

# ESTADO DE DIREITO, ACCOUNTABILITY E MECANISMOS DE CONTROLE DO JUDICIÁRIO COMO FORMAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS\*

## STATE OF LAW, ACCOUNTABILITY AND MECHANISMS OF JUDICIAL CONTROL AS FORMS OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Marcelo Antonio Theodoro\*\**  
*Vanderson Rafael Nascimento\*\*\**

### RESUMO

O presente artigo pretende abordar temas ligados ao controle da atuação do poder judiciário a partir da perspectiva de proteção de direitos e garantias fundamentais. É dizer, pretende discutir se, em sendo exercido um maior controle ou responsabilização do judiciário, poderia se falar em uma menor proteção de direitos fundamentais. Para tanto, é de bem registrar, então, que o artigo parte da premissa de que o poder judiciário atua como guardião na busca da proteção de direitos e garantias fundamentais, exercendo seu poder sobre os demais poderes, o que, por si só, denota a relevância do estudo dos mecanismos de controle do judiciário.

**Palavras-chave:** Poder; Controle; *Accountability*; Decisão judicial.

### ABSTRACT

This essay intends to address issues related to the control of the judiciary's performance from the perspective of protection of rights and fundamental guarantees. In other words, it intends to discuss whether the exercise

---

\* O presente artigo foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa "Direito Constitucional – Novas perspectivas à luz da efetividade dos direitos fundamentais", certificado pela UFMT e registrado no CNPQ conforme *link*: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5042797295531333>.

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da disciplina de Direito Constitucional. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (Mestrado) na disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional. Coordenador do Grupo de Pesquisas em Direito Constitucional (GConst) na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. E-mail: m.theodoro@uol.com.br.

\*\*\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Membro do Grupo de Pesquisas em Direito Constitucional (GConst). Bolsista pelo Programa de Iniciação Científica (PIBIC-UFMT) pela Fapemat. E-mail: rafael.vanderson@gmail.com.

of a greater control or accountability of the judiciary could lead to less protection of fundamental rights. In order to do so, it must be stated, then, that this paper starts from the premise that the judiciary acts as guardian in the search for the protection of fundamental rights and guarantees, exercising its power over other branches, which in itself denotes only the relevance of the study of judicial control mechanisms.

**Keywords:** Power; Control; Accountability; Judicial decision.

## INTRODUÇÃO

De há muito, o poder judiciário, sobretudo a partir da jurisdição constitucional, passou a ter papel ativo na proteção de direitos e garantias fundamentais consagrados nas cartas políticas dos Estados modernos. Mais do que isso, é fato que, por muitas vezes, atua quando os demais poderes trabalham de maneira insuficiente. Surge, portanto, um problema: como compatibilizar formas de controle ou de contenção do poder judiciário e, ao mesmo tempo, garantir a proteção de direitos fundamentais? Seriam, pois, estruturas conflitantes?

O presente ensaio pontua a hipótese de que não são formas conflitantes de atuação. Sendo a decisão judicial um ato de poder, nada mais democrático do que o controle do poder judiciário, controle este que pode ser exercido por meio de procedimentos preestabelecidos, pelo império do direito sobre as vontades pessoais e pela responsabilização de membros do judiciário, e, ao mesmo tempo, faz-se possível a garantia dos direitos das pessoas associadas a este contrato social a que chamamos de Estado.

Portanto, o objetivo geral é analisar alguns dos mecanismos clássicos e modernos de controle do poder estatal, e, em particular, aquilo que diz respeito ao poder judiciário. Já os objetivos específicos se referem à investigação dos motivos que levaram à criação de novos mecanismos da atuação jurisdicional, identificar como o poder judiciário se tornou uma forma de controle dos demais poderes e, ao fim, buscar respostas ao questionamento de como ele próprio (o judiciário) pode ser controlado.

Por fim, convém dizer que, por meio de revisão bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, e partindo-se da hipótese de que o desenvolvimento de mecanismos de controle também do poder judiciário é necessário à concretização de direitos fundamentais, procurou-se analisar suas implicações no processo de decisão judicial.

## O PODER ESTATAL E SEUS MECANISMOS DE CONTROLE

O tema “poder”, sob o ponto de vista fenomenológico, pode ser entendido como algo inerente às relações sociais, mas que não necessariamente envolve relações de abuso ou de atuação estatal. Entretanto, a partir do momento no qual

aquilo que denominamos *Estado*, tido como uma clara materialização e exteriorização dos poderes humanos<sup>1</sup>, tomou para si a responsabilidade pelos indivíduos e limitou as liberdades individuais. De pronto, também se fez necessária a criação de mecanismos aptos a proteger os interesses dos associados – de si mesmos e, eventualmente, da própria organização criada. Em verdade, a ideia de controle surge como correlata à própria ideia de responsabilidade, tema abordado logo à frente. Nesse sentido, apesar de não ter sido o único mecanismo de controle criado, o que se denomina por *Estado de Direito*, ou império da lei, surge como uma mínima limitação do poder do soberano após anos de atuação imoderada.

