interesses.

Também, a eleição para presidente da república era indireta, sendo sempre eleitos de 1964 a 1979 militares a partir do apoio civil do congresso nacional concedido pelos políticos da ARENA. Contemporaneamente, as eleições para o executivo e o legislativo federais, estaduais e municipais são diretas e periódicas com os pleitos coordenados pela justiça eleitoral, nos termos do art. 14, CF.

Desse modo, há a possibilidade de concretização da *accountability* vertical eleitoral no Estado brasileiro. Para que as eleições ocorram são necessários direitos fundamentais individuais, políticos, sociais, coletivos e difusos na Constituição brasileira de 1988.

Observam-se nas constituições brasileiras a previsão de direitos individuais e políticos desde a constituição de 1824. Em relação aos direitos sociais, a disciplina desses direitos encontra-se presente principalmente a partir da constituição de 1934.

Apesar de os direitos fundamentais terem sido disciplinados em normas constitucionais e legais no período de ditadura militar, por meio dos atos institucionais e da prática de repressão política, os direitos civis e políticos sofriam ataques dos detentores golpistas do poder estatal. Sobre os direitos sociais, registrou-se um crescimento econômico na década de 70, porém sem uma adequada distribuição de renda.

O artigo 5º da CF positivou importantes direitos individuais. O *caput* do referido artigo garante os direitos gerais à liberdade e à igualdade. O princípio da soberania popular afirma que todos os cidadãos possuem direito de participar da vida política, sendo necessárias para essa participação inúmeras liberdades.

Dentre as importantes liberdades e igualdades individuais fundamentais para o exercício da democracia nos incisos do art. 5º, CF, observam-se i) igualdade de gênero, ii) liberdades de pensamento, religiosa, intelectual, artística, científica e de comunicação sem censuras, iii) direito de resposta, iv) livre acesso às informações, v) liberdade de reunião e de associação, vi) direito dos cidadãos receberem dos agentes estatais informações do seu interesse particular ou do interesse coletivo e geral, vii) direito de petição aos agentes estatais para defesa de direitos e contra ilegalidades e abuso de poder, viii) inafastabilidade do judiciário para análise de ameaça ou lesão a direitos, ix) ações constitucionais para defesa de direitos.¹⁰⁵

Esses direitos de liberdade e de igualdade permitem à construção de associações e reuniões dos cidadãos fundamentais para a democracia e para a formação de uma sociedade civil robusta, fato que Campos afirma ser ausente na sociedade brasileira. A análise das ações dos agentes estatais por meio das informações e das justificações das ações também é tutelada por essas liberdades.

Ainda, esses direitos fundamentais permitem a aplicação de diversas sanções de *accountability*. A discussão dos cidadãos, das associações e da imprensa pode expor publicamente um agente público (*accountability* social). Ainda, cidadãos, associações e sindicatos podem formular requerimentos administrativos ou ações judiciais, pleiteando que as autoridades competentes sancionem os agentes estatais

¹⁰⁵ A liberdade de locomoção é protegida pelo *Habeas Corpus*, o acesso às informações pessoais e a sua correção é tutelada por *Habeas Data*, a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e aos patrimônios histórico e cultural por Ação Popular proposta por cidadão, os direitos líquidos e certos individuais e coletivos não protegidos por *Habeas Corpus* e *Habeas Data* são protegidos por Mandado de Segurança Individual e Mandado de Segurança Coletivo.

(*accountability* horizontal). Também, a discussão pública influencia o exercício da *accountability* vertical eleitoral sobre os agentes estatais eleitos.

Os cidadãos maiores de 16 anos podem votar nas eleições periódicas do Estado brasileiro, sendo garantido o sufrágio aos analfabetos, de acordo com o art. 14, § 1º, CF. Em verdade, existe o sufrágio universal no Brasil, o qual é condição necessária para a utilização da *accountability* vertical. Também, a constituição prevê liberdade para criação, fusão e extinção dos partidos políticos, que devem respeitar o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais, segundo o art. 17, CF.

Além da eleição como mecanismo de escolha de mandatos (programas políticos) e *accountability* vertical eleitoral, há os institutos jurídicos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, previstos no art. 14, I, II e III, CF. No plebiscito, o *principal* povo impõe aos agentes estatais eleitos uma decisão e, no referendo, aquele chancela ou não uma lei formulada por estes. Esses dois institutos estabelecem mecanismos de *accountability* vertical.

De outro lado, a iniciativa popular consiste em projeto de lei apresentado à câmara dos deputados por um por cento dos eleitores, de acordo com o art. 13 da Lei 9.709/98. Além de os cidadãos elegerem os agentes legislativos eleitos para formular leis, o instituto da iniciativa popular permite que os eleitores iniciem o processo legislativo.

Para que os cidadãos possam participar politicamente, direitos sociais como educação precisam ser implantados por políticas públicas, sendo esse direito garantido nos arts. 6º, *caput*, e 208, CF. Sobre a administração pública, o constituinte procurou desenhar uma administração pública mais *accountable*.

Nesse sentido, foram estabelecidos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade no art. 37, *caput*, CF. O princípio da legalidade garante que os agentes estatais devem seguir as normas estabelecidas pelos legisladores e sancionadas pelo chefe do executivo após diálogo com a sociedade civil.

O princípio da legalidade é fundamental principalmente para os agentes não eleitos, já que eles não são sancionados pela *accountability* vertical eleitoral. Por outro lado, os deveres legais necessitam ser seguidos por esses agentes sob pena de sanções pelos agentes competentes na aplicação de *accountability* horizontal.

O princípio da impessoabilidade proíbe que a administração privilegie sem razão pessoas e grupos sociais. Trata-se da concretização do princípio da igualdade, pois a administração pública como regra necessita tratar os administrados como iguais. Ainda, esse princípio procura evitar a prática de concessão de cargos públicos a pessoas com proximidade política e pessoal de agentes estatais importantes, mas sem capacidade técnica.

A moralidade administrativa estabelece ao administrador não apenas a necessidade de seguir as prescrições legais, porém também o dever de não afrontar um mínimo ético. As discussões sobre as relações entre direito e ética são complexas, não sendo objeto desse trabalho uma incursão aprofundada nessa questão.¹⁰⁶

A introdução do princípio da moralidade como elemento central da administração pública permite construções jurisprudencial, legislativa e da administração pública que exige dos agentes estatais não somente seguir os dispositivos legais. Esse princípio exige que as ações da administração pública encontrem-se relacionadas com alguns valores morais importantes como liberdade, igualdade e justiça, assim como estimula os agentes estatais a buscar a concretização de valores populares que não sejam contrários aos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Relacionam-se assim os valores do *principal* povo com as ações dos agentes estatais.

O princípio da publicidade é essencial para o exercício da *accountability*. Sem informações sobre as ações dos agentes estatais, não é possível avaliá-los e aplicar as sanções cabíveis.

Também, nos Estados Democráticos de Direito, a publicidade é a regra e o segredo a exceção. Essa assertiva baseia-se na concepção de que o povo é o titular do poder democrático, necessitando ter conhecimento de todos os atos praticados por seus agentes.

Por meio da emenda constitucional n. 19/98, no contexto de implantação de um modelo de administração pública com elementos de gestão gerencial, o princípio da eficiência na administração pública foi incorporado na constituição brasileira. Como corretamente colocou Campos, a eficiência não pode ser vista como o valor mais relevante que os agentes estatais devem seguir.

¹⁰⁶ Sobre a relação entre direito, ética e moral, cf. Alexy, 2009, Bobbio, 2006, Hart, 2007 e Radbruch, 1971.

De outro lado, a eficiência não é um princípio que pode ser desconsiderado. A população tem interesse que os serviços públicos e as ações do Estado possuam qualidade e sejam prestados da maneira mais eficiente possível.

Essa questão fica clara na discussão sobre a prestação jurisdicional. Nenhum litigante quer apenas uma tutela jurisdicional rápida. Por outro lado, a gestão do tempo do processo é variável importante na atuação jurisdicional. A prestação jurisprudencial muito morosa incentiva que litigantes com direitos não procurem a jurisdição e que pessoas e grupos utilizem dessa tendência para violarem direitos.

O título IV da Constituição brasileira versa sobre a organização dos poderes. O congresso nacional, composto por câmara dos deputados e senado federal, exerce a função de poder legislativo federal. O poder legislativo federal possui um grande rol de competências legislativas e atribuições políticas gerais.

Sobre as competências que permitem ao congresso exercer os pesos e contrapesos e a *accountability* horizontal, nos arts. 48 e 49, CF, registram-se: i) o estabelecimento das leis orçamentárias, ii) a aprovação de leis sobre a organização da administração, do judiciário, do ministério público e da defensoria pública da união, iii) sustar os atos normativos do poder executivo federal que exorbitem os poder regulamentar e os limites da delegação legislativa, iv) fixar subsídios do presidente e do vice-presidente da república, julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da república e apreciar os relatórios sobre a execução de planos de governo, v) fiscalizar e controlar os atos do poder executivo e da administração indireta e vi) preservar sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros poderes.

Ainda sobre as competências para exercício de *accountability* horizontal pelo legislador, encontram-se a autorização da instauração de processo contra presidente, vice-presidente e ministros de Estado pela câmara, o processamento e o julgamento dessas autoridades nos crimes de responsabilidade pelo senado, de acordo com os arts. 51, I, e 52, I, CF. O senado federal, por sua vez, processa e julga os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),¹⁰⁷ do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), procurador geral da república e advogado geral da união por crime de responsabilidade, segundo o art. 52, II, CF.

¹⁰⁷ Alteração da EC. n. 45/04.

No que se refere à escolha de membros de outros poderes e instituições, o senado federal aprova as indicações dos magistrados dos tribunais superiores, dos ministros do tribunal de contas indicados pelo presidente da república e do procurador geral da república, de acordo com o art. 52, III, CF. De outro lado, o poder executivo federal é exercido pelo presidente da república, vice-presidente da república e ministros de Estado.

Como sói acontecer no Estado Democrático de Direito e em governos moderados, o executivo exerce funções que influenciam na configuração de outros poderes e de órgãos estatais, possuindo poderes de *accountability* horizontal. Dessa forma, o art. 84, II, CF, prescreve que o presidente da república com auxílio dos ministros de Estado é responsável pela direção da administração federal.

Trata-se de relevante função de *accountability* horizontal interna em que agentes estatais eleitos e agentes estatais indicados pelos eleitos (ministros de Estados) dirigem a ação de agentes estatais não eleitos e como regra selecionados por concursos públicos. Há a relação explícita entre *principal* (presidente, vice-presidente e ministros) e agentes (burocratas não eleitos). Sendo assim, o presidente da república disciplina por decreto sobre a organização e o funcionamento da administração pública federal e acerca da extinção de funções e de cargos públicos quando vagos, segundo o art. 84, VI, CF.

As relações com o legislativo também são intensas nos termos do art. 84, III, IV e V, CF, pois o executivo possui poder de iniciar o processo legislativo nos termos da Constituição de 1988 e vetar total ou parcialmente os projetos de lei. O presidente da república sanciona, promulga e publica leis, além de expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei.

O chefe do executivo federal nomeia, depois da manifestação e da aprovação da indicação pelo senado federal, os ministros do STF e dos tribunais superiores, o procurador-geral da república e outros cargos. A nomeação de magistrados de tribunais superiores após aprovação pelo senado constitui-se em importante mecanismo de *accountability* judicial que o executivo e o legislativo federais podem utilizar.

Assim como nos Estados Unidos e nos países analisados na incursão sobre o direito comparado (França, Irlanda e Argentina), há respeito pela independência judicial decisional. Nesse contexto, cabe ao executivo e legislativo influenciar legitimamente na independência judicial por meio da discussão sobre a ideologia

jurídica e política dos candidatos. Dessa forma, o momento de indicação e de sabatina do candidato além de observar as competências técnicas e a honestidade dos candidatos pode e deve debater a ideologia dos candidatos.

Outra competência relevante do executivo encontra-se no envio de projeto de leis orçamentárias ao congresso nacional, dispondo sobre as receitas dos três poderes. No caso brasileiro, por exemplo, o judiciário por meio da sua autonomia orçamentária formula proposta de orçamento do judiciário federal dentro dos limites estipulados pela lei de diretrizes orçamentárias, enviando-lhe ao presidente da república.

Como o presidente é responsável pelo envio da proposta de lei orçamentária e o congresso constitui-se em responsável pela aprovação, existe intenso debate entre esses poderes e o judiciário na busca por recursos. Por exemplo, na discussão sobre a lei orçamentária de 2012, o supremo federal não foi vitorioso em aprovar aumento para os magistrados e serviços auxiliares da justiça federal.

Antes de tratar do poder judiciário e do ministério público brasileiros e das mudanças nos contextos social e político após a constituição de 1988, o tribunal de contas da união (TCU) deve ser analisado.

Todos os poderes estatais necessitam manter um controle interno contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, nos termos do art. 74, CF.¹⁰⁸ Por outro lado, compete ao legislativo e ao tribunal de contas realizarem o controle externo da administração direta pertencente ao executivo, ao legislativo e ao judiciário e da administração indireta.

O controle externo é pautado nos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, nos termos do art. 74, *caput*, CF. O princípio da legitimidade possui como núcleo central também uma atuação da administração pública que ultrapasse a mera legalidade. Nesse contexto, as administrações direta e indireta necessitam estar abertas aos anseios trazidos pela sociedade civil e empregar os recursos da melhor maneira possível para concretizar situações e interesses dos cidadãos.

A importante crítica de Campos, ainda no contexto anterior à Constituição Federal de 1988, assevera que o controle realizado pelo TCU era formal,

¹⁰⁸ No âmbito do controle interno, no executivo federal, há a controladoria geral da união, a qual é prevista no art. 1º, §3º, I, Lei n. 10.683/ 2003. Esse órgão auxilia o presidente da república, por exemplo, na defesa do patrimônio público, no controle interno e nas atividades de auditoria na administração pública federal.

relacionando-se exclusivamente ao princípio da legalidade.¹⁰⁹ O controle externo deveria estar relacionado com a eficiência e com a legitimidade social no emprego e nos resultados alcançados pelos serviços públicos e pelas ações dos agentes estatais.

De maneira explícita o texto da constituição federal incorporou o anseio por eficiência e legitimidade. Parece ao autor desse trabalho que há necessidade de superar a dicotomia posta por Campos entre legalidade, de um lado, e eficiência/legitimidade, de outro lado.

Explica-se. As leis, no Estado Democrático brasileiro, comprometido com as diversas modalidades de *accountability*, precisam estabelecer um desenho institucional dos controles interno e externo da administração pública direta e indireta que leve em consideração a eficiência e a legitimidade social.

No que se refere ao tribunal de contas da união, o rol de competência dessa instituição é amplo de acordo com o art. 71 da CF, devendo ser registradas as atribuições de: i) apreciar as contas prestadas anualmente pelo presidente da república, ii) julgar as contas dos administradores e responsáveis pelo dinheiro público da administração direta e indireta, iii) analisar a legalidade da admissão de pessoal da administração direta e indireta, iv) realizar inspeções e auditorias contábeis, financeiras, orçamentárias, operacionais e patrimoniais no executivo, legislativo e judiciário e na administração indireta, v) fiscalizar a aplicação de recursos repassadas pela união ao estado-membro, ao distrito federal e ao município, vi) sancionar os responsáveis por ilegalidade das despesas e irregularidade das contas com as sanções legais como multa, vii) representar ao órgão de *accountability* horizontal por sancionar o administrador que cometeu irregularidade ou abuso de poder.

Pelas competências explícitas acima apresentadas, o TCU encontra-se apenas relacionado com o princípio da legalidade. Desse modo, para dar concretude também aos princípios da eficiência e da legitimidade, o legislador democrático deve

¹⁰⁹ De acordo com Campos (1990, p. 44-45), “o exercício de seu papel constitucional o Tribunal pode, no máximo, verificar a probidade formal dos administradores públicos no uso do dinheiro dos contribuintes. Do controle exercido pelo TCU, pouco se pode concluir quanto a: a) eficiência com que uma organização empregou recursos públicos; b) eficácia no atingimento das metas; c) efetividade dos órgãos públicos no atendimento às necessidades das clientelas; d) justiça social e política, na distribuição de custos e benefícios. Assim, a fragilidade do controle que o Tribunal tem exercido sobre a burocracia vem somar-se à fragilidade da malha institucional da sociedade civil, contribuindo para que a burocracia oficial permaneça imune à *accountability*”.

desenhar instrumentos compatíveis com esses princípios no exercício do controle externo do legislativo e do TCU.

3.1.2 Independência e *Accountability* Judiciais antes da Emenda Constitucional n. 45/2004

A relevância social e institucional do judiciário ampliou-se substancialmente no período após a constituição de 1988 por diversas questões. A Constituição de 1988 apresentou extenso rol de direitos fundamentais. Também, a legislação infraconstitucional concretizou amplo conjunto de direitos para pessoas físicas e jurídicas¹¹⁰ e o ordenamento jurídico brasileiro incorporou os principais tratados de direitos humanos.

No momento de estabilidade institucional, com os poderes constituídos funcionando normalmente, os cidadãos e os grupos passam a exigir a garantia e a proteção dos seus direitos e, em especial, dos direitos fundamentais. Antes de refletir sobre a busca por efetividade das normas constitucionais e a judicialização da política, questões importantes nos contextos político, social e jurídico após a Constituição Federal de 1988, deve-se apresentar a estrutura do judiciário e do ministério público.

O art. 5º, XXXV, CF, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, não podendo ser afastada da análise do judiciário ameaça ou lesão a direito.¹¹¹ Sendo assim, o judiciário julga i) conflitos entre particulares, ii) entre particulares e agentes estatais e iii) entre agentes estatais entre si.

Desse modo, no caso ii, os particulares podem requerer sanções contra agentes estatais. Trata-se de um mecanismo de *accountability* vertical não eleitoral aliado à *accountability* horizontal. Por exemplo, um cidadão apresenta ação popular contra prefeito que, ao ampliar uma rua, destrói parte de patrimônio histórico da

¹¹⁰ Como exemplo, há o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8.069/1990), o Estatuto do Idoso (lei n. 10.741/2003), Estatuto da Igualdade Racial (lei n. 12.288/2010), Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078/1990) e Lei do Inquilinato (lei n. 8.245/1991).

¹¹¹ A constituição de 1967, praticamente imposta ao congresso nacional, estabelecia que a lesão a direito individual fosse analisada pela jurisdição, nos termos do art. 150, §4º, CF/67. Esse artigo apenas fazia menção aos direitos individuais, esquecendo das outras dimensões dos direitos fundamentais. Ainda, por meio dos atos institucionais dos governos militares, existia restrição a essa garantia fundamental. Por outro lado, a Constituição de 1988 foi generosa na proteção judicial dos direitos. O art. 5º, XXXV, prevê a garantia da jurisdição tanto para lesão como para ameaça de lesão dos direitos em geral e não apenas dos direitos individuais.

cidade (*accountability* vertical não eleitoral). Nesse caso, o magistrado pode sancionar o prefeito (*accountability* horizontal).

Também, o judiciário exerce *accountability* horizontal quando julga os conflitos entre agentes estatais entre si. Por exemplo, deputados federais podem impetrar mandado de segurança contra ato da mesa do senado que proíbe que eles assistam à sessão do senado federal.¹¹²

Para que a inafastabilidade da jurisdição seja concretizada, as pessoas que não possuem recursos receberão assistência jurídica integral e gratuita do Estado, nos termos do art. 5º, LXXV, CF. Desse modo, foram estabelecidas as defensorias públicas da união, do distrito federal e estaduais para orientação jurídica e defesa dos necessitados, de acordo com o art. 134, CF.

Feitas essas reflexões, pode-se apresentar o poder judiciário a partir da constituição de 1988. Concorde-se com Clève (2011a, p. 660) que, aparentemente, não existe um judiciário com maior independência do que o brasileiro. Observa-se no judiciário pátrio extenso rol de garantias institucionais e de garantias funcionais, efetivando as independências judiciais decisional e institucional.

Sobre as garantias institucionais, há autogoverno, auto-administração, competência de iniciativa de leis relevantes para a magistratura e a auto-administração financeira. O art. 96, I, CF, afirma que os tribunais elegem sua cúpula diretiva e elaboram os seus regimentos internos.

O tradicional poder judiciário norte-americano não possui a competência de os tribunais elegerem a cúpula diretiva. Por exemplo, na Suprema Corte norte-americana, o *Chief Justice* é indicado pelo presidente da república, após sabatina do senado federal. Ainda, o cargo de *chief justice* é vitalício.

Acerca do autogoverno, os tribunais organizam a secretaria e os serviços auxiliares, além de serem responsáveis pela correição dessas atividades e serviços,

¹¹² Nesse sentido, Mandado de Segurança n. 26.900, Ministro Eros Grau, 12/09/2007: “MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SESSÃO DELIBERATIVA EXTRAORDINÁRIA DO SENADO FEDERAL. PROJETO DE RESOLUÇÃO 53/2007. PARECER 739/2007 DO CONSELHO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR SOBRE A REPRESENTAÇÃO 1/2007 QUE RECOMENDA A PERDA DO MANDATO DO PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. ACESSO AOS DEPUTADOS FEDERAIS IMPETRANTES. POSSIBILIDADE. LIMINAR DEFERIDA E REFERENDADA. I - A Sessão Deliberativa Extraordinária do Senado Federal que decide sobre a perda de mandato do Presidente do Congresso Nacional, faz com que todos os parlamentares, sejam eles membros da Câmara ou do Senado Federal, tenham legítimo interesse no desfecho da Sessão, visto que, somados, compõem o Poder Legislativo, que é exercido pelo Congresso Nacional (art. 44 da CF). II - Liminar deferida e referendada” (BRASIL, 2007).

nos dos termos do art. 96, I, 'b' CF. Ainda, a provisão de cargos de juízes de carreira e de funcionários para administração da justiça, assim como a concessão de férias, licenças e afastamentos, compete aos tribunais, de acordo com o art. 96, I, 'c', 'e' e 'f', CF.

A seleção de magistrados e de servidores auxiliares judiciais tem sido objeto de grande luta institucional entre tribunais, conselhos de justiça, legislativo e executivo. Na França, constitui-se em avanço, para a independência judicial, a participação do conselho superior da magistratura no processo de seleção de magistrados.

Na Irlanda, o presidente da república é competente para nomear os magistrados. O conselho da magistratura argentino, composto de maioria de não juízes, detém as competências de selecionar por concurso público os candidatos às magistraturas inferiores e de apresentar lista tríplice para nomeação de magistrados em tribunais inferiores.

Desse modo, o poder de os próprios tribunais, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil, formular concursos públicos para o ingresso na carreira de juiz substituto (magistrados de início de carreira) representa grande autonomia institucional do judiciário.¹¹³

Em razão do princípio da inicialidade legislativa, apenas mediante a provação do poder judiciário, pode o legislativo deliberar sobre o Estatuto da Magistratura (art. 93, *caput*, CF), a criação de novas varas judiciárias (art. 95, I, 'd', CF), a alteração do número de magistrados dos tribunais inferiores (art. 95, II, 'a', CF), a criação, a extinção e a remuneração de cargos de juízes e dos serviços auxiliares (art. 95, II, 'b', CF), a criação e a extinção de tribunais (art. 95, II, 'c', CF) e a mudança da organização e divisão judiciárias (art. 95, II, 'd', CF).

Essas também são competências fundamentais para a construção da independência judicial. Nos Estados Unidos, não existe vedação explícita na

¹¹³ Nos Tribunais Federais Regionais, nos Tribunais de Justiça estaduais e do distrito federal, nos Tribunais Regionais do Trabalho, quatro quintos desses tribunais são ocupados por magistrados de carreira promovidos por merecimento e antiguidade. De outro lado, um quinto dos membros desses tribunais é composto por profissionais advindos da advocacia e do ministério público. No Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Superior do Trabalho, os magistrados são nomeados pelo presidente da república após aprovação do senado federal, sendo os membros desses tribunais compostos por juristas originalmente pertencentes à carreira de magistrados, ao ministério público e à advocacia. Por fim, os magistrados do STF são escolhidos pelo presidente da república após sabatina do senado federal entre juristas com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco com notável saber jurídico e moral ilibada. Sobre as justiças federais especializadas militar e eleitoral, cf. os arts. 118 a 124, CF.

constituição federal para que o congresso altere a composição dos tribunais, crie e suprima tribunais e altere a organização e a divisão judiciárias.¹¹⁴

De outro lado, os poderes executivo e legislativo federais norte-americanos construíram costumes constitucionais que gradativamente foram ampliando a independência judicial. Como se constitui em costume, nada obsta que esses costumes sejam revistos e a independência judicial institucional seja reduzida nos Estados Unidos.

Sobre a administração financeira, compete ao judiciário apresentar sua proposta de orçamento, nos termos do art. 99, CF. Também, o poder judiciário recebe até o dia 20 a dotação orçamentária, de acordo com o art. 168, CF.

Na França, os presidentes do tribunal de apelação requisitam orçamento para os tribunais sob sua jurisdição, porém compete ao ministro da justiça a apresentação da proposta de orçamento para o judiciário. Na Irlanda, a proposta de orçamento é apresentada pelo ministro da justiça, o qual leva em consideração o plano estratégico construído pelo *Courts Service*.

Na Argentina, o conselho da magistratura, composto majoritariamente por membros exteriores à magistratura, participa intensamente da elaboração da proposta orçamentária do judiciário. Assim, a competência atribuída ao judiciário brasileiro mais uma vez auxilia na construção de grande independência judicial institucional.

As garantias funcionais da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos encontram-se no art. 95, I, II e III, CF, sendo previstas vedações ao exercício de outro cargo público com exceção de magistério superior, ao recebimento de custas ou à participação em atividade político-partidária, de acordo com o art. 95, parágrafo único, CF.

Sobre a vitaliciedade, o magistrado apenas adquire em primeiro grau após dois anos. Nesse período, há perda de cargo por deliberação do tribunal que ele se encontra vinculado. Os juízes vitalícios, por sua vez, apenas perdem o cargo por sentença judicial transitada em julgado.¹¹⁵

¹¹⁴ Por exemplo, no final do século XIX, o congresso federal norte-americano criou tribunais de apelação. No início do século XX, criou e rapidamente extinguiu o tribunal de comércio. Também, no século XIX, ampliou e reduziu a composição da Suprema Corte norte-americana.

¹¹⁵ Nos casos de crime de responsabilidade, há perda do cargo dos ministros do STF por julgamento do senado federal, de acordo com o art. 52, II, CF.

Sobre a vitaliciedade, ela inexistente em muitos estados-membros norte-americanos. Com o intuito de aumentar a relação do povo como *principal* e os magistrados como agentes, a maior parte dos estados-membros norte-americanos utiliza eleições judiciais competitivas (vários candidatos apresentam-se para o pleito) ou eleições judiciais de retenção. Nesse caso, aumenta-se a *accountability* judicial exterior (externa), porém se diminui a independência judicial institucional e pode-se afrontar a independência judicial decisional, conforme visto no segundo capítulo.

A violação à independência judicial decisional tende a ocorrer por ausência de informações sobre *accountability* judicial comportamental e pela ausência de cultura política de que o voto em eleições judiciais não deve ser usado para sancionar os magistrados pelas suas decisões (*accountability* judicial decisional), e sim pela sua *accountability* judicial comportamental.

No Brasil, os magistrados como regra possuem vitaliciedade no exercício da magistratura, sendo aposentados compulsoriamente aos 70 anos.¹¹⁶ Sobre a proteção da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, no contexto de crise europeia, a constituição irlandesa permite a redução dos subsídios dos magistrados, desde que sejam reduzidos os dos outros funcionários públicos. No Brasil, a garantia da irredutibilidade não foi relativizada.

Além de instrumentos de independência, a constituição de 1988 enfrentou o tema do controle do poder judiciário (CLÈVE, 2011a, p. 663-665). No que se refere às decisões, observa-se constitucionalmente a apresentação das competências originais e recursais, podendo os jurisdicionados apresentarem recursos contra decisões que não concordem.

Trata-se de modalidade de *accountability* judicial decisional interna importante e legítima. Por meio da possibilidade de os litigantes apresentarem recursos, há garantias de que os fatos avaliados equivocadamente sejam revistos e de que uma decisão relevante política e socialmente possa ser avaliada por outros magistrados.

A existência de recursos judiciais ganha ainda mais relevo no Brasil que possui controle difuso de constitucionalidade. O artigo 5º, XXV, CF, afirma que nenhuma ameaça ou lesão a direito pode ser afastada da apreciação do judiciário, conforme visto acima.

¹¹⁶ A exceção são as vagas para magistrados oriundos da advocacia nos Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral que são ocupadas por período fixo.

Desse modo, os magistrados competentes para julgar uma lide são responsáveis por garantir direitos previstos constitucionalmente, podendo no caso concreto trazido à jurisdição declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos que na sua livre interpretação violam a constituição. De outro lado, como existem diversas interpretações possíveis para um mesmo texto legal e há a presunção de constitucionalidade das leis, nada mais adequado que permitir uma revisão dessa interpretação por meio de recurso judicial.

Também se observam os princípios da publicidade e da motivação das decisões. Nos termos do art. 93, IX, CF, os julgamentos dos órgãos do poder judiciário são públicos, podendo existir limitação à publicidade por lei em razão do interesse público. Também, o art. 93, IX e X, CF, impõe a motivação das decisões judiciais e das decisões administrativas de juízes e de tribunais.

Esses dispositivos garantem os elementos da *accountability* informação e justificação. Os litigantes de maneira direta e a população de maneira indireta têm interesse em obter informações sobre as decisões judiciais e em analisar as justificações da decisão.

Apenas com esses elementos, os litigantes podem apresentar os recursos cabíveis. Também, por meio da análise de casos e de decisões, os estudiosos do direito podem refletir sobre os julgados, apontando equívocos e críticas.

De certa forma a doutrina crítica pode funcionar como sujeito de *accountability* social e de *accountability* social decisional difusa. Na análise de importantes decisões jurídicas, a doutrina pode expor publicamente os equívocos que a partir de determinadas construções teóricas os magistrados incorreram.

Essa função da doutrina pode aplicar a sanção branda da *accountability* social de exposição pública, podendo essa decisão ser revista no futuro em caso semelhante e por recurso judicial. Vislumbra-se nessa forma de atuação da doutrina uma legítima aplicação de *accountability* judicial decisional no Estado Democrático de Direito, já que esse modelo de Estado estrutura-se nas liberdades de expressão, de pensamento e científica.

Esse papel crítico dos juristas torna-se ainda mais relevante em virtude da ampliação das ações de controle concentrado de constitucionalidade e dos legitimados ativos. Até o advento da Constituição de 1988, somente o procurador geral da república era legitimado para propor representação por

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, nos termos do art. 114, I, 'I', CF/67.

O procurador-geral da república era indicado pelo presidente e aprovado pelo senado federal, sendo pessoa de notável saber jurídico, moral ilibada e maior de trinta e cinco anos, nos termos do art. 138, *caput*, CF/67. Também, o ministério público federal representava a união em juízo, segundo o art. 138, § 2º, CF/67.

Essa questão trazia alguns problemas de *accountability*. Existia uma relação institucional profunda entre executivo e ministério público, a qual prejudicava o exercício da *accountability* institucional do executivo e do legislativo pelo ministério público.

Ainda, competia ao chefe do ministério público federal exclusivamente iniciar um processo importante de *accountability* institucional do executivo e do legislativo. Em representação de inconstitucionalidade, eram analisadas informações e justificações para a aplicação ou não da sanção de inconstitucionalidade de leis e de atos normativos federais e estaduais. O STF, convencido sobre a inconstitucionalidade, aplicava a sanção de anulação desses atos normativos.

O executivo federal possuía o suporte de maior parte do congresso nacional pela Arena, aprovando as leis que julgasse necessárias. Ainda se utilizava de atos institucionais que ao seu arbítrio alteravam as ordens política e jurídica sem a necessidade de consentimento formal dos legisladores.

De outro lado, somente o procurador-geral da república poderia propor representação de inconstitucionalidade ao supremo como um mecanismo de sanção contra exercício de poder inconstitucional pelo legislativo e pelo executivo. Como o legitimado ativo exclusivo era escolhido pelo presidente da república e ainda era responsável pela defesa da união, essas relações diminuía bastante a independência do procurador-geral da república para iniciar o processo de *accountability* institucional sobre os executivo e legislativo.

Duas providências na Constituição de 1988 foram tomadas para ampliação da *accountability* institucional do executivo e do legislativo por meio de controle concentrado de constitucionalidade no STF: i) concessão de maior independência institucional ao ministério público e ii) ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura de controle concentrado.

O ministério público constitui-se em instituição permanente e essencial à jurisdição, sendo competente para a defesa da ordem jurídica, do regime

democrático e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, nos termos do art. 127, *caput*, da constituição. Essas competências relacionam-se diretamente com o tema da *accountability*.

O poder no Estado Democrático de Direito repousa no povo, devendo ser estabelecidos mecanismos de *accountabilities* vertical e horizontal para efetivação da democracia constitucional. Nesse contexto, o ministério público atua de maneira relevante ao ser fiscal da ordem jurídica e defensor dos direitos individuais e sociais indisponíveis.

Essas competências tratam-se de funções de *accountability* legal. O ministério público analisa dentro das suas competências se os particulares e os agentes estatais violaram a lei e os direitos individuais e sociais indisponíveis, buscando a aplicação de sanções judiciais ou extrajudiciais.

Não há dúvidas de que a sanção judicial após a proposição de ação judicial pelo ministério público é a modalidade mais grave de sanção que pode ser aplicada. De outro lado, a mera apresentação da ação já expõe publicamente o agente estatal, sendo uma modalidade de sanção por meio da exposição pública.

Também, de maneira consensual, o ministério público, de um lado, e os particulares e agentes estatais, de outro, podem firmar termo de ajustamento de conduta, sendo também uma modalidade ampla de sanção não-judicial.¹¹⁷

O artigo 129, CF, apresenta as funções (competências) do ministério público, sendo as mais relevantes para a construção de instrumentos de *accountability*: i) zelar pelo respeito aos direitos constitucionais pelos agentes estatais, ii) exercer controle externo das atividades policiais e iii) exercer outras funções conferidas pela lei, sendo vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de agentes estatais.

A competência de fiscalizar os agentes estatais é uma atribuição ampla de *accountability* horizontal legal, sendo essencial principalmente na análise das ações de agentes estatais não eleitos que não passam pelo crivo da *accountability* vertical eleitoral. A polícia, subordinada ao executivo, é instrumento importante de

¹¹⁷ Antes do ajuizamento de ação civil pública (ACP) para a proteção de direitos coletivos e difusos, o ministério público, nos termos do art. 129, III, CF, pode instaurar inquérito civil. Este se trata de procedimento administrativo e investigatório em que se buscam informações para futura proposição de ACP. No inquérito civil, o ministério público e o investigado podem firmar compromisso de ajustamento de conduta em que este se obriga a adequar sua conduta aos ditames legais e constitucionais. O termo de ajustamento de conduta possui natureza jurídica de título executivo extrajudicial, de acordo com o art. 5º, § 6º, da lei n. 7.347/85.

segurança pública, porém necessita ser constantemente fiscalizada por mecanismos internos do executivo e pelo controle externo do ministério público. Essa fiscalização e o controle são fundamentais para que os direitos legais e constitucionais dos acusados não sejam violados pelas rotinas formais e informais da polícia.

Com a vedação constitucional de o ministério público representar judicialmente e prestar consultoria jurídica ao legislativo e ao executivo, a sua independência institucional aumenta. Existem também importantes garantias institucionais e funcionais previstas constitucionalmente.

No âmbito institucional, assim como o judiciário, o ministério público possui autonomias funcional, administrativa e orçamentária, nos termos do art. 127, §§ 2º e 3º, CF. No que se referem às garantias funcionais, os membros do Ministério Público são dotados de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos salários, segundo o art. 128, § 5º, I, CF.¹¹⁸

Sobre a admissão, os membros do ministério público integram a carreira a partir da aprovação em concurso de provas e títulos organizado pela própria instituição com participação da Ordem dos Advogados do Brasil. Desse modo, o procurador-geral da república, chefe do ministério público federal e um dos legitimados para propositura de controle de constitucionalidade concentrado no STF, é necessariamente um membro do ministério público federal indicado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal, segundo o art. 128, § 1º, CF.

Sobre os princípios de institucionais do ministério público, há a unicidade, indivisibilidade e independência funcional, nos termos do art. 127, § 1º, CF. Sobre a independência funcional, entende-se que os membros do ministério público exercem suas competências a partir da livre interpretação das leis e da constituição.

O ministério público é dividido em ministério público da união, este subdividido em ministério público federal, ministério público do trabalho, ministério público militar e ministério público do distrito federal e territórios, e ministérios públicos estaduais, de acordo com o art. 128, I e II, CF. O princípio da unicidade afirma que todos os membros da carreira em um dos ramos integram um só órgão. Por sua vez, o

¹¹⁸ A busca por independência institucional encontra-se insculpida no art. 128, 5º, II, CF, nas vedações: i) exercer advocacia, ii) participar de sociedade comercial nos termos da lei, iii) exercer outra atividade pública com exceção do magistério e iv) exercer atividade político partidária.

princípio da indivisibilidade afirma que um membro do ministério público pode substituir o outro nas suas funções em conformidade com as leis postas.

Além de a independência institucional do ministério público permitir o melhor exercício da *accountability* horizontal em geral, ela propiciou uma maior autonomia no exercício da legitimidade ativa no controle de constitucionalidade concentrado pelo procurador-geral da república. A *accountability* horizontal aumentou com a ampliação dos legitimados ativos das ações concentradas de constitucionalidade.

O texto originário da constituição federal prevê a ação direta de inconstitucionalidade contra lei e ato normativo federal e estadual. De outro lado, a emenda constitucional n. 3 de 1993 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Também a constituição estabeleceu a arguição de descumprimento de preceito fundamental, de acordo com o art. 102, parágrafo único, CF (redação originária) e com o art. 102, §1º, CF (redação da emenda constitucional n. 3). De acordo com o art. 1º, parágrafo único, I, da lei n. 9.882 de 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível quando existe fundada controvérsia na afronta a preceito fundamental por lei ou ato federal, estadual e municipal anteriores ou posteriores à promulgação da constituição.¹¹⁹

Os legitimados para a propositura da ação direta de constitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental são, de acordo com o art. 103, CF e com o art. 2º, I, lei n. 9.882 de 1999, i) presidente da república, ii) mesa do senado federal, iii) mesa da câmara dos deputados, iv) mesa da assembleia legislativa ou da câmara legislativa do distrito federal, v) governador de Estado ou do distrito federal, vi) procurador geral da república, vii) conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil, viii) partido político com representação no congresso nacional e ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ampliação dos legitimados ativos foi uma demanda da sociedade civil organizada, pois permite que mais agentes estatais (presidente da república, mesas do senado federal e da câmara dos deputados, governadores, mesa de assembleia legislativa e procurador geral da república) e grupos da sociedade civil organizada

¹¹⁹ É complexo definir no que se constitui preceito fundamental. De outro lado, concorda-se com Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1336) que preceito fundamental diz respeito à divisão dos poderes, forma federativa do Estado e direitos e garantias individuais.

(conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no congresso nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) provoquem o controle abstrato de constitucionalidade.

De um lado, com o aumento dos agentes estatais que podem propor ação de controle concentrado, ampliou-se a *accountability* horizontal. Por outro lado, com a possibilidade de grupos sociais proporem ações concentradas de constitucionalidade no STF, mescla-se *accountability* vertical não eleitoral (grupos sociais apresentarem demandas) com *accountability* horizontal (declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do STF).

Mesmo com a inexistência de eleições competitivas ou de retenção no judiciário brasileiro, busca-se temperar a seleção de juízes por concursos públicos com outras formas de escolha de magistrados como i) um quinto dos magistrados dos tribunais seja composto por advogados e membros de ministério público (art. 94, CF) e ii) a participação popular na justiça nos júris (art. 5º, XXXVIII, CF), nos juzizados especiais por meio de magistrados leigos (art. 98, I, CF) e na justiça de paz (art. 98, II, CF).

Pela apresentação do desenho constitucional do Estado Democrático de Direito e do judiciário brasileiros, a concepção de que o judiciário é um poder extremamente dependente do executivo defendida por Campos e pela primeira argumentação de O'Donnell sobre a democracia delegativa encontra-se equivocada. A independência judicial institucional do judiciário brasileira é enorme, além de ser garantida a independência judicial decisional.

Não se duvida de que no momento atual o poder executivo e, em especial, o executivo federal possui grandes poderes e participação política. Por sua vez, em virtude das garantias institucionais e funcionais do judiciário e do amplo grau de controle de constitucionalidade judicial (difuso e concentrado), o desenho institucional permite forte participação do judiciário como ator político e social.

Pela exposição normativa, há independência judicial decisional. A *accountability* judicial decisional legítima no Brasil acontece por meio i) do sistema recursal, ii) do processo de indicação do magistrado de tribunais superiores pelo presidente da república e aprovação do senado federal e iii) da discussão crítica da doutrina e da sociedade civil, a qual se encontra amparada pela liberdade de expressão e pensamento.

De outro lado, a independência judicial institucional é grande em virtude das autonomias institucionais (autogoverno, auto-administração, competência de iniciativa de leis relevantes para a magistratura e a autonomia orçamentária), das garantias funcionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos) e do processo de seleção de juízes substitutos pelo próprio judiciário.

Nesse momento, resta a análise da *accountability* judicial comportamental, que reside na responsividade dos juízes pela sua conduta perante as partes, os advogados, os funcionários judiciais e o povo (BRODY, 2008, p. 10). Conforme visto acima, nessa modalidade de *accountability* diversas características são albergadas como imparcialidade, integridade, urbanidade e eficiência na prestação judicial.

A *accountability* judicial comportamental é disciplinada pela Lei Orgânica da Magistratura, a qual deve necessariamente obedecer a uma série de comandos postos na Constituição de 1988 e, em especial, pelo art. 93, CF. A lei complementar n. 35/1979 foi parcialmente recepcionada pela constituição, sendo a Lei Orgânica da Magistratura atualmente vigente.¹²⁰

A promoção de entrância para entrância dos magistrados acontece alternadamente por antiguidade e por merecimento.¹²¹ Sobre a promoção por merecimento, deve ser registrado, nos termos do art. 93, II, 'a', 'b' e 'c', CF, que i) o magistrado que figurar três vezes consecutivas ou cinco alternadas na lista de merecimento deve ser promovido, ii) a promoção por merecimento pressupõe que o juiz esteja pelo menos há dois anos na respectiva instância e figure na primeira quinta parte da lista de antiguidade, iii) constituem-se em parâmetros para esta modalidade de promoção a presteza e a segurança na prestação jurisdicional e participação em curso de aperfeiçoamento.¹²²

Essa forma de valorizar o merecimento é insuficiente para concretizar a *accountability* judicial comportamental. Como bem colocou Campos, somente valorizar o merecimento como uma das modalidades de promoção é insuficiente. A razão é simples: aqueles que não buscam desenvolver um prestação jurisdicional eficiente e um constante aperfeiçoamento por meio de cursos e estudos serão promovidos por antiguidade.

¹²⁰ Neste momento, será apresentada a regulação jurídica antes da promulgação da emenda constitucional n. 45/04.

¹²¹ Essa regra é reafirmada na promoção para os tribunais de segundo grau nos termos do art. 93, III, CF.

¹²² Esta regra é reafirmada no art. 93, IV, CF.

De acordo com o art. 93, II, 'd', CF, somente não será promovido por antiguidade o magistrado que for rejeitado por dois terços dos magistrados do seu tribunal. Essa forma de desenho institucional das promoções não produz incentivos adequados para a melhoria da prestação jurisprudencial e da *accountability* judicial comportamental.

Por sua vez, constitui-se em dever do magistrado titular residir na sua comarca, segundo o art. 93, VII, CF. No que se refere aos atos de remoção, de disponibilidade e de aposentadoria do magistrado por interesse público, exige-se aprovação por dois terços do tribunal, sendo assegurada a ampla defesa ao magistrado, de acordo com o art. 93, VIII, CF.

De outro lado, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) apresenta importantes regulamentações sobre a *accountability* judicial comportamental. Constituem-se em deveres dos magistrados, segundo o art. 35, LOMAN: i) cumprir as leis e os atos de ofício com a devida independência e serenidade, obrigando também os demais agentes e os particulares a cumprir a lei dentro da sua competência jurisdicional, ii) gerenciar adequadamente o processo para que os atos processuais sejam realizados nos prazos legais, iii) tratar com urbanidade a todos no exercício da sua função e atender aqueles que procurarem o magistrado para providência de urgência, iv) ser pontual nos horários de início de expediente e das sessões, não se ausentando antes do término sem justificativa, v) fiscalizar assiduamente os subordinados e vi) manter conduta irrepreensível nas suas vidas pública e particular.

Sobre os outros deveres dos magistrados previstos na LOMAN, há i) a vedação no exercício de comércio ou sociedade comercial (empresa), exceto como quotista e acionista (art. 36, I), ii) proibição de manifestar-se sobre processo pendente de julgamento seu ou de outro magistrado, não podendo ainda fazer juízo depreciativo sobre atos processuais de órgãos judiciais com exceção das críticas feitas nos autos, em obras técnicas e no exercício do magistério (art. 36, III), iii) remeter até o dia dez de cada mês ao corregedor do seu tribunal informações sobre os processos sob sua jurisdição, as justificações sobre o excesso de prazo para a prática dos atos processuais e a indicação do número de sentenças prolatadas (art. 39).

Esses deveres impõem um rol de comandos que auxilia na busca por *accountability* judicial comportamental. O magistrado possui independência judicial

decisional para julgar os feitos sobre sua jurisdição. Desse modo, outro colega de profissão não pode tecer críticas ressalvadas as exceções postas na LOMAN.

A independência judicial decisional significa a livre interpretação das leis e da constituição. Assim, por óbvio, o magistrado deve seguir as leis conforme sua interpretação, obrigando que os seus jurisdicionados também assim o façam. Também, nas suas atividades cotidianas, os juízes necessitam seguir as normas processuais e os prazos legais.

Um elemento relevante da *accountability* judicial comportamental consiste no magistrado tratar com urbanidade e presteza os litigantes, os operados do direito e pessoas com quem se relaciona na prestação da jurisdição. Esse tratamento diligente inclui o cumprimento dos horários estabelecidos para a realização de atos processuais.

Ainda, a remessa mensal de relatórios à corregedoria do tribunal constitui-se em importante instrumento de *accountability* judicial comportamental. Nesses relatórios, os magistrados informam os processos sob sua jurisdição e as sentenças prolatadas, além de justificarem o não cumprimento dos prazos processuais. A análise criteriosa desse relatório permite uma importante forma de *accountability* horizontal entre magistrados e corregedor de justiça.