Segundo Jeremy Waldron, o chamado Estado de Direito (*Rule of Law*) é um dos ideais políticos mais importantes de nosso tempo<sup>2</sup>, sendo frágil, porém crucial, o conceito avocado contra atos de império que tentam impor suas vontades pela arbitrariedade e por ações opressivas, ou quando buscam apequenar normas e procedimentos estabelecidos nos ordenamentos jurídicos<sup>3</sup>. Em termos simplificados, portanto, Estado de Direito significa repúdio ao despotismo e à tirania. É ideal que privilegia, acima de tudo, a razão<sup>4</sup>.

Pode-se dizer, em termos gerais, que as pessoas detentoras de autoridade devem exercer seus poderes dentro dos limites impostos pelas normas e em detrimento de suas próprias preferências, ideologias ou senso de certo ou errado<sup>5</sup>. É, em verdade, a atuação das instituições pautada no princípio republicano, sobretudo porque os poderes estatais não podem se sobrepor ao direito<sup>6</sup>.

Por suposto, a transferência de poder da figura de um soberano para outras instituições (principalmente o legislativo) também se deu em razão da ascensão do indivíduo ao ponto central do estudo científico iluminista, ou seja, estabeleceu-se a consciência de que as pessoas precedem ao Estado, e este não é mais do que uma construção voltada para a promoção e reconhecimento de interesses individuais e coletivos – numa ideia de dimensão “defensiva” dos direitos fundamentais, que proíbe excessos e garante atuações.

---

<sup>1</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988 (Coleção Os Pensadores), p. 53.

<sup>2</sup> WALDRON, Jeremy. *The concept and the rule of law*. New York: New York University School of Law, 2008. Sibley Lecture Series. Paper 29, p. 3. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yu.edu>. Acesso em: 24 out. 2017.

<sup>3</sup> WALDRON, Jeremy. *Ibidem*, p. 5.

<sup>4</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35.

<sup>5</sup> WALDRON, Jeremy. *Ibidem*, p. 6.

<sup>6</sup> LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e estamento: uma crítica ao exercício personalista do poder. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 171.

Mas o reconhecimento, por si só, não acarreta a sua garantia. Diversas lutas foram travadas para a concretização e aperfeiçoamento, por outros instrumentos, do Estado de Direito. A revolução burguesa, por exemplo, buscou, entre outras coisas, a conquista da garantia da noção de legalidade. Se no princípio era a força e o absolutismo desfrutava de um *governo de* (poucos) *homens* e não um *governo das leis*<sup>7</sup>, posteriormente a legalidade pôde suspirar e se insurgir contra o Estado Absolutista<sup>8</sup>. Se antes o soberano criava e executava as leis de acordo com suas vontades porque legitimado por um poder divino – portanto, ilimitado, já que o poder divino não possui limites<sup>9</sup>–, com o Estado de Direito em sua primeira versão, legalista, desmistificam-se crenças, e o poder passa a ser entendido como algo que se exerce no mundo fático e que pode ser limitado<sup>10</sup>.

O tempo passou, e o século passado foi testemunha de diversas atrocidades contra a humanidade. Por diversas razões, as duas guerras mundiais desencadearam uma certa decepção com o legalismo e com a noção de democracia, principalmente aquela fundada na irrestrita soberania popular. As concepções de Direito e de Estado de Direito passam, pois, por transformações profundas diante do temor de que o puro e simples apego à lei poderia conduzir a circunstâncias ensejadoras de injustiças.

Se durante a concepção legalista havia a ideia de que o Estado de Direito seria violado quando não publicizadas as normas aplicadas, ou, por outro prisma, quando os agentes do estado atuavam com base em discricionariedade ao invés de aplicarem as normas preestabelecidas<sup>11</sup>, após essa primeira “crise” foi preciso que os Estados passassem a privilegiar não apenas o conceito formal de Estado de Direito, mas também a dimensão substancial, de defesa de valores e direitos fundamentais<sup>12</sup>.

A segurança jurídica passa a desempenhar um papel fundante. É dizer, só se reconhece o Estado de Direito como força no combate às injustiças quando este consegue evitar abusos e garante ao povo que as suas decisões serão estáveis

---

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 26.

<sup>8</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ibidem*, p. 27.

<sup>9</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ibidem*, p. 26.

<sup>10</sup> Atribui-se a Maquiavel essa transição do sentido de poder como algo divino a poder como uma realidade, ato que pode ser exercido e possuído no tempo e no espaço. Nesse sentido, cf. CHALITA, Gabriel. *O poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 12.