Nos tribunais, existe também interessante mecanismo de *accountability* judicial comportamental. De acordo com o art. 37, LOMAN, os tribunais, sob competência e responsabilidade do presidente do tribunal, devem publicar relatório mensal na imprensa oficial sobre o número de votos prolatados por cada membro do tribunal e os números de processos distribuídos, de pedidos de vistas recebidos e de processos conclusos para voto, despacho, lavratura de acórdão que excederam o prazo.

As sanções disciplinares administrativas aplicáveis aos magistrados são advertência, censura, remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e perda de cargo (demissão), de acordo com o art. 42, LOMAN. Sobre as penas de advertência e censura, elas são aplicáveis apenas aos magistrados de primeira instância, segundo o art. 42, parágrafo único, LOMAN.

A advertência aplica-se reservadamente e por escrito ao magistrado nos casos de negligência no cumprimento dos deveres do cargo. Já a censura será

empregada quando há reincidência na não observância dos deveres judiciais ou pela não observância do procedimento correto.

O juiz apenado com a censura não poderá figurar na lista de promoção por merecimento pelo prazo de um ano, nos termos do art. 44, parágrafo único, LOMAN. O procedimento para apuração de advertência e censura ocorrerá conforme o disposto nos regimentos internos dos tribunais.

Cabe ao tribunal ou órgão especial a aplicação da remoção e disponibilidade como sanções, de acordo com o art. 45, LOMAN. A perda de cargo como sanção administrativa apenas ocorrerá para magistrados não vitalícios em conformidade com a prescrição constitucional.

Antes da Constituição de 1988, o poder disciplinar era exercido pelo tribunal que se encontrava vinculado o magistrado e pelo Conselho Nacional da Magistratura. De acordo com o art. 21, V, LOMAN, os tribunais exercem a direção e a disciplina dos órgãos e serviços que são subordinados. Para o exercício do poder disciplinar, existem as corregedorias de justiça dos tribunais.

A competência do Conselho Nacional da Magistratura constituía-se i) receber reclamações sobre membros dos tribunais, ii) avocar processos disciplinares dos magistrados de primeira instância, iii) determinar a disponibilidade e a aposentadoria com provimentos proporcionais ao tempo de serviço de magistrados de primeiro grau e membros de tribunais, segundo o art. 50, LOMAN.

Sobre a reclamação contra membros de tribunais, ela deveria ser apresentada por escrito, com documentos probatórios e devidamente fundamentada. A ampla defesa e o contraditório eram assegurados aos magistrados, sendo as sessões de julgamento secretas e publicadas apenas a parte dispositiva do acórdão, de acordo com o art. 52, LOMAN.

No que se refere ao poder de avocar processos disciplinares, eram legitimados a instaurar essas medidas i) procurador geral da república, ii) presidente do conselho federal ou estadual da OAB e iii) procurador geral de justiça do estado-membro. Esse pleito era cabível em até sessenta dias após a decisão final ou se em três meses o tribunal não proferir o julgamento, nos termos do art. 53, *caput*, LOMAN.

Nesse procedimento, também existia garantia de contraditório do magistrado, além de o relator do processo disciplinar no tribunal prestar esclarecimentos e

remeter informações sobre o caso em apreço. Esses processos avocados também eram sigilosos, segundo o art. 54, LOMAN.

No que se refere à composição do Conselho Nacional da Magistratura, ele era composto por sete ministros do STF. Com o advento da Constituição Federal de 1988, tendo por objetivo ampliar a independência institucional dos tribunais, o referido conselho foi extinto.

Essa alteração no desenho institucional do judiciário diminuiu a *accountability* judicial comportamental. Após a Constituição de 1988, competia apenas ao tribunal exercer o poder disciplinar sobre os magistrados, não existindo mais a possibilidade de um Conselho de Magistratura rever os processos disciplinares contra juízes e conhecer de reclamações contra membros de tribunais.

A extinção do conselho afrontou uma regra de *accountability* horizontal. Explica-se. Deve sempre existir um agente estatal com poder para interferir, rever e fiscalizar a atuação de outro agente estatal. No novo contexto, as sanções disciplinares eram de única competência dos tribunais.

Também, após a Constituição de 1988, as corregedorias e os tribunais exerciam controle sobre os magistrados de primeiro grau, porém não realizavam uma fiscalização substancial sobre os juízes de segundo grau.¹²³ Desse modo, pela análise do desenho institucional normativo do Estado Democrático de Direito e do judiciário brasileiros, encontra-se correto O'Donnell quando afirmou que o judiciário brasileiro é um agente de *accountability* horizontal relevante após a Constituição de 1988, mas com severos déficits de *accountabilities* interno e externo.

Apesar de existirem deveres judiciais previstos no Estatuto da Magistratura, não se observava um desenho institucional do judiciário com adequados incentivos para a realização da *accountability* judicial comportamental.

¹²³ Institucionalmente, como regra, as corregedorias dos tribunais exercem poder disciplinar sobre os magistrados de primeiro grau, pois os corregedores possuem o mesmo grau hierárquico dos magistrados dos tribunais. De outro lado, compete ao presidente do tribunal, eleito pelos membros dos tribunais, conduzir os processos disciplinares contra magistrados de segundo grau. Os juízes, assim como os homens em geral, não podem ser vistos como anjos ou demônios, parafraseando os federalistas. A questão no Estado Democrático de Direito é construir desenhos institucionais com incentivos adequados aos ditames da democracia constitucional. Essa forma de desenho institucional não fornece bons incentivos para a efetivação da *accountability* judicial comportamental dos magistrados e, em especial, dos membros dos tribunais.

3.1.3. Mudanças nos Contextos Político e Jurídico após a Constituição de 1988 e Discussão sobre a Criação do Conselho Nacional de Justiça

O judiciário brasileiro normativamente possui grandes independências judiciais institucional e decisional e *déficits de accountability* judicial. Em razão do contexto político de funcionamento das instituições do Estado Democrático de Direito brasileiros, do controle de constitucionalidade judicial e da incorporação do judiciário como ator político fundamental, observou-se a judicialização da política.

O processo de judicialização da política acontece no Brasil principalmente após a Constituição de 1988, porém se trata de um processo global nos Estados Democráticos de Direito. Também, a judicialização da política constitui-se em questão maior do que o mero ativismo judicial.

Em linhas gerais, o ativismo pode ser conceituado como qualquer atuação do magistrado que vai além de uma interpretação mecanicista e somente comprometida com a efetivação da vontade do legislador ordinário. De outro lado, a judicialização da política trata-se de um processo mais complexo que envolve a atribuição de novos poderes ao judiciário e uma maior demanda por participação do judiciário em temas que, originalmente no Estado de Direito da *Civil Law*, atribuía-se aos poderes executivo e legislativo.

Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 39) apontam três importantes questões para a judicialização da política nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos: tribunais internacionais, constitucionalismo após Segunda Guerra Mundial e Estado Social de Direito. A primeira questão diz respeito à constituição de tribunais internacionais principalmente com o objetivo de sancionar as violações aos direitos humanos.

Os tribunais internacionais são novos e importantes agentes de *accountability* horizontal. O papel dos tribunais internacionais passa a ter destaque com o Tribunal de Nuremberg, que foi responsável por julgar os crimes contra a humanidade praticados pelos nazistas.

A grande questão dos tribunais internacionais que julgam as violações aos direitos humanos encontra-se na possibilidade de agentes estatais nacionais e particulares serem sancionados pelo direito internacional (VIANNA; BURGOS;

SALLES, 2007, p. 39). Os tribunais internacionais começaram a ganhar força por meio da atuação de cortes regionais de direitos humanos.

Na Europa, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em Strasbourg, na França, foi responsável por importantes alterações sociais e jurídicas nos países europeus.¹²⁴ Em razão da necessidade de os magistrados concretizarem os direitos humanos em suas decisões pela constante fiscalização da Corte de Strasbourg, um maior papel político foi conferido ao judiciário francês. De outro lado, o *Human Rights Act* de 1998 incorporou os direitos prescritos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, permitindo a declaração de incompatibilidade de lei com a convenção.

O Brasil não ficou alheio a esse fenômeno. Após a Constituição de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram incorporados. Sendo um exemplo a Convenção Americana de Direitos Humanos incorporada em 1992.

O artigo 62 da Convenção Americana prevê a Corte Interamericana de Direitos Humanos como interprete e aplicadora da convenção, podendo a corte i) determinar que o Estado-parte proteja um direito humano violado em seu Estado, ii) repare os danos e iii) pague indenização aos cidadãos que tiveram seus direitos humanos violados, nos termos do art. 63 da Convenção Americana.

Em 10 de dezembro de 1998, seguindo o prescrito na Convenção, o Brasil reconheceu a jurisdição interamericana para conhecer de casos apresentados pelos Estados-partes e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Diversas decisões importantes foram tomadas contra o Brasil pela Corte, sendo a primeira decisão em 04 de julho de 2006 no caso Ximenes Lopes vs. Brasil, tratando-se de cidadão brasileiro que foi internado em instituição psiquiátrica e morreu quatro dias após sua internação.¹²⁵

A segunda questão estrutural que impôs a judicialização da política nos Estados Democráticos de Direito Contemporâneos encontra-se na defesa e na promoção dos valores da democracia constitucional também após a Segunda

¹²⁴ Sobre essa questão, cf. Ferejohn, 2002, p. 42-43.

¹²⁵ A corte nesse caso considerou a violação aos direitos à vida, à integridade física, às garantias judiciais e à proteção judicial. Importante observar que apenas é possível acionar o sistema regional de proteção aos direitos humanos, assim como o sistema global, após a busca por proteção do sistema nacional. Sobre esse primeiro caso, cf. Lapa; Paul, 2007. No caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, referente à guerrilha do Araguaia, em 24 de novembro de 2010, a corte declarou que a lei de anistia brasileira é incompatível com a convenção e que ocorreram inúmeras violações aos direitos humanos, estabelecendo várias obrigações ao Estado brasileiro (adequação da legislação interna, persecução penal sobre a guerrilha do Araguaia, indenização civil e outras ações). Cf. OEA, 2010.

Guerra Mundial. Por exemplo, na Itália e na Alemanha, após a sistemática violação aos direitos humanos pelos poderes instituídos no Estado, era preciso desenhar institucionalmente limites à legislação posta pelo poder executivo com participação do executivo.

Importante observar que o desenho anterior dos tribunais ordinários não colocou limites às afrontas aos direitos humanos.¹²⁶ Nesse contexto, novas cortes constitucionais foram estabelecidas para garantir a proteção aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

Com o estabelecimento de um modelo de democracia constitucional no Brasil e do papel de controle de legalidade e de constitucionalidade atribuído aos magistrados, sendo dotado o judiciário de independências judiciais institucional e decisional, a judicialização da política implantou-se. Como qualquer litigante pode requerer a aplicação da constituição no seu caso concreto e inúmeros agentes estatais e grupos da sociedade civil apresentam ações de controle judicial concentrado de constitucionalidade, a judicialização tornou-se uma realidade.

Como colocam Vianna, Burgo e Salles (2007, p. 42) há a incorporação da sociedade civil na comunidade de intérpretes da constituição. Essa é uma afirmação importante e parcialmente verdadeira.

Por meio de ações coletivas como mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ações concentradas de constitucionalidade, as associações e os grupos da sociedade civil apresentam suas lutas sociais na linguagem dos direitos e propõem aos magistrados suas interpretações constitucionais. Nesse contexto, é verdadeiro que a sociedade civil passou a integrar a comunidade de intérpretes. Por sua vez, não se pode esquecer que o principal intérprete constitucional, em virtude do poder de impor sua decisão, é o judiciário, um conjunto de agentes estatais não eleitos e com déficits de *accountability*, no Brasil.

O terceiro eixo da judicialização da política observa-se no estabelecimento do Estado Social de Direito e na revisão dessa proposta estatal. Relevantes direitos sociais como educação, trabalho, saúde, moradia, segurança, lazer, seguridade

¹²⁶ De acordo com Ferejohn (2002, p.56): “The need to ensure that ordinary lawmaking would be regulated by fundamental values was especially urgently felt in Italy and Germany: The ordinary lawmaking processes in those countries had completely failed to respect human rights during the fascist and nazi periods. Not only was the legislature suspect as a defender of fundamental rights, so too were the ordinary courts, which had done little to control or limit the impact of authoritarian legislation”.

social, conforme visto no capítulo um, foram introduzidas nas constituições principalmente no século XX.

Os direitos em geral e, especialmente, os direitos sociais apenas tornam-se realidade a partir de políticas públicas. As políticas públicas são discutidas pela sociedade civil e pelos agentes estatais, sendo coordenada sua implantação principalmente pelos agentes estatais eleitos do executivo e do legislativo e pelos burocratas do executivo.

Com a introdução desses direitos na constituição, o judiciário também passou a constituir-se em relevante ator social na construção dessas políticas, que precisa ser levado em conta na sua formulação e na sua concretização. Desse modo, concorda-se com Sadek (2004, p. 9) que esse papel do judiciário amplia o caráter consociativo da democracia brasileira, pois exige amplo consenso de agentes estatais e da sociedade civil para que uma política seja concretizada.

Integrar o judiciário dentro do jogo político trata-se de tarefa complexa para os outros atores sociais. O judiciário manifesta-se após provocação da jurisdição e depois de uma decisão política ter sido concretizada por meio de ações, de leis e de atos normativos. Como há um conjunto amplo de interpretações constitucionais possíveis, em diversos momentos não se sabe se os magistrados irão declarar a inconstitucionalidade de um ato ou lei.

A judicialização da política mostra-se de forma ainda mais marcante nos processos de revisão de alguns institutos do Estado Social de Direito.¹²⁷ Nas décadas de oitenta do século passado, nos países centrais, aconteceu uma revisão no papel interventor e regulador do Estado na economia e na sociedade, estabelecendo políticas neoclássicas ou neoliberais.

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, no momento em que os países centrais reviam algumas estruturas do Estado Social de Direito, prescreveu esse modelo de Estado. Na década de noventa, no Brasil, os processos de revisão da administração pública e de privatização de empresas públicas foram implantados pelas ações dos legislativos e executivos federais e estaduais.

¹²⁷ Nas palavras de Vianna, Bulos e Salles (2007, p. 40), “As reformas neoliberais afrouxam, quando não retiram de cena, as escoras que asseguravam direitos a amplos setores sociais, ao mesmo tempo em que provocam, inclusive pela reestruturação do sistema produtivo, o retraimento da vida sindical e da vida associativa em geral. (...). Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário (...)”.

A independência judicial decisional aliada à previsão de direitos sociais e da estrutura do Estado Social de Direito na Constituição de 1988 permitiu que grupos da sociedade civil requeressem judicialmente aos juízes competentes a invalidação dos processos de privatização e de reformas constitucionais como da previdência. Essas ações conseguiram retardar ou, com menor intensidade, impossibilitar a realização de privatizações.¹²⁸

Essas três questões estruturais da judicialização da política nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, as quais se encontram presentes no Brasil, forjaram três modalidades de judicialização da política. Ferejohn (2002, p. 41) classifica as modalidades de judicialização em: i) imposição de limites ao legislativo e ao executivo nas decisões legais, ii) formulação de políticas públicas a partir da aplicação da livre interpretação da constituição e iii) regulação dos comportamentos políticos de grupos de interesses, partidos políticos e agentes estatais nos processos e nos procedimentos democráticos e eleitorais (FEREJOHN, 2002, p. 41).

A judicialização da política como limitação ao poder legislativo existe faz tempo nos Estados Unidos, assim como a formulação de políticas públicas com participação judicial. *Marbury vs. Madison* representa um caso clássico de limites ao poder de legislar e *Brown vs. Board of Education*, julgado da Suprema Corte norte-americana que proibiu a segregação racial em escolas públicas em 1954, representa importante política pública de inclusão social e efetivação da igualdade.

Nos Estados Unidos, a novidade encontra-se na atuação do judiciário na modelagem do processo eleitoral, no financiamento de campanha, na organização de partidos, no processo legislativo e em outras questões (FEREJOHN, 2002, p. 43). Por exemplo, no caso *United States vs. Lopez*, julgado em 1995, a Suprema Corte norte-americana considerou que o congresso norte-americano e o presidente norte-americano não apresentaram argumentos suficientes que demonstram seu poder para editar o *Gun-Free School Zones Act* de 1990.¹²⁹

No Brasil, essas três formas de judicialização encontram-se presentes. A declaração de inconstitucionalidade de leis é um procedimento corriqueiro no Brasil, podendo-se citar como exemplo a inconstitucionalidade da vedação à progressão de

¹²⁸ Sadek (1999, p. 298) define esse fenômeno como guerrilha de liminares. Por meio de ações civis públicas, sindicatos e associações, na justiça federal de primeira instância, obtinham liminares suspendendo e invalidando ações dos poderes legislativo e executivo e privatizações.

¹²⁹ Segundo Ferejohn (2002, p. 43), esse caso consolidou como precedente que o judiciário federal pode exigir uma justificação razoável sobre a autoridade de o congresso editar certos atos.

regime prisional. No *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, em primeiro de setembro de 2006, o Supremo decidiu que o art. 2º, § 1º, da lei 8.072/90 (vedação da progressão de regime em crimes hediondos) afronta o princípio da individualização da pena, inscrito no art. 5º, XLVI, CF.

Sobre o estabelecimento de normas gerais pela ação do judiciário, essa questão encontra-se patente na revisão da função do mandado de injunção.¹³⁰ No mandado de injunção n. 670/ES, julgado em 2008, o STF determinou que o direito à greve dos funcionários públicos seria exercido nos limites da lei de greve para funcionários de empresas privadas enquanto o congresso não aprovasse a lei determinada pelo art. 37, VII, CF.

De outro lado, sobre a intervenção no processo político, o STF, nas *Adi's* 1351 e 1354, ajuizadas respectivamente pelo Partido Comunista Brasileiro (PCdoB) e Partido Socialista Cristão (PSC), julgou inconstitucional o artigo 13 da lei 9.096/95. Nesse dispositivo, estabelecia-se a cláusula de barreira para os partidos políticos que não obtivessem cinco por cento dos votos apurados, prescrição julgada inconstitucional em virtude interpretação do texto do art. 17 da CF. Em verdade, deve-se registrar que a intervenção judicial no processo político brasileiro é antiga, já que a justiça eleitoral é responsável por realizar as eleições e solucionar os conflitos eleitorais.

Feitas as considerações gerais sobre o fenômeno da judicialização e das suas formas, deve-se registrar que esse processo trata-se de uma escolha dos agentes políticos e da sociedade civil, os quais permitiram que o judiciário ampliasse sua participação política. As normas constitucionais que autorizam a judicialização da política e a constante provocação do judiciário por cidadãos, grupos da sociedade civil e agentes estatais são as causas desse fenômeno.

Há duas principais razões para que o judiciário exerça um papel político mais intenso: i) garantia de direitos e ii) fragmentação do poder político que dificulta a tomada de decisão (FEREJOHN, 2002, p. 55). No Estado Democrático de Direito, compete principalmente ao parlamento regulamentar situações e condutas, estabelecendo direito e deveres.

¹³⁰ No art. 5º, LXXI, CF, encontra-se prescrito: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988). A jurisprudência do STF entendia que a concessão do mandado apenas declarava uma situação de ausência normativa, que deveria ser comunicada ao legislador para medidas necessárias.

De outro lado, é possível construir arranjos institucionais que outros órgãos sejam responsáveis por revisar a atuação do legislador ou agir no lugar do legislador. Nesse sentido, há os órgãos administrativos que muitas vezes estabelecem normas e os tribunais que revisam normas ou estabelecem novos direitos e deveres a partir da livre interpretação da constituição.

Acredita-se, no âmbito da garantia dos direitos, que como regra o legislador democrático é responsável por criar e defender os direitos dos cidadãos, porém compete também ao judiciário exercer essas funções pela independência judicial decisional e pelo controle de constitucionalidade judicial. Trata-se de construção de um desenho que valoriza o governo moderado e a democracia consociativa, a qual impõe a construção de consensos para decisões importantes.

A tese da fragmentação também é importante. Decisões importantes não conseguem, muitas vezes, ser tomadas pelos atores políticos do legislativo ou executivo. Não se tomam essas decisões por diversas razões como, por exemplo, i) não há a maioria institucionalmente necessária para tanto, ii) trata-se de decisão relevante, porém polêmica que, por mais que os atores políticos possam tomar, não querem arcar com a *accountability* vertical e iii) os atores políticos eleitos (agentes estatais eleitos) preferem que agentes políticos não-eleitos decidam a questão, como conflitos no processo eleitoral.¹³¹

Esse processo de judicialização da política causa a politização do judiciário. Como os juízes são chamados a decidir temas originalmente resolvidos nas disputas entre sociedade civil e agentes estatais eleitos, eles passam a considerar sua atuação como política e a compreender que a tomada de posição ideológica faz parte da prestação jurisdicional.

As pesquisas que avaliam as percepções dos magistrados deixam nítida a politização da magistratura. Em pesquisa com 3166 magistrados em todo país em 1996, pediu-se para os juízes demonstrarem sua concordância com uma das duas situações: i) “O Poder Judiciário não é neutro; em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social” ou ii) “A não neutralidade do Judiciário ameaça as Liberdades e a mudança social não deve ser objeto de apreciação por parte do Judiciário”. Os resultados foram de 82,9% para a situação i) e 17,1% para a opção ii (SADEK, 2004, p. 43).

¹³¹ Sobre a fragmentação política, cf. Ferejohn, 2002, p. 57-60.

Em outra pesquisa realizada em 2000, fez-se a seguinte pergunta aos magistrados: “Argumenta-se, no sentido oposto, que também o Judiciário se ‘politizou’ muito nos últimos anos, o que faz com que por vezes as decisões sejam baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma leitura rigorosa da lei. Na sua opinião com que freqüência isso ocorre?”. Na resposta de 741 magistrados, 3,9% afirmou muito freqüente, 20,2% asseverou frequentemente e 50,2% respondeu ocasionalmente (SADEK, 2004, p. 45). O reconhecimento por um quarto dos magistrados que a decisão é principalmente política representa um grande número.

Construiu-se uma visão de que o judiciário é um ator político relevante para a concretização do Estado Democrático de Direito e, em especial, da concessão de decisões buscando a efetivação da liberdade e da igualdade materiais. A politização do judiciário pode ampliar por meio dos processos de indicação dos magistrados pelo presidente da república e de sabatina pelo senado pautados na ideologia política e jurídica do candidato. Esse fenômeno é comum nas indicações para a magistratura federal nos Estados Unidos e começa a ser utilizado no Brasil no processo de nomeação nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal.

Além da judicialização da política e da politização do judiciário após a promulgação da Constituição de 1988, aconteceu uma explosão de demandas apresentadas à jurisdição. Essas questões são responsáveis pela ampliação da relevância e do impacto social do judiciário, além de serem indicadas como importantes fenômenos da “crise” do judiciário.

No que se refere à ampliação da demanda, aumentou o número de ações propostas na jurisdição. Diversos são os fatores que influenciam essa questão: i) industrialização e urbanização, ii) funcionamento regular e estável do judiciário, iii) existência e conhecimento dos direitos e iv) confiança no sistema judicial (SADEK, 2004, p. 11).

Sobre esses fatores no Brasil, a industrialização e a urbanização no Brasil tornaram-se importantes na década de trinta do século passado. A partir de um modelo paternalista e inspirado na filosofia positivista de harmonia social, a regulamentação do trabalho urbano foi concretizada por ampla legislação trabalhista, negando-se o conflito social.

Sobre o direito civil brasileiro, a codificação de 1916 encontra-se ancorada na proteção do direito liberal clássico, o qual se estrutura principalmente na regulação da propriedade e do sujeito proprietário e desconsidera completamente a atribuição

de direito para a maior parte da população. O direito constitucional era visto principalmente pela ótica da constituição dos poderes, sendo posto em segundo plano as garantias dos direitos fundamentais.

Também se deve registrar que as instituições políticas e sociais constantemente violavam os direitos fundamentais previstos aos cidadãos. De outro lado, as normas vigentes de direito civil em pouco importavam para a vida da maior parte da população com pequena renda e propriedade.

Desse modo, de 1930 a 1988, como regra, os direitos relevantes para os cidadãos eram violados, assim como não existia regulação adequada de temas específicos de direito civil como normas protetivas aos vulneráveis (crianças e adolescentes, idosos, consumidores, locatário e outros). Ainda, apesar da existência formal de elementos de independência judiciais decisional e institucional no judiciário, violações às garantias judiciais aconteciam com certa frequência pelo executivo, além de os magistrados estarem envolvidos em redes de práticas clientelistas.

Não se pode olvidar também que existiam problemas severos de acesso à justiça para maior parte da população como i) dificuldades econômicas para arcar com os custos do processo e dos advogados, ii) processos pautados na perspectiva do litigante individual e não do processo coletivo e iii) defensorias e defesa dos hipossuficientes não estruturadas adequadamente ou inexistentes.¹³² Todas essas questões estruturais represaram a apresentação de demandas judiciais.

Com o advento da Constituição de 1988, i) ampliaram os direitos previstos constitucionalmente e a imposição ao legislador ordinário da obrigação de legislar em importantes temas (família, consumidor, greve e outros), ii) buscou-se a estruturação da defensorias públicas da união, estaduais e distrital para assessoria jurídica dos necessitados, iii) ocorreu a consolidação da tutela coletiva que se inicia com a Lei da Ação Civil Pública de 1985 e é aprofundada no Código de Defesa do Consumidor 1990, iv) o judiciário passou a funcionar regular e de maneira estável, além de ser pautado nas independências judiciais comportamental e institucional. Esses elementos causaram o aumento nas demandas apresentadas na justiça.

Um dado pode ilustrar bem essa ampliação na demanda por justiça. Em 1990, na justiça comum de primeiro grau foram propostos 3.617.064 processos e julgados

¹³² Para uma análise das razões da contenção dos conflitos judiciais na sociedade industrial e urbana brasileira, cf. Vianna; Burgos; Salles, 2007, P. 42-43 e Sadek, 2004, p. 11-12.

2.411.847. No ano de 2002, por sua vez, foram apresentados 9.764.616 e julgados 7.506.697 (SADEK, 2004, p. 13).

Aconteceu um aumento nesse período de 270% nas demandas trazidas ao judiciário. A ampliação da provocação do judiciário também aumentou a busca por celeridade judicial e pela eficiência na prestação jurisdicional.¹³³

Diversas foram as reformas na legislação processual com o intuito de ampliar a celeridade processual.¹³⁴ De 1990 a 2002, ocorreu um aumento de 311%. Apesar dessa grande ampliação, o tempo para entrega da prestação jurisdicional permanece moroso.

Comparando as entradas e os julgamentos em 2002, chega-se ao número de que 77% dos processos entrados foi julgado. Desse modo, dependendo do ramo do judiciário, em 2002, seriam necessários de cinco a oito anos sem entrada de novos processos para que todos os antigos fossem julgados (SADEK, 2004, p. 20).

A relevância adquirida no Brasil do poder judiciário principalmente em razão da maior participação do judiciário na sociedade com a judicialização da política e do aumento das demandas colocou em debate desde a década de noventa diversas propostas de reforma do judiciário. Essas reformas possuíam dois focos principais: i) tornar a jurisdição mais célere e ii) estabelecer uma melhor *accountability* do poder judiciário.

A busca por celeridade judicial em parte podia ser efetivada com alteração da legislação infraconstitucional, como no caso das mudanças do processo civil. De outro lado, uma reforma mais profunda na questão da celeridade e no estabelecimento de maiores redes de *accountability* judicial comportamental e institucional exigia alterações no desenho institucional constitucional brasileiro.

Em 1992, o deputado federal Helio Bicudo de São Paulo apresentou a proposta de emenda constitucional (PEC) n. 96. Essa proposta estava ancorada tanto na busca por atacar problemas na prestação jurisdicional como no aumento das *accountabilities* judiciais comportamental e institucional.

O principal argumento da proposta encontra-se na ideia de que o governo brasileiro não redesenhou institucionalmente o judiciário de maneira adequada, não

¹³³ A busca por eficiência é antiga. Por exemplo, a introdução do controle concentrado de constitucional no direito brasileiro em 1965 tinha por objetivo auxiliar na eficiência judicial, já que o STF poderia dirimir dúvidas constantes sobre a constitucionalidade das leis nas instâncias inferiores.

¹³⁴ São exemplos a lei n. 8.952/1994, que estabeleceu a antecipação de tutela, e a lei n. 10.444/2002, a qual regulamentou a tutela específica.

concedendo incentivos e estruturas para que os magistrados cumprissem suas funções plenamente. Essa situação gerou a crise avassaladora do judiciário (BRASIL, 1992, p. 7850).

A proposta afirma que há um grande problema na prestação judicial, a qual é muito morosa e não garante direitos dos cidadãos. Importante que a visão de reforma do judiciário trazida nessa PEC preocupa-se com a incapacidade de o judiciário constituir-se em efetivo garantidor do direito, permitindo a violação aos direitos humanos praticada por particulares e, em especial, por agentes estatais (BRASIL, 1992, p. 1992).

Em outras palavras, o judiciário não conseguia exercer sua função de *accountability* horizontal, sancionando os outros agentes estatais que violavam direitos humanos, além de não se mostrar capaz também de garantir o respeito aos direitos humanos nas relações entre os particulares. Esse aspecto da proposta é bastante relevante, pois como aponta Campos não se pode, no Estado Democrático de Direito, redesenhar as instituições pensando apenas na eficiência. Eficiência é um importante valor, porém somente um valor-meio para se alcançar algo.

Desse modo, uma justiça mais eficiente e comprometida com a defesa dos direitos humanos impõe uma relação mais intensa dos magistrados com as comunidades em geral e jurídica (BRASIL, 1992, p. 7852). Há aqui a discussão sobre como a revisão do processo de *accountability* judicial institucional pode incrementar a *accountability* judicial comportamental.¹³⁵

A PEC n. 96/92 propôs mudanças no processo de seleção, promoção e vitaliciedade para os juízes substitutos, além de alterar o processo de nomeação de magistrados no STF e no STJ. No que se refere às alterações que afetam os juízes de primeiro grau, há nítida busca por maior *accountability* institucional.

Os tribunais possuem autonomia para organizarem e realizarem os concursos para ingresso na carreira de juiz substituto, devendo participar do processo seletivo

¹³⁵ Este trecho capta o problema principal que deve ser enfrentado pela reforma do judiciário pela proposta da PEC n. 96/92: “Na verdade, o problema é mais profundo, porque o Poder Judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único infenso a fiscalização. Enquanto o Executivo é fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário. Os juízes não se submetem a qualquer modalidade de censura externa” (BRASIL, 1992, p. 7852). Essa afirmação faz uma afirmação verdadeira no sentido de que a independência judicial decisional preserva o judiciário de censuras ou sanções externas duras por suas decisões (há sanções brandas por meio da exposição pública de decisões equivocadas jurídica, social e politicamente por pronunciamentos de outros agentes estatais e de grupos da sociedade civil). De outro lado, uma questão não posta de maneira clara na PEC: há sim fiscalização sobre o emprego de receitas públicas pelos tribunais de contas e sobre o uso das competências pelos três poderes pelo ministério público.

a Ordem dos Advogados do Brasil. Como há uma relação direta dos magistrados tanto com os advogados como com os membros do ministério público, não se justifica apenas a participação da OAB nos concursos.

A PEC n. 96/92 propôs a reforma da regulamentação dos concursos judiciais para que magistrados, advogados e membros do ministério público participem da seleção de candidatos tecnicamente competentes e socialmente comprometidos com a promoção dos valores do Estado Democrático de Direito.

A promoção por merecimento, por sua vez, não seria analisada apenas pelos membros dos tribunais. A PEC n. 92/96 propôs uma reforma no art. 93, I, 'c', CF, para que o magistrado fosse avaliado de maneira conjunta pelo conselho superior da magistratura e por representantes do ministério público e da Ordem dos Advogados do Brasil. Apesar de a proposta apresentar algumas funções para um novo conselho superior da magistratura, a PEC não propõe uma estrutura constitucional para esse órgão, assim como a justificativa da proposta não faz menção à estrutura e às funções do conselho.

A promoção por merecimento, pautada na presteza e na segurança do exercício da jurisdição, poderia ser analisada de maneira mais adequada se magistrados, advogados e membros do ministério público realizassem a avaliação do candidato à promoção. Desse modo, aqueles que recebem constantemente a prestação jurisdicional (advogados e ministério público) participariam do relevante processo de concessão de promoção. Essa também era uma proposta de reforma constitucional.

Também, a vitaliciedade dos magistrados somente seria concedida pela prescrição da PEC n. 96/92 depois da aferição das atividades exercidas pelo conselho da magistratura, pelo representante do ministério público e pelo representante da OAB. Esse novo desenho institucional possibilitaria avaliar se o magistrado é eficiente e exerce com honestidade e integridade suas funções. Em outras palavras, aumentam a *accountability* judicial institucional, já que a vitaliciedade depende de manifestação de atores externos à magistratura, e a *accountability* judicial comportamental, exigindo uma avaliação das atividades prestadas pelo magistrado durante seu período de estágio probatório.

A participação de não-magistrados na avaliação de juízes trata-se de importante instrumento de *accountabilities* judiciais institucional e comportamental no direito comparado. Conforme visto, conselhos da magistratura estaduais dos

Estados Unidos, como o do Alaska, realizam avaliações da *accountability* judicial comportamental de magistrados sujeitos às eleições de retenção a partir de informações trazidas por diversas pessoas que possuem contato com a prestação jurisdicional.

Em outros estados-membros da federação norte-americana, essa avaliação não é publicizada, porém utilizada pelo conselho para monitorar a prestação jurisdicional. Como visto, os magistrados que são submetidos a essas avaliações acreditam que elas são relevantes para melhorar a prestação jurisdicional.

Apesar de a PEC n. 96/92 buscar aumentar a *accountability* judicial, seu objetivo não é violar a independência judicial decisional ou introduzir uma politização extrema do judiciário, sendo, por exemplo, sugerida reforma no art. 95, parágrafo único, III, CF, para vedar pronunciamentos de tom político-partidário pelos juízes.

Também, a existência de mandatos vitalícios para juízes do Supremo Tribunal Federal com aposentadoria compulsaria aos setenta anos, na visão da PEC n. 96/92, atribuiu grande poder e por vasto período de tempo aos magistrados dos tribunais. Com o intuito de promover renovações periódicas na corte, aumentando a legítima *accountability* judicial decisional no processo de nomeação dos ministros, apresentou-se revisão do art. 101, *caput*, CF para que os mandatos dos ministros do STF fossem de nove anos e vedada a recondução.¹³⁶

Como a PEC n. 96/92 não apresentou um desenho constitucional para o conselho superior da magistratura,¹³⁷ o deputado federal José Genoíno formulou a PEC n. 112/95 (BRASIL, 1995). Essa proposta sugere a inclusão de artigos na

¹³⁶ Há outras propostas de reformas de dispositivos constitucionais sobre o judiciário no texto original da PEC n. 96/92 como i) mudanças no processo de composição e nomeação de tribunais superiores, ii) alterações nas competências judiciais, iii) estabelecimento do dever constitucional de a OAB e o Ministério Público exercerem *accountability* judicial comportamental sobre os magistrados e iv) outras reformas. Cf. Brasil, 1992, p. 7847-7849.

¹³⁷ Conforme notícia Clève (2011b, p. 666-667), desde a constituinte ocorre a discussão sobre a criação de um órgão de controle externo do judiciário com competência de fiscalizar a regularidade da atuação do poder judicial, sendo composto pelos representantes dos outros poderes e do judiciário, além de cidadãos. As funções e as competências desse órgão seriam: i) relacionar a sociedade e o judiciário sem afrontar a independência judicial decisional, ii) observar a regularidade dos concursos públicos e iii) fiscalizar a atuação judicial, podendo até punir disciplinarmente os magistrados e os funcionários responsáveis pelos serviços auxiliares. Sobre o controle externo do judiciário, essa temática já foi enfrentada pela Comissão Afonso Arinos em 1986. Com o apoio de juristas como Nelson Jobim, Nilo Batista e Márcio Thomaz Bastos, na Comissão de Sistematização da Constituinte, o Conselho Nacional de Justiça foi previsto no art. 151 do Projeto A de Constituição (SAMPAIO, J. A. L., 2007, p. 241). Esse órgão acabou não sendo incorporado pelo poder constituinte originário. As principais críticas à época versaram sobre o caráter autoritário do conselho, acerca da violação da separação dos poderes e sobre a afronta ao princípio federativo (SAMPAIO, J. A. L., 2007, p. 241).

Seção I, Capítulo III, Título III, Constituição Federal de 1988, para regulamentar e criar o sistema de controle do poder judicial com três órgãos (conselho federal de justiça, conselhos estaduais de justiça e conselho distrital de justiça), não podendo interferir no mérito das decisões judiciais e nas atividades jurisdicionais.

Esse desenho institucional procura superar duas críticas à inclusão do conselho de justiça na Constituição Federal de 1988: i) violação da independência judicial e ii) afronta ao princípio federativo. A proibição de interferir no conteúdo das decisões judiciais protege a independência judicial decisional.

De outro lado, há o argumento de que o Brasil é um Estado federado com o poder judiciário dividido em federal e estadual. Desse modo, seria uma violação do pacto federativo a constituição de um único conselho que disciplinaria todas as magistraturas estaduais, produzindo uma centralização inadequada.

A composição dos conselhos também foi estruturada para, ao mesmo tempo, possibilitar uma grande participação de membros não magistrados, trazendo *accountability* judicial institucional externa, e foi pensada para incorporar uma substancial quantidade de magistrados, evitando a crítica de violação da independência judicial institucional. O conselho federal da justiça seria composto por i) cinco ministros eleitos por cada um dos tribunais superiores, ii) um procurador da república eleito pelo conselho superior do ministério público, iii) um advogado eleito pelo conselho federal da OAB e iv) três cidadãos brasileiros com mais de 35 anos, sendo vedada a nomeação de parlamentar (BRASIL, 1995, p. 16.486). Os mandatos dos conselheiros seriam de três anos.

Os conselhos estaduais e distrital seriam compostos por i) cinco desembargadores eleitos pelos magistrados, ii) procurador de justiça eleito pelos membros do ministério público, iii) um advogado eleito pelos advogados da seccional da OAB, iv) três cidadãos eleitos pelos legislativos estaduais e distrital, sendo vedada a participação de parlamentar (BRASIL, 1995, p. 16.487). Com cinco membros magistrados e cinco conselheiros não juízes, desenha-se um modelo institucional que busca um equilíbrio entre a máxima *accountability* externa sem ferir a independência judicial institucional.

Em relação à competência desses conselhos, eles seriam competentes para se pronunciar sobre i) proposta orçamentária anual, ii) vitaliciedade, iii) criação e extinção de varas e tribunais, iv) aferição de merecimento nas promoções e v) perda de cargo de magistrado. Também, os conselhos deteriam competência fiscalizar os

serviços judiciais e supervisionar os atos administrativos, além de receber denúncias contra juízes e servidores auxiliares da justiça (BRASIL, 1995, p. 16.486).

Pela análise da competência e da composição do conselho, observa-se que as funções do sistema de controle do judiciário são ampliar a *accountability* judicial comportamental e *accountability* judicial institucional. Essa constatação encontra-se em conformidade com o mapa teórico apresentado por Garoupa e Ginsburg no capítulo anterior.

Esses autores apontam que, quando o judiciário possui grandes independências judiciais institucional e decisional, os conselhos são criados ou reformados para ampliar a *accountability* judicial. O desenho institucional na PEC n. 112/95 demonstra que os conselhos buscaram efetivar a *accountability* em contexto de grande independência judicial. Por fim, a proposta de vedar as sessões administrativas secretas nos tribunais (BRASIL, 1995, p. 16.487) também trabalha no intuito de ampliar a *accountability* pela publicização das informações.

Desde a PEC n. 96/92, transcorreram catorze anos para que o congresso aprovasse uma ampla reforma sobre o poder judiciário brasileiro, a qual estabeleceu, entre diversos dispositivos, um Conselho Nacional de Justiça com competência sobre as magistraturas federal e estaduais. A criação de um conselho de justiça com membros externos atraía repulsa da maior parte da magistratura.

Em 2000, pesquisa com 738 magistrados de primeiro e segundo grau de onze estados-membros e Distrito Federal demonstrou que 20% dos magistrados era favorável, 14% considerava irrelevante, 47% afirmava ser contrário e 19% não sabia responder (SADEK, 2004, p. 35). Apesar de a emenda constitucional n. 45/04 ter criado um Conselho Nacional de Justiça com maioria de conselheiros juízes e sob a presidência de um ministro do STF, estabeleceu-se um conselho de magistratura com membros externos.

3.2. Reforma do Judiciário, Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e *Accountability* Judicial

3.2.1 Reforma do Judiciário, Composição do CNJ e *Accountability* Judicial

A reforma do judiciário foi estabelecida como prioritária logo no início do primeiro mandato do governo Lula. Em 2003, o Ministério da Justiça criou a

secretaria de reforma do judiciário, sendo promulgada no final de 2004 a emenda n. 45 - reforma do judiciário.

Em verdade, o que fez o governo Lula foi estabelecer consensos políticos com os legisladores para aprovar a PEC n. 96/92, conforme a redação final formulada pela deputada Zulaiê Cobra de São Paulo (BRASIL, 2000). A maior parte dessa redação final da PEC n. 96/92 foi aprovada em 2004.

No artigo 5º, LXXVIII, CF, foi estabelecido o direito fundamental à razoável duração do processo e os meios que garantam celeridade processual.¹³⁸ A eficiência na prestação jurisdicional trata-se de importante elemento que compõe a *accountability* judicial comportamental.

Antigo problema doutrinário e prático buscou ser solucionado no art. 5º, §3º, CF, prescrevendo que os tratados e convenções sobre direitos humanos terão status constitucional se forem aprovados com quorum de Emenda à Constituição (art. 5º, § 3º, CF). De outro lado, reconhece-se no texto constitucional a competência do tribunal penal internacional (TPI), no art. 5º, § 4º, CF.

O Brasil incorporou o Estatuto de Roma em 2002. Em 2004, o poder constituinte derivado fez questão de reconhecer constitucionalmente a competência do TPI, que é responsável por julgar crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, nos termos do art. 5º do Estatuto de Roma.

Esse tribunal internacional implementa importante instrumento de *accountability* horizontal internacional, sancionando agentes estatais e particulares quando os tribunais internos assim não fazem. O Brasil reafirma seu compromisso com os direitos humanos e permite o controle das ações dos agentes estatais por organismos internacionais.

No que diz respeito ao poder judiciário, inúmeras regras foram alteradas.

O artigo 93, I, CF, passou a exigir que o candidato à magistratura possuísse no mínimo três anos de atividade jurídica para ocupar um cargo de magistrado. Existia relevante crítica sobre a ausência de experiência de jovens magistrados que acabava prejudicando a prestação jurisdicional adequada e segura (SADEK, 2004, p. 22).

¹³⁸ Para uma análise da construção do direito humano de acesso à justiça em tempo razoável no direito comparado pela doutrina, jurisprudência, legislação e tratados, cf. Calhao, 2010, p. 127-184.

Com o intuito de estabelecer parâmetros para a aferição do merecimento para fins de promoção, o art. 93, II, 'c', CF, afirmou que o merecimento deveria ser mensurado por critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição. Ainda, no art. 93, II, 'e', CF, proibiu-se a promoção de magistrado que retivesse em seu gabinete injustificadamente processo além do prazo legal. Esses textos induziram a interpretações de que o merecimento deveria ser analisado por meio da quantidade de despachos, de sentenças e de acórdãos prolatados por um magistrado e pelo fiel cumprimento dos prazos processuais.

A aprovação do texto original da PEC n. 96/92 sobre a avaliação do magistrado pelo conselho da magistratura e por representantes da Ordem dos Advogados do Brasil e do ministério público seria mais adequada para a concretização da *accountability* judicial comportamental. A participação da OAB, do ministério público e do conselho de justiça permite analisar a integridade, a honestidade, a eficiência, o tratamento do magistrado em relação aos outros operadores jurídicos e pessoas envolvidas com a jurisdição e a qualidade da prestação jurisdicional, elementos da *accountability* comportamental, e não apenas um dos seus elementos, isto é, a eficiência.

Sobre a aquisição da garantia funcional da vitaliciedade, não se concretizou a proposta que ampliava a *accountability* judicial institucional ao introduzir avaliação do conselho de justiça, da OAB e do ministério público. Por outro lado, no art. 93, IV, CF determinou-se a participação obrigatória em curso oficial de preparação para a obtenção de vitaliciedade.

A remoção, a disponibilidade e a aposentadoria, por interesse público, serão julgadas pelo tribunal e pelo Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 93, VIII, CF. A redação final da PEC n. 96/92 previu a possibilidade de o CNJ aplicar como sanção disciplinar a perda de cargo aos magistrados por três quintos dos membros (BRASIL, 2000, p. 30.905).

Infelizmente, esse dispositivo não foi aprovado pelo poder constituinte derivado. Desse modo, apenas por meio de sentença judicial pode o magistrado perder o cargo, sendo a maior sanção disciplinar administrativa a aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço. A impossibilidade de aplicar sanção administrativa de perda de cargo diminui a *accountability* judicial comportamental.

Há outros elementos de *accountability* judicial comportamental introduzidos na reforma do judiciário e, em especial, com foco na eficiência. No art. 93, X, CF,

prescreveu que as sessões administrativas dos tribunais serão públicas, além de as decisões motivadas. O elemento publicidade (informações) é requisito *sino qua non* para qualquer modalidade de *accountability*, sendo comum outrora a realização de sessões administrativas restritas ao público nos tribunais.

A organização judiciária e a lotação de magistrados em comarcas e seções será proporcional à demanda por prestação jurisdicional e à população. Trata-se de medida que busca estabelecer uma estrutura judiciária adequada às ações propostas, sendo regra importante para efetivar o direito fundamental à prestação judicial em tempo razoável.

Nessa mesma intenção de concretizar esse direito fundamental, vislumbra-se a autorização de delegação de poder para funcionários do judiciário praticarem atos administrativos e de mero expediente, além de impor a distribuição imediata de processo, segundo o art. 93, XIV e XV, CF. De um lado, a delegação permite que os juízes foquem seu tempo na sua atividade fim de prestação jurisdicional. A distribuição imediata impõe a abertura dos prazos processuais legais para manifestação do juiz com sanções pelo não cumprimento (impossibilidade de promoção por merecimento) e obriga o magistrado a analisar os pedidos de liminares.

A redação final da PEC n. 96/92 tentou introduzir alterações nas garantias funcionais da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos no art. 95, I e III, CF (BRASIL, 2000, p. 30905), as quais não foram aprovadas. O prazo para adquirir vitaliciedade seria de três anos e não de dois. Tratar-se-ia de interessante mudança, pois aumentado o prazo para alcançar essa garantia amplia-se o compromisso com a *accountability* judicial comportamental.

A mudança na regulamentação da irredutibilidade dos vencimentos, afirmando que eles poderiam ser suspensos no caso de descumprimento injustificado do prazo nos termos da lei, não se mostra adequada. O desenho institucional do judiciário sempre precisa ser construído e revisto à luz dos contextos social, político e jurídico da comunidade. Conforme visto, há precedente no conselho da magistratura argentino de multar em até 30% o magistrado por descumprimento dos prazos legais.

A busca por eficiência é um valor meio importante, porém não tão forte para autorizar o não pagamento dos vencimentos. Ainda, há várias razões para o descumprimento de prazos (problemas na estrutura do judiciário e nas leis), não

sendo o magistrado plenamente responsável pelos atrasos para receber sanção tão profunda. Devem ser aplicadas sanções disciplinares aos magistrados que não cumprem sem justificativa os prazos judiciais, porém a suspensão de vencimentos não se mostra medida adequada.

Por fim, outro instrumento para concretizar o direito fundamental à razoável prestação jurisdicional encontra-se no estabelecimento de súmula vinculante pelo STF, nos termos do art. 103-A, CF. Depois de reiteradas decisões do STF sobre uma matéria, dois terços dos ministros podem editar súmula vinculante, a qual deve ser seguida por todo o judiciário e pelas administrações pública direta e indireta. O objetivo é que o STF fixe entendimento sobre a matéria, encerrando discussões que aumentavam a proposição de recursos.

Feitas essas ponderações, passa-se a análise da composição do Conselho Nacional de Justiça e o estabelecimento de um órgão com poderes sobre as magistraturas estaduais e federais.

O CNJ foi previsto no art. 103-B da Constituição Federal de 1988, sendo composto por quinze membros com mais de 35 anos e menos de 66 anos. O mandato dos conselheiros é de dois anos com uma possível recondução. Por meio da Emenda Constitucional n. 61/09, retiraram-se as idades mínima e máxima para nomeação.

No que se refere à composição do conselho, os conselheiros são i) ministro do STF indicado pelo tribunal, ii) ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) indicado pelo STJ, que será corregedor de justiça, iii) ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) indicado pelo tribunal, iv) desembargador de um dos Tribunais de Justiça (TJ) indicado pelo STF, v) juiz estadual indicado pelo STJ, vi) juiz do Tribunal Regional Federal (TRF) indicado pelo STJ, vii) juiz federal indicado pelo STJ, viii) juiz de um Tribunal Regional do Trabalho indicado pelo TST, ix) juiz do trabalho indicado pelo TST, x) membro do ministério público da união indicado pelo procurador geral da república, xi) membro do ministério público estadual, escolhido pelo procurador geral da república e indicado pelos ministérios públicos estaduais, xii) dois advogados indicados pelo conselho federal da OAB, xiii) dois cidadãos de notável saber jurídico e moral ilibada, sendo um indicado pela câmara dos deputados e outro pelo senado federal.

O ministro do STF preside o conselho, cabendo a nomeação de todos os membros do CNJ pelo presidente da república após aprovação dos candidatos pelo

senado federal (art. 103-B, §§ 1º, 2º e 3º, CF). A emenda constitucional n. 61/09 alterou o art. 103-B, I, CF, prescrevendo que o presidente do STF seria membro do CNJ e presidente desse conselho, sendo substituído pelo vice-presidente do STF.

No que se refere à composição do CNJ, há 60% dos membros juízes e 40% dos conselheiros não magistrados. Desse modo, pela análise da composição, observa-se que se mantém forte independência judicial institucional, já que o presidente do conselho, o corregedor de justiça e a maioria dos membros do conselho são magistrados.

De outro lado, há também elementos de *accountability* judicial institucional externa na composição do conselho, pois cerca de 27% dos membros é composto por profissionais essenciais à função da jurisdição (advogados e membros do ministério público). Ainda, há participação de cidadãos no conselho, que representa apenas 13% dos membros do conselho.¹³⁹

Não existe dúvida de que a composição do CNJ com uma maioria de magistrados auxiliou na aprovação da criação do CNJ e diminuiu a crítica dos magistrados sobre o estabelecimento do conselho.¹⁴⁰ Partindo do pressuposto de que existe grande independência judicial institucional e *déficits accountability* judicial institucional, seria mais adequada a concretização da composição prevista na PEC n. 112/95 que encontrou justo equilíbrio entre independência judicial institucional e *accountability* judicial institucional externa.

Sobre a alegada inconstitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, parte da doutrina e a jurisprudência afirmam que inexistente afronta ao princípio federativo em virtude do caráter nacional da magistratura. Sampaio (2007, p. 254) defende a existência da unidade do poder judiciário, sendo esse poder nacional. Mesmo os recursos da justiça estadual sendo oriundos do estado-membro e as receitas da justiça federal provenientes da união, não há tecnicamente um judiciário federal e outro estadual.

Todos os órgãos do poder judiciário seriam nacionais. Os argumentos para sustentar a afirmação de um poder judiciário nacional para Sampaio (2007, p. 254)

¹³⁹ Como a maior parte do CNJ é composta por juízes e a participação dos cidadãos é pequena, Bercovici (2005, p. 190) afirma que: “toda a polêmica gerada sobre o ‘controle externo’ do Poder Judiciário e do Ministério Público não faz nenhum sentido. O controle destas instituições é perfeitamente adequado a um Estado Constitucional fundado na soberania popular e, no nosso caso, não foi criado nenhum controle externo real”.

¹⁴⁰ Diminuiu e não eliminou a crítica à criação do CNJ. Por exemplo, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) propôs Adm n. 3367/DF, que pleiteava a declaração da inconstitucionalidade do CNJ. A ação foi julgada improcedente.

são: i) a certeza jurídica exige a uniformidade da legislação federal e, por consequência, uma corte suprema com poderes recursais de uniformização da interpretação em razão das diversas hermenêuticas do judiciário local e ii) na relação entre executivo e legislativo federais não há essa forma de uniformização, sendo respeitada as autonomias dos estados-membros.

Por sua vez, o ministro relator da Adi n. 3367/DF afirma que a jurisdição, exercida pelo poder judiciário, manifesta a unidade do poder soberano do Estado. Sendo assim, a jurisdição, por consequência o judiciário, é una, indivisível e nacional (BRASIL, 2005, p. 243-244).

Apesar de constar no texto constitucional justiça federal e justiças estaduais, a designação correta deveria ser órgão. Como a justiça é una, as divisões postas pela Constituição Federal de 1988 são atribuições constitucionais aos órgãos da justiça nacional (BRASIL, 2005, p. 244-245).

Também, negar o caráter nacional é desconsiderar a existência de um único Estatuto da Magistratura, de um mesmo conjunto de garantias funcionais para os magistrados federais e estaduais, de normas processuais federais e de um sistema de recursos que permite os jurisdicionados em todo o Brasil terem acesso aos tribunais superiores (BRASIL, 2005, p. 245-246).

Mesmo que o STF afirme que o poder judiciário é uno, o tribunal também assevera que a constituição moldou o judiciário com respeito ao princípio federativo. Os argumentos trazidos são que o órgão (justiça) estadual possui autonomia administrativa e competência para julgar causas atinentes ao seu estado (art. 125, CF) (BRASIL, 2005, p. 246-247).

Desse modo, não há nenhum problema de o Conselho Nacional de Justiça, órgão mantido com verbas federais, porém nacional como o judiciário, exercer seus poderes de supervisão sobre juízes, tribunais e serviços auxiliares de todos os ramos.

Não se concorda com a tese de que o poder judiciário é nacional, inexistindo justiça federal e justiça estadual. O argumento de o poder judiciário ser um poder do Estado, logo soberano, uno e indivisível não pode preponderar. A razão é simples:

os poderes executivo e legislativo também são poderes do Estado, porém eles não são unos e indivisíveis.¹⁴¹

Outro argumento trazido por Sampaio e pelo STF encontra-se na relação entre uniformização das regras processuais e da interpretação das leis federais e o caráter nacional do judiciário. A livre interpretação das leis e da constituição pelos magistrados (independência judicial decisional) impõe a *accountability* judicial decisional feita pela análise de recursos aos tribunais e aos tribunais superiores. Também, em um Estado federal, existe a necessidade de promover uniformização de interpretações da legislação federal.

De outro lado, pensa o autor desta tese que o argumento da nacionalização é equivocado. A questão da uniformização não se relaciona com o tema da nacionalização, e sim da federalização. Em um Estado federal, há respeito das autonomias dos poderes executivo, legislativo e judiciário estaduais.¹⁴² De outro lado, há uniformização de questões por meio da centralização de alguns assuntos por meio dos poderes federais.

Os estados-membros possuem autonomia para estabelecer sua constituição estadual, porém todos os estados da federação necessitam seguir um conjunto de regulamentações uniformes por determinação da constituição federal. Não pode a assembleia estadual, investida de poder constituinte estadual, promulgar uma constituição estadual que afronte os princípios constitucionais sensíveis previstos no art. 34, VII, CF.

Ainda, o governador do estado-membro na concretização de políticas públicas e de estruturação da administração direta e indireta estaduais não pode violar as prescrições estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual promove uma uniformização das despesas públicas de todos os entes federados por meio da lei complementar n. 101. Em outras palavras, a necessidade e a existência de uniformização de regulamentações não são questões exclusivas do judiciário e não representam uma característica específica de um poder nacional.

¹⁴¹ Mesmo defendendo a tese do caráter nacional do judiciário, Sampaio, 2007, p. 254 não concorda com o argumento da nacionalização do judiciário em razão de ser um poder de Estado que exercita a soberania, a qual não pode ser cindida.

¹⁴² A reflexão de Ruiz (1994, p. 15) sobre o federalismo judicial no modelo norte-americano pode ser generalizada para os Estados federais em geral: “La distribución territorial del poder político, es decir, el establecimiento de un Estado «compuesto», autonómico o federal, en el que medie un «reconocimiento constitucional de poder político a los entes territoriales que integran el Estado», tendrá consecuencias no sólo en la consiguiente configuración de los poderes legislativo y ejecutivo sino también, y como se observará, en el poder judicial operante en dichos sistemas”.

Deve-se compreender que a jurisdição é una e o judiciário é dividido em poderes judiciários estaduais e federal (CLÈVE, 2011b, p. 87). A jurisdição é una, pois uma ação apresentada receberá uma única resposta final dentro do Estado de Direito brasileiro, porém existem duas justiças que prestam a jurisdição no Estado brasileiro. Por exemplo, uma ação de indenização foi proposta na justiça estadual de primeiro grau e julgada em última instância pelo Superior Tribunal de Justiça, que compõe a justiça federal.

Assim como em outros poderes, a constituição federal estabelece aos judiciários dos estados-membros padrões federais, pois previstos na constituição federal. Essas regulamentações da Constituição Federal de 1988 promovem uma uniformização para todos os estados-membros da federação sobre temas do judiciário, que devem ser seguidas por todas as justiças estaduais, assim como a federal. Exemplos da padronização federal são i) um único Estatuto da Magistratura, ii) um único conjunto de leis processuais e iii) um único Conselho de Justiça.

Os Estados federais Brasil e Argentina, em conformidade com a história de maior centralização política, optaram pela existência de apenas um conselho de justiça para regulamentar os poderes judiciários. Os Estados Unidos, por sua vez, possuem um conselho da justiça federal (conferência judicial dos Estados Unidos) e os estados-membros, como fez o Alaska, podem estabelecer conselhos de justiça estaduais.

Os três países respeitam o federalismo judicial. No Brasil, existe maior centralização em virtude de i) um único Estatuto da Magistratura para justiças estaduais e federal, ii) as mesmas leis processuais em toda a federação, iii) as garantias judiciais são aplicáveis na mesma medida para as justiças estaduais como para a justiça federal e iv) um único conselho de justiça. Nos Estados Unidos, por sua vez, ocorre maior descentralização.

De acordo com Vianna, Bulos, Salles (2007, p. 45), além de o Brasil ser um Estado federal que atribui grandes poderes para a União, há uma tendência atual de a sociedade civil postular uma maior centralização de temas estatais e sociais importantes, diminuindo a autonomia estadual. Dois exemplos seriam o Sistema Único de Saúde e o Conselho Nacional de Justiça. No caso dos judiciários estaduais, por déficits de accountability judicial e, em especial, do exercício do poder

disciplinar, buscou-se uma maior centralização de poderes para o exercício da *accountability* judicial comportamental.¹⁴³

Em outras palavras, o Conselho Nacional de Justiça é um órgão federal, com participação de magistrados estaduais e federais, responsável por exercer algumas competências que serão exercidas tanto sobre a justiça estadual como sobre a justiça federal. Isso não quer dizer que esse órgão federal possa afrontar a autonomia constitucionalmente estabelecida aos judiciários estaduais.

Uma analogia auxilia a compreender essa questão. O legislador federal cria um conjunto de leis que possui vigência em todos os estados-membros (normas de direito civil e comercial, por exemplo). De outro lado, o legislador federal não pode invadir a competência do legislador estadual. O exercício das competências postas pelo CNJ, órgão federal, vinculam a magistratura federal e estadual, porém há competências exclusivas da magistratura estadual que não podem ser exercidas pelo CNJ.

Feitas as ponderações sobre a composição e a existência de justiças estaduais e federal, far-se-á a análise das competências do Conselho Nacional de Justiça a partir das categorias *accountabilities* horizontal, vertical, judicial comportamental e judicial institucional.

3.2.2 Competências do CNJ e *Accountability* Judicial

O Conselho Nacional de Justiça constitui-se em órgão responsável por exercer *accountability* sobre outros agentes estatais como tribunais, magistrados, serviços auxiliares, prestadores de serviço notarial e de registro que atuam por delegação. Desse modo, a principal modalidade de *accountability* praticada pelo CNJ é a *accountability* horizontal, mas, como será visto abaixo, esse órgão também desempenha elementos de *accountability* vertical não eleitoral.

Por meio de instrumentos de *accountabilities* horizontal ou vertical não eleitoral, o Conselho Nacional de Justiça implementa *accountabilities* judicial

¹⁴³ Sobre o poder disciplinar do CNJ e os *déficits* na atuação das corregedorias, afirma Sampaio (2007) que é “necessário deixar dito, contudo, que, além de encontrar espelho em diversos outros sistemas constitucionais, essa atribuição [poder disciplinar] nasceu das deficiências apresentadas anos seguidos pelas corregedorias judiciais, atraindo, não sem inteira procedência, críticas ao corporativismo que deixava impunes ilícitos funcionais graves ou os cercava de punições mais retóricas do que práticas, afetando, com isso, a credibilidade na instituição e a própria, efetiva ou aparente, lisura e razoável prestação jurisdicional”.

comportamental e institucional. Não existe competência de *accountability* judicial decisional, pois o conselho não exerce poder jurisdicional originário ou recursal.

O art. 103-B, § 4º, I, CF, afirma que compete ao CNJ zelar pela autonomia e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura. No que se refere à defesa da autonomia, em virtude de as independências judiciais decisional e institucional encontrarem-se bem fundadas e respeitadas no Brasil contemporâneo, no momento esse competência não se mostra como uma necessidade do judiciário.

De outro lado, em relação ao Estatuto da Magistratura, observa-se ser essa competência muito importante. Como há grande independência judicial institucional, há necessidade de *accountabilities* judiciais institucional interna e comportamental.

A lei complementar n. 35/79 (Estatuto da Magistratura) afirma as garantias institucionais do autogoverno e da auto-administração, no art. 21. Ainda, observam-se as garantias judiciais do Título II do Estatuto da Magistratura. Essas garantias judiciais institucionais são contemporaneamente observadas.

De outro lado, todo poder necessita ser fiscalizado. Os controles exercidos pelos tribunais são necessários e importantes. Por outro lado, o desenho institucional após a Constituição Federal de 1988 não criou incentivos para a fiscalização e o controle dos membros do tribunal. Desse modo, a criação do Conselho Nacional de Justiça e a competência para o cumprimento do Estatuto da Magistratura, em especial do Título III da disciplina judiciária, mostram-se fundamentais. Essa é uma forma de *accountability* horizontal exercida pelo CNJ sobre magistrados e órgãos judiciais.

O inciso I, do parágrafo 4º, do art. 103-B, CF, também prescreve uma polêmica competência de o CNJ expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência. Também se trata de *accountability* horizontal desempenhada pelo CNJ sobre magistrados, servidores auxiliares, órgãos judiciais e serviços notariais.

Essa questão envolve a discussão entre a diferença entre a lei posta pelo legislador (agentes estatais eleitos e dotados da competência de legislar) e os atos normativos postos por outros agentes estatais eleitos ou não eleitos (executivo, burocratas e judiciário).

A definição do conceito de lei trata-se de tema importante da teoria do Estado e do Estado de Direito. A partir das revoluções burguesas, a lei foi vista como o produto da vontade popular, a qual era manifestada pelos representantes do povo no parlamento. Também, a lei era dotada de caráter geral e abstrato.

Essas características significam que a lei não é pensada para regulamentar um caso específico e concreto, e sim regulamentar após o período de *vacatio legis* todas as situações futuras que se encontram na base de incidência legal. Além desse caráter abstrato, a lei é geral por não se destinar a alguns grupos, mas a todos os indivíduos regulamentados pela base de incidência legal (CANOTILHO, 2002, p. 709).

Também, as revoluções burguesas adotaram a concepção de que apenas a lei estabelecida pelo parlamento poderia proibir ou obrigar a realização de uma ação ou omissão. De outro lado, essas características legais foram revistas principalmente com o advento do Estado social.¹⁴⁴

Com a necessidade de o Estado intervir na realidade, buscando a concretização de determinados fins, as características da generalidade e da abstração mudaram bastante. Por exemplo, as leis passam a regulamentar casos específicos para grupos específicos com o intuito de o Estado promover determinados fins.

Ainda, as leis não são atos apenas postos pelo parlamento. Em um primeiro momento, em uma sociedade técnica e de massas, o executivo passou a apresentar atos normativos tanto por meio dos agentes políticos como pelos funcionários públicos técnicos.

De outro lado, observa-se contemporaneamente que o próprio poder judiciário passa a exercer competência para o estabelecimento de atos regulamentares, como o poder estabelecido no art. 103-B, I, CF. Essa releitura sobre a estrutura da legalidade é apresentada por meio das reflexões sobre leis normas e leis medidas.

Essa discussão surge originalmente na obra “Legalidade e legitimidade” de Carl Schmitt (2007). Este autor ao refletir sobre o poder do presidente do Reich de decretar ordenanças com valor de lei, nos termos do art. 48º, n. 2, da constituição de Weimar, afirmou que essas normas tratar-se-iam de medidas. Medidas são normas que seriam ao mesmo tempo leis (regulação abstrata e geral) como execução das leis (aplicação em casos concretos).

De outro lado, a doutrina alemã posterior, como Forsthoff, afirmou que as leis clássicas ou leis normas são aquelas que regulamentam de maneira geral e abstrata as relações e situações jurídicas. As leis medidas, por sua vez, buscam a

¹⁴⁴ Sobre a transformação da atividade legislativa no Estado social, cf. Clève, 2011b, p. 48-58.

concretização de uma necessidade e de uma finalidade concreta, perdendo a característica da abstração (CANOTILHO, 2002, p. 712).

Desse modo, as leis emanadas pelo legislador tanto podem ser leis-normas como leis-medidas. Os atos normativos postos pelo legislador de acordo com o processo legislativo deixam de possuir necessariamente o caráter da generalidade.

Nesse novo contexto social e político, há uma defesa da existência de uma divisão entre lei em sentido meramente formal e lei propriamente dita ou formal com consequências práticas. Lei em sentido meramente formal diz respeito aos atos normativos que são considerados leis pela Constituição (CLÈVE, 2011b, p. 69-70).

Acredita-se, de outro lado, que as leis propriamente ditas ou formais são, no ordenamento jurídico brasileiro, as leis ordinárias e as leis complementares. Esses tipos de normativos possuem uma legitimidade democrática reforçada por serem postas pelos representantes do povo por meio de um procedimento que permite uma maior manifestação pluralista de grupos e da esfera pública (CLÈVE, 2011b, p. 65). Desse modo, apenas as leis formais poderiam restringir os direitos fundamentais (STRECK; SARLET; CLÈVE, 2005, p. 21).

Importante observar que além das leis meramente formais previstas no art. 59, CF, há o poder regulamentar do presidente da república previsto no art. 84, IV, CF e o poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça no art. 103-B, §4º, I, CF. Esse poder regulamentar difere na sua estrutura das leis formais ou propriamente ditas, pois estas são postas pelos agentes estatais eleitos democraticamente, responsivos em relação aos eleitores pela *accountability* vertical eleitoral e influenciados intensamente pela *accountability* social. (STRECK; SARLET; CLÈVE, 2005, p. 22-23).

Desse modo, segundo Streck, Sarlet e Clève (2005, p. 22-23) o poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça não pode, pelo inciso I, do art. 103-B, CF, i) estabelecer novos direitos e deveres, ii) criar regras gerais e abstratas e iii) restringir direitos fundamentais. Esse poder regulamentar, de outro lado, deveria concretizar leis formais já estabelecidas, por meio de uma função parecida com as leis medidas, no âmbito de sua competência (atuações financeiras e orçamentárias, cumprimento dos deveres judiciais e outras competências postas na constituição e no Estatuto da Magistratura). Excepcionalmente, esse poder regulamentar poderia concretizar diretamente a Constituição Federal de 1988.

Concorda-se de que há uma diferença estrutural e política entre as leis ordinárias e complementares, de um lado, e o poder regulamentar do CNJ. A maneira como essa separação será feita depende de duas questões: i) novo Estatuto da Magistratura Nacional e ii) costumes constitucionais firmados pelo CNJ, Supremo Tribunal Federal, congresso nacional e presidente da república.

O Estatuto da Magistratura Nacional é de 1979, anterior à Constituição Federal de 1988 e, por consequência, ao Conselho Nacional de Justiça. Deve o novo Estatuto da Magistratura Nacional desenhar adequadamente as competências do CNJ.

Importante que por meio do novo estatuto acontecerá um consenso entre Supremo Tribunal Federal, congresso nacional e presidente da república. Como o STF apresenta o projeto de lei, o congresso aprova e o presidente sanciona, os três poderes deverão construir consensos sobre a concretização das competências.

Ainda, a interpretação do texto constitucional e do novo Estatuto da Magistratura formará costumes constitucionais. Serão fixadas as formas pelas quais, por exemplo, o congresso nacional e o Supremo Tribunal Federal compreendem como adequada, legítima e constitucional a utilização do poder normativo do CNJ.

De outro lado, o inciso II, do art. 103-B, CF, atribuiu a competência do conselho de zelar pela observância do art. 37 da CF, que regulamenta a administração pública. Trata-se de artigo que estabelece o CNJ como fiscalizador do cumprimento dos relevantes princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência.

Novamente essa competência possui principalmente função de *accountability* horizontal, já que o CNJ (agente estatal) fiscaliza a concretização de valores da administração pública. Por sua vez, a concretização desses princípios, como a publicidade, permite a realização de *accountability* social (vertical não eleitoral) sobre magistrados e serviços auxiliares, sendo aplicadas as sanções de exposição pública ou de denúncias às ouvidorias.

Conforme visto neste capítulo, esses são importantes princípios para transformar em *accountable* os agentes estatais. Esses princípios são analisados não na prestação da jurisdição, e sim das atividades administrativas, financeiras e na apresentação dos dados referentes à prestação da jurisdição (informações sobre os processos, a quantidade de processos analisados e outras questões).

Sobre o princípio da publicidade, observam importantes mudanças implantadas pelo CNJ na efetivação dessa competência. Foram estabelecidas e concretizadas diversas resoluções para trazer maior publicidade no judiciário.

A resolução n. 102/09 do CNJ impõe a publicação pelos tribunais de informações administrativas e financeiras dos tribunais. Desse modo, o art. 1º da resolução n. 102/09 afirma que todos os tribunais com exceção do STF, pois este tribunal não se submete à competência do CNJ, o Conselho Nacional de Justiça e Conselho Federal de Justiça devem colocar nos sites dos tribunais e dos conselhos e encaminhar ao CNJ informações sobre i) gestões orçamentárias e financeiras, ii) informações sobre a remuneração dos funcionários, quantitativos de funcionários efetivos e comissionados, iii) relação de magistrados e iv) relação de servidores que não compõem o quadro da magistratura.

Essa resolução encontra-se em sintonia com a lei complementar n. 101/2000 que afirma que a transparência na gestão fiscal é garantida: i) pelo incentivo à participação popular na elaboração e na discussão dos planos e da lei de diretrizes orçamentárias e ii) publicização, nos meios eletrônicos, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira em tempo real aos cidadãos, nos termos do art. 48, parágrafo único, I e II, CF.

Com o intuito de concretizar os princípios da publicidade, eficiência, transparência e obrigatoriedade de prestar informação sobre dados estatísticos, além de efetivar a competência do CNJ em elaborar semestralmente relatórios estatísticos sobre processos e sentenças por ramo do poder judiciário, foi estabelecido o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ), segundo o art. 1º da Resolução n. 76/09 do CNJ. Desse modo, os tribunais devem informar ao Conselho Nacional de Justiça estatísticas sobre i) insumos, dotações e graus de utilização (receitas, despesas e estrutura), ii) litigiosidade (carga de trabalho, taxa de congestionamento, recorribilidade e reforma das decisões), iii) acesso à justiça e iv) perfil das demandas, nos termos do art. 14, I, II, III e IV da Resolução n. 76/09.

Com intuito de concretizar os referidos princípios da administração pública e, em especial, o princípio da publicidade, o Conselho Nacional de Justiça disponibiliza em sua página eletrônica na internet: i) tabelas de casos novos por classe e assunto (BRASIL, 2011a), ii) relatórios anuais da justiça em números com os dados do art. 14, I, II, III e IV da Resolução n. 76/09 (BRASIL, 2011b), iii) dotação inicial orçamentária dos órgãos do poder judiciário integrantes do orçamento geral da união

(BRASIL, 2011c), iv) execução orçamentária de órgãos do poder judiciário integrantes do orçamento geral da união (BRASIL, 2011d), v) produtividade dos magistrados de primeiro grau (BRASIL, 2011e) e vi) produtividade de magistrados de segundo grau (BRASIL, 2011f).

Essas informações são obtidas pelo poder de *accountability* horizontal, que permite ao CNJ exigir a apresentação desses dados. De outro lado, a publicização dessas informações permite ao povo, *principal* dos agentes estatais eleitos ou não eleitos, e a grupos da sociedade civil exercer a *accountability* social sobre o poder judiciário.

Com mais informações sobre orçamento, quantidade de processos apresentados e julgados, estrutura administrativa e tanto outros dados fornecidos pelo CNJ, a população e grupos da sociedade civil podem discutir a atuação do poder judiciário questionando se a independência judicial institucional está sendo bem utilizada para prestar uma jurisdição adequada e célere aos cidadãos, assim como possibilita analisar importantes elementos de *accountability* comportamental judicial.

Ainda sobre os princípios da administração pública, a resolução n. 83/09 do CNJ disciplinou a aquisição, a locação e o uso de veículos judiciais pelo poder judiciário. Essa resolução procurou estabelecer uma utilização mais eficiente desse recurso material e desenhar regras que evitem desvios morais na utilização de carros oficiais para uso particular de membros do judiciário.

No art. 103-B, II, também é estabelecida a competência do CNJ de apreciar a legalidade de atos administrativos praticados pelo judiciário, podendo desconstituir, rever ou fixar prazos para a alteração desses atos. Essa competência é um instrumento de *accountability* horizontal, que, por meio de um órgão do judiciário, analisa-se se a independência institucional judicial está sendo exercida dentro da legalidade. Em outras palavras, há um poder *accountability* judicial institucional interna.

O procedimento de controle administrativo é previsto do art. 91 ao 97 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ). O regimento interno amplia a competência constitucional insculpida no art. 91, ao afirmar a possibilidade de controle administrativo pela violação de qualquer princípio da administração pública. Importante as ressalvas de que o controle administrativo do CNJ não obsta a fiscalização do Tribunal de Contas da União (art. 103-B, § 4º, II, CF e art. 91,

caput, RICNJ) e dos Tribunais de Contas Estaduais (art. 91, *caput*, RICNJ). Como o objetivo do CNJ é ampliar a *accountability* judicial institucional, não faz sentido retirar o poder de controle externo exercido pelo poder legislativo com o auxílio dos tribunais de conta.

O recebimento e conhecimento de reclamações sobre os membros do judiciário, os serviços auxiliares e os prestadores de serviço público por delegação, encontra-se previsto no artigo 103-B, § 4º, III, CF. No exercício dessa competência, o CNJ pode avocar processo disciplinar em curso e sancionar o agente estatal com remoção e disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço.

A reclamação é disciplinada nos artigos 67 a 72 do RICNJ. As reclamações devem ser remetidas ao corregedor nacional de justiça com apresentação do fato, provas do ilícito disciplinar e qualificação do denunciante, segundo o art. 67, § 1º, RICNJ e art. 103-B, § 5º, I, CF.

Importante observar que qualquer interessado pode formular denúncia contra juízes e serviços judiciários. Desse modo, os cidadãos detêm a faculdade de denunciar os ilícitos praticados por magistrados e serviços judiciais auxiliares, um mecanismo de *accountability* vertical não eleitoral, que permite a aplicação de sanção por órgão de *accountability* horizontal (CNJ) sobre agentes estatais não eleitos (magistrados, servidores auxiliares e pessoas que agem por delegação).

Encaminhada a denúncia, o corregedor pode arquivar a reclamação em caso de o denunciante não cumprir os requisitos ou não ser um ilícito administrativo. Caso exista evidência de possível infração e provas suficientes, proporá a instauração de processo disciplinar administrativo. Na ausência de provas suficientes, o corregedor procederá à instauração de sindicância, de acordo com o art. 69, RICNJ.

A análise da infração disciplinar não prejudica o exercício do poder correccional e disciplinar pelos tribunais e pelas suas corregedorias, segundo o art. 102-B, § 4º, III, CF. Esse mecanismo estabelece a competência disciplinar administrativa concorrente, podendo tanto o CNJ como os tribunais fiscalizar administrativamente magistrados, servidores auxiliares e prestadores de serviços públicos delegados. Esse desenho institucional aumenta a *accountability* judicial

comportamental ao permitir que mais de um órgão faça o julgamento das infrações disciplinares.¹⁴⁵

Existe a possibilidade de avocação de processo disciplinar em curso nos tribunais. A avocação apenas será feita por meio de representação fundamentada formulada por membro do CNJ, do procurador geral da república, do presidente do conselho federal da OAB e de entidade nacional da magistratura, nos termos do art. 79, RICNJ.

Se há um processo instaurado nos tribunais, a regra deve ser o julgamento por esse tribunal, podendo o processo contra magistrado ser revisto posteriormente pelo CNJ, segundo o art. 103-B, § 4º, V, CF. De outro lado, como existe uma competência administrativa disciplinar concorrente, é facultado ao CNJ fazer a análise desde que seja julgada procedente a avocação de processo disciplinar.¹⁴⁶

O processo de revisão de processo disciplinar contra magistrado é cabível em até um ano nos casos i) de violação de texto expresso de lei, ii) de a decisão afrontar evidência nos autos ou ato normativo do CNJ, iii) de a decisão fundar-se em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, iv) de surgirem fatos, provas e circunstâncias novas após a prolação da decisão, segundo o art. 83 do RICNJ.

No que se refere ao poder disciplinar do Conselho Nacional de Justiça, o corregedor nacional de justiça exerce correições e inspeções sobre os órgãos do poder judiciário. De acordo com o art. 48, *caput*, do RICNJ, o corregedor nacional de justiça pode realizar inspeções para apurar fatos relacionados com o funcionamento de serviços judiciais e auxiliares, existindo ou não evidências de irregularidades.

As inspeções podem ocorrer rotineiramente ou por iniciativa da corregedoria nacional, por proposição de conselheiro do CNJ e por requerimento de autoridade pública, nos termos do art. 48, parágrafo único, do RICNJ. O corregedor ou outra autoridade designada tem livre acesso aos locais em que ocorrem os serviços a serem inspecionados, podendo acessar todos os documentos que repute necessários para a inspeção, de acordo com o art. 49, *caput*, do RICNJ.

¹⁴⁵ O art. 103, § 4º, III e V, CF, estabelece nítida competência administrativa disciplinar entre o CNJ e o tribunal que pertence o magistrado. Desse modo, o CNJ pode originalmente analisar um ilícito disciplinar, além de avocar e rever processos disciplinares iniciados nos tribunais. Desse modo, o STF, na ADI N. 4638, proposta pela AMB, agiu corretamente em declarar a constitucionalidade da competência disciplinar concorrente.

¹⁴⁶ Nos casos da competência do corregedor nacional, este analisará o pleito de avocação. Sendo competente o plenário, será designado relator e o pleito é analisado pelo plenário, de acordo com o art. 79, parágrafo único, do RICNJ.

Com a conclusão da inspeção, é lavrado auto circunstanciado, tomando o corregedor nacional e o plenário do CNJ as medidas cabíveis. O plenário pode regulamentar práticas administrativas e uniformizar procedimentos, além comunicar ao ministério público a prática de ilícitos penais, segundo os arts. 52 e 53 do RICNJ.

Conforme visto, compete ao ministério público a fiscalização dos poderes legislativo, executivo e judiciário, além de ser responsável pela persecução penal. Desse modo, o CNJ quando tiver conhecimento de crime de abuso de autoridade, segundo prescrito na lei n. 4.898/65, e crime contra a administração pública, de acordo com o Título XI (Dos Crimes contra a Administração Pública) do Código Penal, praticados por magistrados e servidores auxiliares, deve representar ao ministério público, nos termos do art. 103-B, § 4º, IV, CF.

Como o CNJ possui funções e competências de *accountability* judicial interna no Estado Democrático de Direito, nada mais adequado do que o CNJ representar ao Ministério Público, agente de *accountability* horizontal externa dos poderes constituídos, nos casos de ocorrência de crimes.

Além da inspeção, há a correição, a qual apura fatos determinados que constituam deficiências graves dos serviços judiciais e auxiliares, nos termos do art. 54 do RICNJ. A correição deve indicar os fatos por meio de ato convocatório e acontecer na presença das autoridades responsáveis, segundo o art. 56 do RICNJ. Assim como na inspeção, o corregedor nacional e o plenário tomarão as medidas cabíveis, comunicando ao ministério público em caso de ilícito penal.

O inciso VII do art. 103-B, CF, afirma que o CNJ deve formular relatório anual, sugerindo providências que julgar pertinentes, sobre o contexto e a situação do judiciário no Estado Democrático de Direito. Esse relatório deve integrar a mensagem remetida pelo presidente do STF ao congresso nacional para a abertura da sessão legislativa.

Para auxiliar a presidência do CNJ na elaboração desse relatório, foi constituído o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), órgão de assessoramento técnico, pelos artigos 36 a 40 do RICNJ. Conforme visto no contexto de criação dos conselhos de justiça na América Latina por Hammergren, faltavam conhecimentos técnicos sobre administração, gerenciamento e capacidade para fazer diagnósticos verticais do judiciário pela cúpula diretiva dos tribunais. Ainda se observava a ausência de um corpo técnico qualificado para auxiliar na

gestão, na análise e nas propostas de redesenho institucional do judiciário para a prestação de uma tutela judicial adequada.

No contexto brasileiro, de grande relevância social do judiciário, tornando esse poder bastante discutido pelos outros poderes e pela sociedade civil, fundamental é o próprio judiciário, por meio do seu conselho de justiça, refletir de maneira vertical e apresentar informações e propostas para discussão dos outros poderes e pela sociedade civil.

Constituem-se em objetivos do DPJ, estabelecido pela lei n. 11.364 de 2006, i) desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira, ii) promover diagnósticos e análises dos problemas estruturais e conjunturais dos diversos ramos do judiciário, iii) opinar e formular pareceres conclusivos sobre matéria submetida pelos outros órgãos do CNJ, iv) apresentar subsídios técnicos para estruturação de políticas públicas judiciárias e v) disseminar informações e conhecimentos por publicações, seminários e outros meios, segundo art. 37 do RICNJ.

Para cumprir esses objetivos, o CNJ pode estabelecer vínculos com instituições públicas e privadas nacionais e internacionais, assim como firmar contratos com autoridades e pessoas físicas e jurídicas nacionais e internacionais, de acordo com o art. 38 do RICNJ. O DPJ terá um diretor executivo, um diretor de projetos, um diretor técnico e conselho consultivo, sendo este composto por nove membros indicados pelo presidente e aprovados pelo plenário entre professores de ensino superior e magistrados, nos termos do art. 39 do RICNJ.

Dentre as funções do conselho consultivo, deve-se registrar a emissão de opiniões sobre aspectos metodológicos e acerca de projetos de pesquisa, além de propor projetos relativos ao tema direito e sociedade, direito e política, direito e economia, reforma legal e judiciário, segundo o art. 40 do RICNJ. Para cumprimento dos seus objetivos, o Departamento de Pesquisas Judiciárias elaborou uma série de atividades.

Foi desenvolvido o Cadastro Nacional de Entes Públicos – CNEP, responsável por padronizar a atuação processual da administração pública direta e indireta nas esferas municipal, estadual e federal. Esse cadastro permite uma melhor mensuração da litigância promovida pelo próprio Estado, além de constituir banco de dados relevante para que os agentes estatais e a sociedade civil discutam a forma, a quantidade e as razões da grande litigância da administração pública. O

DPJ, responsável pela coordenação desse cadastro, cria instrumento para aumentar as informações sobre o acesso à justiça do Estado, as quais são fundamentais para que a sociedade civil e a população possam exercer a *accountability* sobre os agentes estatais litigantes, analisando se o Estado está utilizando adequadamente a jurisdição.¹⁴⁷

O DPJ/CNJ, em conjunto com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), lançou o edital n. 20/2010/CAPES/CNJ para fomentar a pesquisa científica sobre temas fundamentais ao exercício da jurisdição como i) sistema de justiça criminal brasileiro, ii) o desempenho dos órgãos judiciário, iii) prestação jurisdicional eficiente, iv) atuação, competências e interfaces do CNJ com outros órgãos do judiciário e com outros poderes, v) tecnologia da informação e judiciário e vi) juizados especiais (BRASIL, 2010a).

Como o Conselho Nacional possui a função de apresentar relatórios anuais sobre o poder judiciário, sugerindo as providências que julgar necessárias ao congresso nacional, a promoção de reflexão científica por programas de pós-graduação de excelência auxiliam na construção de propostas e diagnósticos. Ainda, a produção de pesquisas científicas traz elementos para discussão sobre o judiciário pela sociedade civil e pelos agentes estatais, aumentando a discussão sobre as *accountabilities* judiciais institucional e comportamental

O Departamento de Pesquisas Jurídicas desenvolve ainda a atividade de gestão socioambiental, realizando consultas, monitoramento, pesquisas e levantamentos de dados. Conforme estabelece o *caput* do art. 103-B, CF, o CNJ é responsável pela atuação administrativa e financeira do judiciário, tendo emitido diversas recomendações e resoluções. A aplicação dessas recomendações e resoluções é objeto de estudo e monitoramento pelo NPJ.

A recomendação n. 11 de 2007 apresenta diretrizes para uma gestão administrativa dos tribunais e órgãos do poder judiciário dotada de responsabilidade ambiental. Encontram-se recomendações sobre uso de papel reciclável, resíduos e outras normas para promover um uso mais sustentável dos recursos materiais.

Por sua vez, a recomendação n. 27 de 2009 versa sobre o processo de inclusão social das pessoas com deficiência. Para a efetivação dessa meta, os

¹⁴⁷ Sobre o CNEP, cf. Brasil, 2012a.

tribunais devem prezar pela acessibilidade e habilitar e treinar os funcionários para prestarem serviços adequados às pessoas com deficiência.

O DPJ é importante por acompanhar e auxiliar na implantação da Resolução n. 70 de 2009. Esse ato normativo cria o planejamento e a gestão estratégica do CNJ e dos demais órgãos do poder judiciário com exceção do STF.

Há a necessidade de construção do plano estratégico do poder judiciário, por meio do plano estratégico nacional. A missão do plano é realizar a justiça, buscando o reconhecimento do judiciário como instrumento de justiça, equidade e paz social, segundo o art. 1º, I e II da Resolução n. 70.

Os valores que o judiciário deve prezar e buscar são: i) credibilidade, ii) acessibilidade, iii) celeridade, iv) ética, v) imparcialidade, vi) modernidade, vii) probidade, viii) responsabilidades sociais e ambiental e transparência, de acordo com o art. 1º, III, da Resolução n. 70. Esses valores informam como a instituição judiciária deve ser estruturada, assim como os magistrados e serviços auxiliares devem moldar seus comportamentos. Desse modo, são elementos de *accountabilities* judiciais institucional e comportamental.

Para concretizar a missão da justiça e os valores institucionais e comportamentais do judiciário, existem quinze objetivos separados em oito temas, no art. 1º, IV, da Resolução n. 70. O primeiro tema versa sobre a eficiência operacional, mensurada pela garantia da agilidade nos trâmites judiciais e administrativos (objetivo 1) e pela busca de excelência na gestão dos recursos operacionais (objetivo 2). A eficiência é princípio da administração pública e elemento da *accountability* judicial comportamental.

Acesso à justiça constitui-se em segundo tema, devendo as instituições judiciárias facilitarem o acesso à justiça (objetivo 3) e buscarem a efetividade das decisões judiciais (objetivo 4). A concretização do acesso à justiça representa um item fundamental no desenho institucional promovido pelos tribunais na utilização da independência institucional, constituindo-se em elemento para analisar a adequada utilização dessa independência (*accountability* judicial institucional). Também, o acesso à justiça representa um direito fundamental do cidadão que informa a leitura das leis e molda o comportamento judicial (*accountability* comportamental).

Os temas terceiro e quarto dizem respeito à responsabilidade social e ao alinhamento e integração. A responsabilidade social possui como objetivo (5) a

promoção da cidadania. O povo é o *principal* direto ou indireto de todos os agentes estatais, questão central da *accountability*.

Desse modo, é óbvio que o judiciário possui uma responsabilidade social de, por meio de suas decisões pautadas na livre interpretação das leis e da constituição (independência judicial decicional), concretizar os direitos dos cidadãos. O parâmetro de concretização da cidadania representa um elemento de *accountability* institucional que informa a maneira pela qual a independência judicial deve ser exercida.

Sobre o alinhamento e a integração, os objetivos são garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades do judiciário (objetivo 6) e fomentar a interação e a troca de experiências entre os órgãos da justiça e tribunais nacionais, assim como internacionais (objetivo 7). Garantir o alinhamento dos órgãos do judiciário à missão, aos valores e aos objetivos do plano estratégico significa garantir que a independência institucional dos tribunais seja informada pelo plano estratégico. Dessa forma, representa elemento de *accountability* judicial institucional.

A atuação institucional (tema) possui como elementos fortalecer e harmonizar as relações entre poderes, setores e instituições (objetivo 8), disseminar valores éticos e morais por meio da atuação institucional (objetivo 9) e aprimorar a comunicação com os públicos externos (objetivo 10). O judiciário é um poder independente e dotado de poder de *accountability* horizontal sobre outros agentes estatais.

Não se pode esquecer, de outro lado, que os três poderes instituídos possuem como função última a concretização da democracia constitucional no Estado Democrático de Direito. Apesar das tensões naturais entre os poderes e os agentes estatais, não se pode olvidar da necessidade de também buscar harmonia entre os agentes estatais para concretizar elementos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A concretização de valores éticos e morais informa a maneira como os membros do poder judiciário e os servidores auxiliares devem agir (*accountability* judicial institucional e comportamental). O objetivo dez, por sua vez, impõe a melhor comunicação com os públicos externos. A apresentação de informações do judiciário para o público externo é importante para permitir a *accountability* horizontal externa do judiciário pelos outros poderes e ministério público e a *accountability* social pela sociedade civil.

Os temas seis e sete representam a gestão de pessoas e infraestrutura e tecnologia, sendo esses objetivos desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes de magistrados e servidores auxiliares (11), motivar e comprometer os magistrados e servidores com a estratégia (12), garantir a infraestrutura apropriada (13) e garantir a disponibilidade de sistemas de tecnologia da informação (14). Os objetivos onze e doze procuram alinhar as atividades dos magistrados e servidores ao plano estratégico, tratando-se de *accountability* judicial comportamental. Os objetivos treze e quatorze informam como a instituição judiciária deve ser estruturada (*accountability* judicial institucional).

Por fim, o último tema centra-se no orçamento, determinando como objetivo quinze a existência de recursos para colocar em prática o plano estratégico. No que se refere à implantação do plano estratégico, os tribunais, com exceção do STF, necessitam construir seus planos estratégicos, seguindo as diretrizes estabelecidas no plano estratégico nacional, de acordo com o art. 2º da resolução 70 do CNJ.

Esses planos devem possuir a vigência mínima de cinco anos. Ainda, os planos estratégicos dos tribunais necessitam de: i) pelo menos um indicador de resultado para cada objetivo, ii) metas de curto, médio e longo prazos em cada um dos objetivos e iii) projetos e ações para atingir as metas fixadas, segundo o art. 2º, § 1º, da Resolução n. 70.

Os tribunais devem fazer reuniões trimestrais para acompanhamento da execução do plano e promoção dos ajustes necessários, segundo o art. 5º da Resolução n. 70. Ainda, o CNJ coordenará a instituição de indicadores de resultados, metas e projetos de âmbito nacional, apresentando metas de nivelamento, de acordo com o art. 6º da Resolução n. 70.

Sobre os indicadores nacionais para avaliar a concretização dos planos estratégicos dos tribunais, o CNJ fixou quarenta e seis¹⁴⁸. As metas nacionais, por

¹⁴⁸ Esses indicadores são “01 - Índice de Confiança no Poder Judiciário, 02 - Índice de satisfação do cliente, 03 - Taxa de Congestionamento, 04 - Produtividade do magistrado (conhecimento), 05 - Índice de atendimento à demanda, 06 - Índice de agilidade no julgamento, 07 - Índice de processos antigos, 08 - Agilidade na tramitação dos processos, 09 - Índice de virtualização dos processos novos, 10 - Índice de agilidade na publicação dos acórdãos, 11 - Eficiência operacional, 12 - Eficiência na arrecadação de receitas, 13 - Redução do consumo de papel, 14 - Redução do consumo de água, 15 - Redução do consumo de energia, 16 - Índice de acesso à justiça, 17 - Taxa de Congestionamento na fase de execução, 18 - Produtividade do magistrado (execução), 19 - Pessoas beneficiadas por projetos sociais 20 - Índice de gestão participativa, 21 - Sucesso na execução dos projetos estratégicos, 22 - Aproveitamento das Boas Práticas de Gestão, 23 - Parcerias estratégicas internas ao Judiciário 24 - Índice de parcerias estratégicas, 25 - Índice de promoção de valores éticos e morais, 26 - Publicação integral dos processos na Internet, 27 - Inf. orçamentárias e financeiras disponíveis, 28 -

sua vez, são fixadas nos Encontros Nacionais da Magistratura, organizado pelo CNJ e com participação da direção e dos magistrados de todos os tribunais brasileiros.

As metas nacionais para o judiciário em 2012 e 2013 foram fixadas no V Encontro Nacional do Judiciário. Nesse encontro, foram estabelecidas cinco metas nacionais: i) julgar uma quantidade maior de processos de conhecimento do que distribuídos em 2012 e também assim proceder em 2013, ii) porcentagem dos processos distribuídos que devem ser julgadas nos diversos ramos do judiciário, iii) disponibilizar na internet para consulta pública o andamento dos processos e decisões judiciais, iv) estabelecer núcleo de cooperação judiciária e juiz de cooperação¹⁴⁹ e v) implantar sistema eletrônico para consulta aos valores de custas e emissão de guia (BRASIL, 2011g).

A construção do plano estratégico dos tribunais representa a forma como o CNJ encontrou para padronizar importantes questões administrativas, financeiras e orçamentárias das justiças federal e estaduais, equilibrando com a autonomia dos tribunais e das justiças estaduais. O CNJ, órgão centralizador e federal, apresenta a estrutura do plano estratégico e os indicadores do plano.

Os tribunais, por sua vez, exercendo as autonomias administrativa, financeira e orçamentária estabelecem seus planos. De maneira conjunta, CNJ e tribunais fixam as metas que devem ser buscadas por todos os tribunais, as quais são fiscalizadas pelos tribunais e pelo CNJ. Essa foi a maneira estabelecida pelo federalismo judicial brasileiro para equilibrar centralização e descentralização na busca por *accountabilities* judiciais comportamental e institucional.

A lei n. 12.106 de 2009, por sua vez, disciplinou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). O DMF é responsável por fiscalizar os sistemas carcerários e a execução de medidas socioeducativas, isto é, o CNJ realiza a

Índice de inserções institucionais na mídia, 29 - Índice de matérias institucionais positivas, 30 - Capacitação nas competências estratégicas, 31 - Atingimento do Plano de Capacitação, 32 - Percentual do custeio em capacitação, 33 - Índice de alcance das metas, 34 - Índice do Clima Organizacional, 35 - Índice de absenteísmo, 36 - Índice de prevenção de saúde, 37 - Índice de aderência aos padrões mínimos de TI, 38 - Unidades com segurança armada e/ou eletrônica, 39 - Satisfação com as instalações físicas, 40 - Índice de condições de trabalho, 41 - Índice de aderência às metas do PETI, 42 - Disponibilidade de equipamentos de TI, 43 - Índice de disponibilidade de sistemas on-line, 44 - Índice de orçamento estratégico, 45 - Índice de execução do orçamento estratégico e 46 - Índice de execução do orçamento disponível” (BRASIL, 2012b).

¹⁴⁹ Trata-se de magistrado responsável de buscar a cooperação dos agentes estatais para auxiliar na concretização das decisões judiciais.

accountability horizontal sobre os agentes estatais que atuam nos referidos sistemas.

São atribuições do DMF, dentre outras, i) monitorar e fiscalizar se as recomendações e resoluções do CNJ são cumpridas nos temas de prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes, ii) planejar e coordenar nos tribunais mutirões para a reavaliação de prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes, iii) acompanhar e apresentar soluções para irregularidades nos referidos sistemas, iv) fomentar a capacitação social do interno dos sistemas e a reinserção social do egresso, v) propor ao CNJ a uniformização de procedimentos nos sistemas e vi) coordenar a instalação da assistência judiciária voluntária, segundo o art. 40-A, § 1º, RICNJ.

O sistema carcerário brasileiro é um problema estrutural do Estado brasileiro, sendo motivo de condenações regionais pelas suas constantes afrontas aos direitos humanos dos internos. Por exemplo, na penitenciária Urso Branco, em Rondônia, do período de 1 janeiro a 5 de junho de 2002, foram mortos trinta e sete presos.¹⁵⁰

Sobre os mutirões carcerários, nos anos de 2010 e 2011, em todo o Brasil, foram revisados 279 mil e 90 processos, sendo libertadas 21 mil e 3 pessoas que estavam presas irregularmente (BRASIL, 2011h). O número de pessoas presas ilegalmente impressiona e demonstra a inegável importância do programa.

Atualmente, por meio da portaria conjunta do CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) n. 01/09, foi disciplinada a realização dos mutirões carcerários. Desse modo, os magistrados e os membros do ministério público com competência em matérias criminal, infracional e execução penal devem fazer revisão da legalidade das prisões provisórias e definitivas, nos termos do art. 1º da portaria n. 01/09.

Também, para a realização dos mutirões, os tribunais e os membros do ministério público podem realizar ações com participação da defensoria pública, Ordem dos Advogados do Brasil, órgãos da administração penitenciária e de segurança pública, instituições de ensino superior e outras instituições, segundo o art. 1º, § 1º, da portaria conjunta n. 01/09. No final dos mutirões, os magistrados e os membros do ministério público encaminham relatórios às corregedorias nacionais da magistratura e do ministério público informando as medidas adotadas, a

¹⁵⁰ Sobre as diversas medidas cautelares determinadas pela Corte Interamericana ao Brasil nesse caso, cf. SILVA, 2006, p. 57-58.

quantificação e as propostas de aperfeiçoamento das rotinas de trabalho e dos sistemas carcerário e socioeducativo, de acordo com o art. 4º, da portaria conjunta n. 01/09.

No Paraná, em 2010, aconteceu o mutirão carcerário. Em ofício de janeiro de 2010, o governador Roberto Requião solicitou ao CNJ a realização do mutirão carcerário (BRASIL, 2010b, p. 14). O mutirão carcerário no Paraná foi construído com a participação do CNJ, CNMP, TJ/PR, Secretaria de Segurança Pública do Paraná, Secretaria de Justiça e Cidadania do Paraná e Polícias Civil e Militar do Paraná, com apoio de funcionários da justiça federal e da justiça do trabalho pelo Acordo de Cooperação Técnica n. 6/2010.

A atuação do grupo foi dividida em quatro pólos: i) Curitiba, Região Metropolitana e Litoral, ii) Ponta Grossa e Guarapuava, iii) Londrina e Maringá e iv) Foz do Iguaçu, Cascavel e Francisco Beltrão. Foram analisados 21.492 processos, sendo concedidos 3.535 benefícios como 674 liberdades provisórias, 162 relaxamentos de prisões e 262 livramentos condicionais (BRASIL, 2011h, p. 138).

Também em virtude do mutirão foi adotado *software* para facilitar a dosimetria da pena e aconteceram interdições de cadeias (por exemplo, 2º Distrito de Londrina, 12º Distrito de Curitiba, 9º Distrito de Colombo) (BRASIL, 2011h, p. 140). No relatório, o mais importante foi a apresentação de um vasto diagnóstico do sistema de execução penal e socioeducativo, analisando as comarcas da justiça estadual, a atuação do ministério público, a infra-estrutura e os procedimentos nas cadeias, prisões e centros socioeducativos.

Sobre as medidas socioeducativas, o CNJ abriu consulta sobre minuta de resolução para padronizar normas e procedimentos administrativos na aplicação de medidas socioeducativas pelo judiciário em dezesseis de janeiro de 2012 (BRASIL, 2012c). Por meio da abertura de consulta pública sobre minuta de resolução, possibilita-se a manifestação da população e de grupos da sociedade civil sobre normas que serão aplicáveis aos cidadãos. Implanta-se uma importante relação entre o *principal* povo com o agente estatal (CNJ) na discussão sobre a resolução (*accountability* vertical não eleitoral). Depois da aprovação da resolução, há o estabelecimento de uma relação de *accountability* horizontal entre o CNJ e outros agentes estatais (magistrados e agentes do sistema socioeducativo).

Outra atribuição do DMF diz respeito à assistência jurídica voluntária. Essa questão foi regulamentada pela Resolução n. 62/09 do CNJ. Os tribunais devem

estabelecer cadastro de advogados voluntários e não remunerados para prestação de assistência jurídica, podendo esse cadastro ser feito em cooperação com as defensorias públicas da união e estaduais, de acordo com o art. 1º, *caput*, da Resolução 62/09.

A Resolução n. 62/09 do CNJ também faculta aos tribunais firmar convênios com instituições de ensino superior jurídicas. Não há dúvidas da importância de existir assistência de advogados para a população. De outro lado, a melhor maneira de conceder assistência jurídica integral à população é estruturar adequadamente as defensorias públicas e não incentivar a advocacia dativa, a qual possui muitas limitações.

Com o intuito de auxiliar no processo de reinserção social dos egressos do sistema carcerário, também uma competência do DMF, foi criado o projeto “Começar de Novo”. Esse projeto ofertou 5.269 vagas de emprego, tendo sido preenchidas 2.211. Encontram-se abertas, em janeiro de 2012, 428 vagas para cursos de qualificação para egressos do sistema carcerário (BRASIL, 2012d).

Por fim, nos termos do art. 103-B, § 7º, CF, há determinação da criação de ouvidorias de justiça nos estados-membros pela união para o recebimento de denúncias contra magistrados e servidores auxiliares. A Resolução n. 103 de 2010 regulamenta esse dispositivo constitucional, disciplinando a ouvidoria do CNJ e a criação de ouvidorias nos tribunais.

A ouvidoria do CNJ constitui-se em canal de direto entre o cidadão e o CNJ, buscando que as informações trazidas pelos cidadãos orientem e aprimorem a atuação do conselho, de acordo com o art. 2º da Resolução n. 103. Há nesse dispositivo a construção de um desenho institucional que permite aos jurisdicionados apresentarem informações e pleitos que melhoram a atuação do CNJ. Assim, os cidadãos influenciam os agentes estatais não eleitos por meio de *accountability* vertical não eleitoral em tema institucional.

O ouvidor do CNJ é membro do conselho eleito pelo plenário, sendo da competência da ouvidoria i) receber consultas e prestar esclarecimentos acerca de atos, programas e projetos do CNJ, ii) receber informações, denúncias, críticas e sugestões de atividades do conselho, encaminhando ao setor competente e mantendo o interessado informado, iii) promover a interação entre os órgãos do conselho e os órgãos do poder judiciário com o intuito de atender as demandas e aprimorar os serviços prestados, iv) fornecer aos órgãos do conselho sugestões a

partir das manifestações dos cidadãos, v) buscar a integração com as ouvidorias dos tribunais, vi) apresentar e dar publicidade aos dados estatísticos sobre manifestações e providências e vii) encaminhar relatório trimestral ao conselho sobre as atividades, nos termos do art. 4º da Resolução n. 103.

De outro lado, não serão admitidas pela ouvidoria i) manifestações que exigem providências do plenário ou da corregedoria nacional, ii) notícias que constituam crimes, pois são da competência do ministério público e da polícia e iii) manifestações anônimas, segundo o art. 7º da Resolução n. 103. Os tribunais, por sua vez, devem estabelecer ouvidorias nos tribunais, as quais são competentes para: i) receber consultas e prestar informações sobre atos praticados no tribunal, ii) receber informações, denúncias, críticas e sugestões de atividades do tribunal, encaminhando ao setor competente e mantendo o interessado informado, iii) apurar as reclamações sobre deficiência na prestação de serviços, abusos e erros cometidos por servidores e magistrados, iv) fornecer aos órgãos dos tribunais sugestões de medidas a partir das manifestações dos cidadãos, v) apresentar e dar publicidade aos dados estatísticos sobre manifestações e providências e vi) encaminhar relatório trimestral ao presidente do tribunal sobre as atividades, segundo o art. 9 da Resolução n. 103.

Além de promover a *accountability* vertical não eleitoral (social) em tema de *accountabilities* judicial institucional e comportamental, há um nítido processo de centralização e federalização. O texto constitucional afirma que a união criaria ouvidorias nos estados-membros.

O CNJ, por sua vez, amenizou o ditame constitucional. O conselho determinou a criação de uma política uniforme e federal para as ouvidorias do judiciário, porém respeitou as autonomias dos tribunais das justiças federal e estadual com o estabelecimento de ouvidorias pelos próprios tribunais.

Freires, Bernardes e Rover (2011) analisaram os relatórios das ouvidorias do judiciário em 2010 e 2011 e realizaram pesquisa em oitenta e quatro dos noventa e um tribunais brasileiros. Constatou-se que oitenta e três por cento dos tribunais pesquisados possuem páginas de internet para a ouvidoria dos tribunais. Na análise do relatório trimestral sobre as ouvidorias do judiciário confeccionado pelo CNJ, observou-se no relatório do primeiro trimestre de 2011 que noventa e oito por cento das manifestações e reclamações para a ouvidoria em todo o país foram feitas de maneira eletrônica (FREIRES; BERNARDES; ROVER, 2011, p. 92).

Relevante observar que metade das demandas feita às ouvidorias versa sobre reclamações sobre magistrados e serviços auxiliares. Das reclamações dirigidas às ouvidorias, cinquenta por cento trata da morosidade judicial (FREIRES; BERNARDES; ROVER, 2001, p. 93-94).

Em outras palavras, vinte e cinco por cento de todas as demandas da ouvidoria enfrentam a questão da morosidade. Esse dado afirma que os cidadãos utilizam-se da apresentação de demandas às ouvidorias (*accountability* vertical não eleitoral) para reivindicar um elemento da *accountability* judicial comportamental (eficiência).

CONCLUSÃO

A partir da reflexão i) sobre a relação entre Estado de Direito e *accountability*, ii) acerca das modalidades de *accountability* e das relações entre independência e *accountability* judiciais, iii) sobre a compreensão da *accountability* no Estado Democrático de Direito brasileiro atual e iv) acerca da função de agente de *accountabilities* judiciais comportamental e institucional do CNJ, observam-se neste trabalho trinta e oito conclusões principais. Essas conclusões são expostas nos tópicos abaixo.

1. A independência e a *accountability* são dois elementos fundamentais dos poderes políticos do Estado e dos agentes estatais em geral. As obras de Locke, Montesquieu e Federalistas estruturam elementos da *accountability* horizontal, já apresentando reflexões sobre a representação, as eleições e *accountability* vertical eleitoral. Com Rousseau e Federalistas constrói-se a concepção de que o poder político reside em última instância no povo, sendo essa questão central nas relações de *accountability* nos Estados Democráticos de Direito.
2. No século XIX, observa-se uma maior intervenção do Estado na sociedade por meio da administração pública, trazendo a necessidade de estabelecer novas modalidades de *accountability* sobre os burocratas (agentes estatais não eleitos). Nesse contexto, são desenhados o controle de legalidade da ação da administração pública pelo judiciário e o controle hierárquico dos burocratas pelos superiores hierárquicos e políticos eleitos. Essas duas formas de controle enquadram-se no modelo de *accountability* horizontal.
3. Apesar da soberania do parlamento na Inglaterra no século XIX, Dicey defende a restrição, a limitação e o controle sobre as leis postas pelo parlamento pela ideia de *Rule of Law*. Dessa forma, há limites jurídicos construídos pelas tradições e costumes da *common law* que restringem a ação do parlamento. Essa concepção adota uma visão de *accountability* legal, pois o direito (leis, costumes e constituição) limita e controla a ação dos agentes estatais.
4. No Brasil imperial, a Constituição de 1824 prevê a existência de um poder moderador. Essa previsão de cinco poderes (monarca, gabinete, judiciário, representantes do povo e nobres) encontra-se na obra de Constant,

constituindo-se em visão sobre a *accountability* horizontal diversa da proposta dos federalistas (tripartição dos poderes com pesos e contrapesos). Essa fórmula constitucional, quando implantada no Brasil, estabeleceu o imperador como agente responsável pela *accountability* de todos os agentes estatais, como chefe do executivo e como agente estatal *unchecked*. Dessa forma, tratava-se de um desenho constitucional que atribuía grande autonomia ao imperador e pequeno (quase inexistente) controle sobre seus atos.

5. A defesa do controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pelos Federalistas, pelo Direito Público Alemão no Século XIX e por Hans Kelsen no século XX com a gradativa efetivação desses ditames nos Estados de Direito transformou o judiciário em importante ator de *accountability* horizontal. No Brasil, influenciado pelas instituições norte-americanas, foi estabelecido com o advento da república o controle judicial difuso de constitucionalidade. Pelo desenho institucional, o judiciário constituía-se em agente de *accountabilities* horizontal e legal (leis e constituição).
6. Em relação ao desenho do judiciário, foi criado um modelo de justiça radicalmente dual com justiças estaduais e justiça federal na República Velha. A principal razão do federalismo judicial, assim como da introdução da federação no Brasil nesse momento, foi atribuir poder às elites locais e, principalmente, aos estados-membros de São Paulo e Minas Gerais.
7. No século XIX, constata-se uma luta por inclusão social e uma crítica à sociedade e ao Estado burguês. A doutrina socialista científica acabou sendo implantada em parte dos Estados posteriormente no século XX. Nos países em que não aconteceu uma revolução política socialista, observou-se a busca por igualdade e liberdade material na fórmula do Estado Social de Direito. Esse modelo estatal valorizava o papel interventor do Estado, buscando relações de *accountability* para controlar e fiscalizar essas novas funções estatais.
8. O controle judicial de constitucionalidade, a legislação social que concedeu diversos direitos aos cidadãos, a industrialização e a urbanização trouxeram um aumento na provocação da jurisdição, sendo tematizada a questão do acesso à justiça. A busca por eficiência e por acesso à jurisdição tornou-se questão relevante, observando o desenho institucional de alguns dos

- elementos da *accountability* judicial comportamental (gestão do tempo processual, quantidade de casos julgados e etc.)
9. No Estado brasileiro, a Revolução de 30 e o Estado Novo implantaram forte centralização federal por meio do executivo federal. O legislativo não funcionou de 1937-1945, assim como os magistrados como regra seguiam os ditames do executivo federal e não foram realizadas eleições para o legislativo e o executivo. Em outras palavras, não existia *accountability* vertical eleitoral e a *accountability* horizontal era praticamente inexistente. Introduziu-se legislação social por meio da perspectiva positivista social e extinguiu-se a justiça federal. Nesse contexto, buscou-se introduzir a ideia de que inexistia uma justiça federal e outra estadual, sendo todos os órgãos do poder judiciário nacionais, isto é, o judiciário era poder uno.
 10. No período democrático de 1946-1964, foram restabelecidas a *accountabilities* horizontal e eleitoral. Deve-se registrar que as mulheres passaram a possuir direitos políticos, conquista que data do período da Revolução de 30 com as eleições da constituinte de 1934.
 11. O golpe de Estado de 1964 novamente restringiu às *accountabilities* horizontal, vertical e social. Nesse período, foi introduzido o controle concentrado de constitucionalidade com legitimidade ativa exclusiva do procurador geral da república e novamente foi prevista a existência da justiça federal.
 12. No judiciário brasileiro do período imperial até o golpe de Estado de 1964, observou-se o aumento da independência institucional do judiciário e a escolha de profissionais tecnicamente qualificados para integrar a magistratura. O modelo de seleção que se consolidou foi a realização de concurso público de provas e títulos para juízes substitutos e, subsidiariamente, indicação pelo executivo e a sabatina pelo legislativo de magistrados ou nomeação pelo chefe do executivo. Apesar da violação da vitaliciedade principalmente nos períodos de golpe e revolução, consolidaram-se as garantias da vitaliciedade, irredutibilidade dos vencimentos e inamovibilidade.
 13. A estrutura conceitual da *accountability* é composta pelos elementos informações, justificações e sanção. A *accountability* pressupõe a existência

de um agente que possui dever de apresentar informações e justificações sobre seus resultados e ações, podendo ser sancionado por um terceiro.

14. Na *accountability* vertical, existe uma relação entre o povo como *principal* e os agentes estatais. Os agentes estatais devem concretizar os anseios do povo, porém todos os agentes também possuem seus interesses próprios. Desse modo, há necessidade de construção de desenhos institucionais adequados que forneçam incentivos suficientes aos agentes para a concretização dos anseios populares.
15. A *accountability* vertical eleitoral constitui-se na possibilidade de os cidadãos-eleitores sancionarem os políticos e os partidos pelas ações e os resultados políticos. Para que a *accountability* eleitoral aconteça, os cidadãos devem receber informações e justificações sobre as ações dos agentes estatais eleitos. Precisa ser revista a forma pela qual as eleições são estruturadas, pois apenas um instrumento (voto) escolhe o programa dos candidatos e dos partidos (questão prospectiva) e sanciona os agentes estatais eleitos (*accountability* vertical eleitoral com função retrospectiva). Ainda, outras mudanças institucionais precisam ser feitas para maximizar a *accountability* vertical eleitoral.
16. A *accountability* vertical não eleitoral (social) constitui-se na relação de grupos da sociedade civil e da imprensa com os agentes estatais eleitos ou não eleitos. Por meio da busca e da análise de informações e justificações dos agentes estatais, os grupos sociais e a imprensa podem sancioná-los por não alcançar os resultados políticos almejados ou por violar o direito. As sanções da *accountability* social são a exposição pública dos agentes estatais e a formulação de denúncias aos órgãos de *accountability* horizontal responsáveis pela fiscalização dos agentes estatais. A *accountability* social é importante na democracia, porém não pode substituir a relevante função da *accountability* horizontal.
17. No que se refere à *accountability* horizontal, trata-se da relação dos agentes estatais eleitos ou não eleitos entre si. Um agente estatal pode requerer informações e justificações de outro agente estatal, sendo possível aplicar sanções. As sanções são tomadas i) por violação do direito (leis, constituição e costumes) pelos agentes estatais (*accountability* legal) e ii) pela não

- concordância dos agentes dotados do poder de sanção sobre decisão política de outro agente estatal (*accountability* política).
18. Independência judicial decisional significa que os magistrados possuem liberdade para interpretar as leis, a constituição e os costumes jurídicos no exercício da jurisdição. *Accountability* judicial decisional constitui-se na possibilidade de outro agente estatal ou particular de dirigir, de anular ou de rever a decisão judicial. São formas legítimas de exercer *accountability* judicial decisional: i) recursos judiciais, ii) discussão da ideologia dos candidatos quando escolhidos por agentes estatais eleitos e iii) crítica às decisões judiciais pela doutrina e pela sociedade civil.
 19. A eleição dos magistrados pelos cidadãos é polêmica e como regra não é adotada nos Estados Democráticos de Direito. Em trinta e três estados-membros da federação norte-americana existem eleições judiciais competitivas ou de retenção. Em algumas eleições judiciais, os eleitores sancionam os magistrados que exerciam a jurisdição pelas suas decisões judiciais. Essa forma de votar afronta de maneira ilegítima a independência judicial decisional e pratica uma forma de *accountability* judicial decisional eleitoral inadequada.
 20. De outro lado, as eleições judiciais de retenção poderiam ser usadas como elemento de *accountability* judicial comportamental. A *accountability* judicial comportamental mensura a qualidade técnica, a integridade, a honestidade, o cumprimento dos deveres judiciais, o tratamento adequado com as pessoas que se envolvem com a jurisdição, a gestão adequada do tempo e a eficiência judicial. O problema para o exercício da *accountability* judicial comportamental eleitoral é um problema clássico de *accountability*: informações sobre os elementos da *accountability* judicial comportamental.
 21. Para sanar essas lacunas informacionais, alguns conselhos de justiça estaduais norte-americanos realizam avaliações judiciais sobre o comportamento dos magistrados e informam os resultados aos cidadãos. Essas avaliações permitem que os votos dos eleitores sejam usados como mecanismo de *accountability* judicial comportamental e não como *accountability* judicial decisional. A existência de informações sobre os deveres comportamentais dos magistrados é apenas o primeiro passo para que as eleições judiciais sirvam para premiar ou sancionar os juízes pelos

seus comportamentos. De outro lado, o mais relevante para construir a *accountability* judicial comportamental eleitoral reside na mudança da cultura política, compreendendo os cidadãos que as eleições judiciais possuem como função analisar os deveres comportamentais judiciais.

22. A independência judicial institucional constitui-se na autonomia que o judiciário possui para realizar adequadamente sua função fim: exercer a jurisdição. São diversos os elementos que compõem a independência judicial institucional como poder de seleção dos magistrados e de servidores auxiliares, exercício do poder disciplinar sobre magistrados e servidores auxiliares, autonomias administrativa, financeira e orçamentária, garantias funcionais como vitaliciedade, irredutibilidade de salários e inamovibilidade, possibilidade de participar do processo legislativo de atos normativos relevantes para a magistratura e para a gestão da justiça, observância dos comandos judiciais pelos outros agentes estatais, participação dos outros agentes estatais na concretização dos interesses da magistratura e outras questões. A *accountability* judicial institucional diz respeito ao poder de fiscalizar, influenciar e sancionar o judiciário como um poder, como uma instituição.
23. A essência dos Estados Democráticos de Direito constitui-se no modelo de separação dos poderes com pesos e contrapesos. Desse modo não existe e não é adequado que ocorra uma independência judicial institucional plena. Há necessidade do exercício de *accountability* judicial institucional por outros poderes e por outros agentes estatais. Nesse sentido, por exemplo, é legítimo e necessário que o executivo e o legislativo participem da aprovação do Estatuto da Magistratura, do orçamento do judiciário e das normas processuais. A configuração específica da independência judicial institucional em cada país depende do desenho institucional constitucional da separação dos poderes, das relações de pesos e contrapesos e, principalmente, dos costumes constitucionais firmados pelos agentes estatais na interpretação e na concretização da constituição. Mudanças nos costumes constitucionais são possíveis, mas impõem forte carga argumentativa ao agente estatal que busca alterar esse costume.
24. Como o poder judiciário é composto por diversos agentes estatais (magistrados, órgãos e tribunais), a *accountability* judicial institucional também

é exercida por alguns agentes do judiciário sobre outros agentes judiciais. Em outras palavras, além da *accountability* judicial institucional externa, há a *accountability* judicial institucional interna. Esta forma de *accountability* é exercida pelo tribunal de maior hierarquia, pelos conselhos de justiça (quando a maioria dos membros são juízes), pela direção dos tribunais e pela corregedoria de justiça.

25. Os Estados Democráticos de Direito por meio da constituição, das leis e dos costumes constitucionais prescrevem tanto instrumentos de *accountability* judicial institucional externa como mecanismos de *accountability* judicial institucional interna. Observa-se uma tendência nos Estados Democráticos de Direito pelo estudo do desenho institucional das magistraturas federal norte-americana, francesa, irlandesa e brasileira em aumentar a *accountability* judicial institucional interna e diminuir a *accountability* judicial institucional externa. A ampliação da *accountability* judicial institucional interna não afronta a independência judicial institucional apesar de redesenhar as relações de poder dentro do judiciário, causando muitas vezes conflitos internos como se observa, por exemplo, no Brasil.
26. Campos e O'Donnell no seu argumento da democracia delegativa original apontaram a existência de grande poder no executivo federal brasileiro, existindo déficits severos de *accountabilities* horizontal, vertical eleitoral e social. Analisando a realidade institucional, esses autores afirmam que o judiciário e o legislativo eram poderes substancialmente dependentes do executivo federal, não sendo utilizados instrumentos de *accountability* horizontal sobre o executivo federal. O'Donnell assevera que após a redemocratização as eleições constituíam-se em mecanismo de simples delegação de poder ao executivo eleitoral, inexistindo uma adequada *accountability* eleitoral. De outro lado, ambos os autores afirmam que a participação da sociedade civil e da imprensa no processo político é pequena, causando uma lacuna na *accountability* social.
27. Em uma análise da Constituição Federal de 1988 observa-se a existência de mecanismos de *accountabilities* eleitoral, horizontal e social. De outro lado, por meio da judicialização da política e da politização do judiciário, comprovou-se que o judiciário aplica com grande intensidade a *accountability* horizontal sobre os outros poderes políticos e os agentes estatais após a

Constituição de 1988. Ainda, o judiciário é dotado de grande independência judicial institucional e plena independência judicial decisional. Desse modo, a hipótese de Campos e de O'Donnell no argumento original da democracia delegativa comprovaram-se equivocados. A falsidade das hipóteses de Campos e O'Donnell e os elementos apresentados neste trabalho não apontam que o Brasil possui todos os problemas de *accountability* resolvidos. Somente comprova que o Brasil possui instrumentos de *accountability* e luta pela implantação desses mecanismos, tendo dificuldades, assim como todos os Estados Democráticos de Direito possuem, em concretizar as diversas modalidades de *accountability*.

28. A judicialização da política constitui-se em fenômeno global nos Estados Democráticos de Direito encontrando-se i) na declaração de nulidade ou na anulação de leis, de atos normativos e atos administrativos de efeitos concretos, ii) na participação do judiciário na formulação de políticas públicas e iii) na intervenção do judiciário no processo eleitoral, na dinâmica dos grupos políticos e no processo legislativo. As duas principais razões para a judicialização da política residem na busca por garantia de direitos e na fragmentação do poder que torna necessário ou conveniente que a decisão política seja tomada pelo judiciário. No Brasil, além dos motivos gerais, há as razões específicas para a judicialização da política: i) grande quantidade de direitos fundamentais existentes na constituição, nas leis infraconstitucionais e nos tratados de direitos humanos incorporados ao sistema jurídico brasileiro e ii) ampliação dos legitimados ativos para propor ações concentradas de constitucionalidade no STF, solidificação das tutelas coletivas e possibilidade de controle difuso de constitucionalidade sobre ações do legislativo e do executivo por magistrados de primeira instância.
29. A politização do judiciário é consequência da judicialização da política, pois temas políticos precisam ser analisados em processos judiciais, obrigando os magistrados a tomarem posição política no exercício da jurisdição. A urbanização, a industrialização, o gradativo conhecimento dos direitos, a existência de amplo rol de direitos, a estruturação das defensorias públicas e a estabilidade institucional brasileira são motivos para o grande aumento da provocação do judiciário. Há também razões negativas como a utilização sistemática da jurisdição pelo Estado e por grandes litigantes para

- desencorajar e dificultar, em razão dos custos e do tempo do processo, a obtenção dos direitos pelos cidadãos. O aumento nos casos trazidos e a demora na prestação jurisdicional instalaram as discussões da reforma do judiciário na década de noventa do século passado.
30. O debate sobre a reforma do judiciário também refletiu sobre as grandes independências judiciais institucional e decisional após a Constituição Federal de 1988. Não apenas foi mantido o desenho institucional brasileiro que concede substancial independência judicial institucional com as autonomias financeira, administrativa, orçamentária e disciplinar, o autogoverno e as garantias funcionais (vitaliciedade, irredutibilidade dos vencimentos e inamovibilidade). Também, cessaram as afrontas políticas ilegais ao judiciário existentes no golpe de Estado de 1964 de exoneração e aposentadoria dos poucos magistrados que atuaram contra o governo autoritário e eliminou-se o Conselho da Magistratura Nacional, que foi criado em 1977.
31. No que se refere ao poder disciplinar administrativo, competia apenas aos próprios tribunais fiscalizar o cumprimento dos deveres judiciais dos magistrados após a Constituição Federal de 1988. Desse modo, não se desenhou adequadamente o sistema de controle disciplinar administrativo dos juízes, pois não foram concedidos os incentivos suficientes para que os magistrados buscassem seguir da melhor maneira possível os deveres funcionais. Ainda, não se estabeleceu, conforme propõe a *accountability* horizontal, outro agente estatal além dos tribunais para conhecer ou rever aspectos disciplinares dos magistrados. Com a extinção do Conselho da Magistratura Nacional, a fiscalização disciplinar dos membros dos tribunais (desembargadores) foi fortemente abalada na prática.
32. Com a preocupação de atacar o problema da prestação da justiça adequada (garantia dos direitos) e célere e o déficit de *accountabilities* judiciais institucional e comportamental, foi proposta a PEC n. 96/92. Essa proposta sugeria a criação de conselho da magistratura, além de diversas outras alterações para concretizar uma mais adequada *accountability* judicial comportamental e a ampliação da *accountability* judicial institucional externa. Esse projeto incorporava a participação do ministério público, além da OAB, nos concursos públicos de juízes substitutos (*accountability* judicial institucional externa) e determinava que a promoção e a vitaliciedade apenas

- seriam concedidas após avaliação dos magistrados pelo conselho da magistratura, pela OAB e pelo ministério público (*accountability* institucional externa e *accountability* judicial comportamental).
33. A PEC n. 112/95 formulou o sistema de controle do judiciário, na composição do conselho buscou-se equilibrar um máximo de *accountability* judicial institucional externa sem dar margem para a crítica de afronta à independência judicial. Os conselhos seriam compostos por cinco conselheiros magistrados e cinco conselheiros não magistrados. Também, essa proposta estabeleceu um conselho da justiça federal e conselhos das justiças estaduais para evitar a crítica de violação do pacto federativo com a criação de um único conselho de justiça. O sistema de controle do judiciário, composto pelos conselhos de justiça, seria dotado de competências de *accountabilities* judicial institucional e comportamental.
34. A redação final da PEC n. 96/92 foi formulada em 2000, com grande ampliação e revisão dos temas originalmente propostos em 1992. A maior parte dos dispositivos da versão da proposta de emenda constitucional de 2000 transformou-se na emenda constitucional n. 45 de 2004. A reforma do judiciário procurou atacar o problema da eficiência judicial, além de aumentar os instrumentos de *accountability* dos agentes estatais em geral e de *accountability* judiciais institucional e comportamental.
35. O Conselho Nacional de Justiça constituiu-se em órgão do poder judiciário, composto por sessenta por cento de magistrados, com poderes de *accountabilities* judiciais institucional e comportamental. Desse modo, o CNJ é um agente estatal de *accountability* judicial institucional interno. A atuação do CNJ promove principalmente um redesenho parcial das relações de poder administrativo, disciplinar, orçamentário e financeiro no seio do judiciário, retirando poder principalmente das direções dos tribunais. Esse redesenho causou, com a ADI n. 3367 sobre inconstitucionalidade do conselho e com a discussão das competências do CNJ por exemplo na ADI n. 4638, confrontos entre membros da magistratura. Há elementos de *accountability* judicial institucional externa em razão de quarenta por cento dos conselheiros não serem magistrados e devido ao fornecimento de maiores informações à população sobre o judiciário, permitindo o exercício de *accountability* judicial institucional social.

36. As competências do CNJ promovem principalmente a *accountability* horizontal, pois o conselho exige informações e justificações dos magistrados, tribunais, servidores auxiliares, cartórios e notários, podendo sancioná-los. De outro lado, por meio da concretização do princípio da publicidade no judiciário, do recebimento de denúncias de ilícitos disciplinares de agentes judiciais, da existência de ouvidorias de justiça e da apresentação de relatórios, o CNJ possibilita o exercício de *accountabilities* sociais judiciais institucional e comportamental.
37. O Conselho Nacional de Justiça não representa uma afronta ao pacto federativo, porém o argumento que sustenta essa afirmação não é o caráter nacional do poder judiciário. O judiciário, assim como o executivo e o legislativo, é composto por entes da união e dos estados-membros. Ainda, inexistente uma peculiaridade do judiciário que justifique seu caráter unitário e nacional. A tese do federalismo judicial, defendida neste trabalho, é consolidada nos Estados Unidos da América. Na federação, as autonomias dos estados-membros são exercidas nos limites da regulamentação uniforme promovida pela união. Desse modo, o CNJ constitui-se em um órgão judicial federal que promove a uniformização de determinados procedimentos e instituições para todos os tribunais federais e estaduais. Essa centralização, conforme afirmam Vianna, Burgos e Salles, advém de um processo de reivindicação de maior padronização de alguns temas e instituições na federação.
38. O exercício do poder regulamentar do CNJ, previsto no inciso I, do art. 103-B, CF, não pode i) estabelecer novos direitos e deveres, ii) criar regras gerais e abstratas e iii) restringir direitos fundamentais. Por sua vez, esse poder regulamentar deveria concretizar leis formais (leis ordinárias e complementares) já estabelecidas e excepcionalmente efetivar diretamente a constituição. Esse poder regulamentar possui uma função parecida com as leis medidas, devendo o CNJ exercer esse poder no âmbito de sua competência (atuações financeiras e orçamentárias, cumprimento dos deveres judiciais e outras competências postas na constituição e no Estatuto da Magistratura). Concorde-se que há uma diferença estrutural e política entre as leis ordinárias e complementares, de um lado, e o poder regulamentar do CNJ, de outro lado. Os limites do poder regulamentar do CNJ dependem de duas questões: i) novo Estatuto da Magistratura Nacional

e ii) costumes constitucionais firmados pelo CNJ, Supremo Tribunal Federal, congresso nacional e presidente da república.

BIBLIOGRAFIA

ABENDROTH, Wolfgang. El Estado del derecho democrático y social como proyecto político. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. **El Estado social**. Tradução de José Puente Egidio. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 9-42.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Marina Hermínia Tavares de. O Estado no Brasil contemporâneo: um passeio pela história. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (org.). **A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 17-37.

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e *accountability*. **Lua Nova**. Ns. 55-56, p. 85-103, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Controle externo do judiciário e a soberania popular. In: SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 185-191.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. **Constituição (1937)**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. **Ato institucional n. 1.** Brasília, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em: 10 fev. de 2012.

_____. **Constituição (1988).** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. Projeto de Emenda à Constituição n. 96 de 1992. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 1º maio, 1992, Seção 1, p. 7847-7853.

_____. Projeto de Emenda à Constituição n. 112 de 1995. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 8 ago., 1995, Seção 1, p. 16486-16487.

_____. Redação Final do Projeto de Emenda à Constituição n. 96 de 1992. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 8 jun., 2000, p. 30903-30915.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3367/DF.** Brasília, DF, 13 abr. 2005, p. 197-396. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 23 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.900/DF.** Brasília, DF, 12 set. 2007.

_____. Conselho Nacional de Justiça; Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Edital CAPES/CNJ n. 20/2010.** Brasília, DF, 2010a. Disponível em: <http://www.ufjf.br/propesq/2010/05/06/edital-capes-programa-de-apoio-a-pesquisa-juridica/>. Acesso em: 25. Jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário realizado no Paraná.** Brasília, DF, 21 jun. 2010b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/parana.pdf>. Acesso em: 26. Jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Tabelas de casos novos por classe e assunto**. Brasília, DF, set. 2011a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/documentos>. Acesso em : 25. Jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números: justiça estadual em 2010**. Brasília, DF, set. 2011b. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf. Acesso em : 25. Jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Dotação inicial dos órgãos do poder judiciário integrantes do orçamento geral da união**. Brasília, DF, set. 2011c. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/orcamento-do-poder-judiciario-da-uniao/dotacao-inicial-dos-orgaos-do-poder-judiciario-integrantes-do-orcamento-geral-da-uniao/file/203-orcamento-2011>. Acesso em : 25. Jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Execução orçamentária órgãos do poder judiciário integrantes do orçamento geral da união**. Brasília, DF, set. 2011d. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/orcamento-do-poder-judiciario-da-uniao/execucao-orcamentaria-dos-orgaos-do-poder-judiciario-integrantes-do-orcamento-geral-da-uniao>. Acesso em: 25. Jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de informação de magistrados**. Brasília, DF, set. 2011e. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?d=consulta&a=consulta&f=formRespostas&seq_magistrado=128965&nome=ANTONIO_CARLOS_RIBEIRO_MARTINS&tipo=Titular&dat_inicial=01/09/2009&dat_final=30/09/2009&seq_produtividade_magistrado=157563&seq_serventia_judicial=8609&uf=PR. Acesso em: 25 jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Serventias judiciais de segundo grau - recibo de produtividade do magistrado**. Brasília, DF, set. 2011f. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?d=consulta_seg_grau&a=consulta

[_seg_grau&f=formRelatorioCompleto&seq_produtividade=50537](#). Acesso em: 25 jan. 2012.

_____. Encontro Nacional do Judiciário. **Metas nacionais 2012 e 2013**. Porto Alegre, RS, 18 nov. 2011g. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/metas2011/not/not21112011.asp>. Acesso em: 26 jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão de carcerário 2010-2011**. Brasília, DF, nov. 2011h. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/noticias/resultados_estados_mutirao_2010_2011.pdf . Acesso em: 25 jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Entes Públicos**. Brasília, DF, set. 2012a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/2011-11-16-17-02-51>. Acesso em: 25 jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Tira dúvidas dos indicadores**. Brasília, DF, set. 2012b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/estrategia/index.php/manual/plano-nacional/indicadores/>. Acesso em: 25 jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Minuta de resolução que dispõe sobre normas gerais de controle e execução de medidas socioeducativas**. Brasília, DF, jan. 2012c. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/minutaresolucao.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Projeto começar de novo**. Brasília, DF, jan. 2012d. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/projetocomecardenovo/index.wsp>. Acesso em: 26 jan. 2012.

BRODY, David C. The use of judicial performance evaluation to enhance judicial accountability, judicial independence and public trust. **Denver University Law Review**. V. 86, n.1, p.1-42, 2008.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. **Justiça célere e eficiente**: uma questão de governança judicial. São Paulo: Ltr, 2010.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzir para o português? **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, fev-abr, p. 30-50, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARRINGTON, Paul D. Judicial independence and democratic accountability in highest state courts. **Law and contemporary problems**. V. 61, n. 3, p. 79-126, summer 1998.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. V. 4, São Paulo: Editora RT, 2011a, p. 659-675.

_____. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3. ed., atual. e amp., 2011b.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios políticos constitucionais**: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à constituição atual da França (1814). Tradução de Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

COSTA, Pietro. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.; SCHEDLER, Andreas. Introduction. In: _____. **The self-restraining state**: power and accountability in new democracies. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 1-10.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of constitution**. 5. ed. London: Macmillan and Co., 1897.

DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

ELEY, Geoff. **Forjando a democracia**: história da esquerda na Europa, 1850-2000. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

EMMERICH, Gustavo Ernesto. Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana. **POLIS**. N. 4, v. 2, p. 67-90, 2004.

FEREJOHN, John. Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. **Southern California Law Review**. V. 72, p. 353-384, 1999.

_____. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**. V. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. **El Estado social**. Tradução de José Puente Egidio. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986a, p. 43-67.

_____. Concepto y esencia del Estado social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. **El Estado social**. Tradução de José Puente Egidio. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986b, p. 69-106.

FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda; BERNARDES, Marciele Berger; ROVER, Aires José. Políticas públicas responsivas do Conselho Nacional de Justiça: análise da ouvidoria. **Revista democracia digital e governo eletrônico**. N. 5, p. 84-99, 2011.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Guarding the guardians: judicial councils and judicial independence**, 2008, p. 1-39. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1303847. Acesso em: 24 dez. 2011.

GEYH, Charles. Judicial Independence, Judicial Accountability, and the Role of Constitutional Norms in Congressional Regulation of the Courts. **Indiana law journal**. V. 78, n. 153, p. 153-222, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

HAMMERGREN, Linn. **Do judicial councils further judicial reform?** Lessons from Latin America. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 2002.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Tradução de Luis Tobio. 2. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HESPANHA, António. Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma. In: _____. **Justiça e litigiosidade**: história e perspectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 5–58.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004a.

_____. **Diálogo entre um filósofo e um jurista.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004b.

IRELAND. **Courts service strategic plan 2008-2011.** Dublin: Courts Service, 2007.
Disponível em:
<http://www.courts.ie/Courts.ie/library3.nsf/PageCurrentWebLookUpTopNav/Publications>. Acesso em 30 jan. 2012.

JEFFERSON, Thomas. Escritos políticos. In: JEFFERSON, Thomas; PAINE, Thomas; HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John; TOCQUEVILLE, Alexis. **Os pensadores.** 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 2-40.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito.** Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado.** Tradução de Fernando Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1951.

_____. **¿Quien diebe ser el defensor de la constitución?** Madrid: editorial Tecnos, 1995.

_____. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira (1841-1920).** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LAPA, Fernanda Brandão; PAUL, Chrystiane de Castro Benatto. A primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito do Cesusc.** N. 2, jan-jun, p. 87-107, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** 2. ed. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. **Lua Nova**. N. 67, p. 105-138, 2006.

MARX, Karl. **A questão judaica**. 2. ed. São Paulo: Moraes, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da Accountability: dilemas e alternativas da representação política. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n. 25, p. 25-38, nov. 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirono de Andrade. **Accountability no Brasil**: os cidadãos e os meios institucionais de controle dos seus representantes. 2006. Tese (Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NORTH, Douglas. The new institutional economics and third world development. In: HARRIS, J. et al (eds.). **The new institutional economics and third world development**. London: Routledge, 1995, p. 17-27.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* Horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**: Revista de cultura e política, n. 44, São Paulo, p. 27-54, 1998.

_____. Democracia Delegativa. **Journal of Democracy en Español**. Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 1, p. 7-23, jul. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Gomes Lund e Outros vs. Brasil**. San Jose, 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/sentenca-comissao-internacional.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2012.

OFFE, Claus. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 119-145.

PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, v. 43, n. 6, p.1343-1368, 2009.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Accountability* social: la outra cara del control. In: _____. **Controlando la política**. Ciudadanos e medios en las nuevas democracias latinoamericanas. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002, p. 23-52.

PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 323-345.

_____. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 39-73.

RADBRUCH, Gustav. Leyes que No son Derecho y Derecho por Encima de las Leys. In: RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhardt; WELZEL, Hans. **Derecho Injusto e Derecho Nulo**. Trad. e Int. José Maria Rodriguez P., Madrid: Aguilar, 1971, p. 3-22.

RIBEIRO, Renato Janine. Prefácio. HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004b.

RODRIGUES, Leandro do Nascimento. **O Conselho Nacional de Justiça como instrumento de *accountability* horizontal**: análise do período de 2005-2007. 2008. Dissertação (Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

ROMÊO, Christiane Itabaiaba Martins. Mecanismos institucionais de controle e limitação do poder. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo. **Curso de Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 171-210.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Rendición de cuentas e Estado de derecho en las consolidaciones de las democracias. **Perfiles Latinoamericanos**. N. 26, jul-dic, p. 9-53, 2005.

ROUSEAU, Jean-Jaques. Do contrato social. In: _____. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 1- 243.

RUIZ, Gregorio. **Federalismo judicial**: el modelo americano. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

SADEK, Maria Tereza. O poder judiciário na reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 323-345.

_____. Judiciário: mudanças e reformas. **USP- Estudos avançados**. V. 18, n. 51, p. 91-92, maio/ago. 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Fabiano. República de 46: separação de poderes e política alocativa. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (org.). **A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 39-72.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.; SCHEDLER, Andreas (orgs). **The self-restraining state: power and accountability in new democracies**. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 13-28.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, Andressa Souza e. A Corte Interamericana de direitos humanos. **Revista jurídica**: Presidência da República. V. 8, n. 79, p. 47-61, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_79/artigos/PDF/Andressa_Rev79.pdf. Acesso em: 26 jan. 2012.

TREBILCOCK, Michael J.; DANIELS, Ronald J. **Rule of law reform and development: charting the fragile path of progress**. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**: revista de sociologia da USP. V. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VOERMANS, Win; ALBERS, Pim. **Councils for the judiciary in EU countries**. Council of Europe, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei, temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WEHMEIER, Sally (ed.). **Oxford advanced learner's dictionary of current english**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ZEMANS, Frances Kahn. The accountable judge: guardian of judicial independence. **Southern California Law Review**. V. 72, p. 625-655, 1999.