<sup>11</sup> WALDRON, Jeremy. *The concept and the rule of law*. New York: New York University School of Law, 2008. Sibley Lecture Series. Paper 29, p. 6. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu>. Acesso em: 24 out. 2017.

<sup>12</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 53.

e aplicadas a todas as pessoas, sem distinção no correr do tempo. Não somente isso, a segurança jurídica, tal qual o império das leis, é incompatível com qualquer forma de arbitrariedade, porquanto necessária a estabilidade das decisões, efetivando-se, assim, as garantias dos cidadãos<sup>13</sup>.

Por corolário, o devido processo surge para disciplinar o poder estatal de decidir e impor suas decisões, garantindo a concordância às normas legais e a participação dos envolvidos. Em contraditório, promove a segurança jurídica porque as partes terão ciência, de antemão, dos procedimentos que serão realizados.

A toda evidência, o desrespeito ao devido processo legal surge como um desrespeito à segurança jurídica e ao Estado de Direito, já que todos estão intimamente interligados. E estes três mecanismos não são os únicos meios de controle do poder estatal, sendo apenas mais um exemplo a separação dos poderes. Por ora, todavia, basta anotar que o controle da tirania recebe outros contornos na contemporaneidade – conforme se verá mais à frente –, mas é certo que inúmeras formas de controle decorrem diretamente do próprio Estado de Direito e dizem respeito à administração imparcial, separação de poderes e independência do judiciário<sup>14</sup>, temas logo à frente analisados.

## **A INSUFICIENTE CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE DIVISÃO DE PODERES PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS**

Desde há muito discute-se a divisão dos poderes do Estado<sup>15</sup>. A concepção adotada em nosso país, de divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, contribuição atribuída a barão de Montesquieu<sup>16</sup>, carrega consigo a vontade de controle do poder, já que a divisão possibilita um controle e uma fiscalização mais eficiente.

Essa concepção, em sua vertente clássica liberal, pretende que os poderes tenham cada um sua própria atividade típica, sendo harmônicos e independen-

---

<sup>13</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 62.

<sup>14</sup> WALDRON, Jeremy. *The concept and the rule of law*. New York: New York University School of Law, 2008. Sibley Lecture Series. Paper 29. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 8.

<sup>15</sup> De proêmio, convém dizer que o presente estudo utiliza a palavra “poderes” para se referir ao executivo, legislativo e judiciário, embora entenda que não exista poderes, mas, sim, divisões de um único poder pertencente ao Estado. Trata-se de compartimentalização da atuação estatal para melhor gerir o país.

<sup>16</sup> Claro que há temperamentos na construção de Montesquieu para a adotada hodiernamente, conforme se pode extrair de sua construção no livro *Do espírito das leis*, principalmente no conceito inicial de extensão do poder e forma de escolha dos atores, mas é possível dizer que serviu de base para a construção moderna de separação das atribuições.

tes, ainda que inicialmente não se pretendeu dar maior relevância ao judiciário, que não deveria ter qualquer proeminência, sendo *nulo*<sup>17</sup>.

Com o passar do tempo, o aumento da complexidade das relações sociais e destas para com o Estado fizeram crescer o número de questões postas sob o crivo do poder judiciário, sendo que, nesta quadra da história, nada (ou quase nada) fica de fora do crivo do judiciário<sup>18</sup>. Convém indagar, todavia, quais foram os motivos desse crescimento, bem como qual foi o grau de importância dado ao poder judiciário nesse cenário.

Como uma primeira forma de justificação, o aumento da atuação do judiciário se deu porque há uma crise no sistema representativo de governo, já que deixa de cumprir os ideais de justiça e igualdade, objetivos democráticos incorporados às modernas constituições<sup>19</sup>. Ou seja, justamente por haver o descumprimento de deveres ou a insuficiência na atuação por parte daqueles que foram elevados ao poder por meio do voto é que brota a esperança de que a atuação judicial seja condição *sine qua non* para a concretização da igualdade e da justiça na sociedade.

De modo paralelo, outro elemento justificativo do protagonismo seria a própria concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito, uma vez que proporciona nova consciência nas esferas dos poderes dos estados, sobretudo em razão dos novos papéis dos poderes assumidos a partir do comumente chamado *constitucionalismo*<sup>20</sup>, isto é, o ideal de Estado Democrático de Direito fez com houvesse a necessidade de repensar as relações dos estados com os indivíduos, uma vez que as Constituições, inclusive a do Brasil, legitimam a atuação do judiciário e destacam sua especial relevância.

Por fim, mas não menos importante, uma terceira premissa a justificar o gradual aumento do protagonismo jurisdicional relata esse fenômeno como sendo uma consequência. A evolução das tecnologias, a revolução das ciências, as intervenções no meio ambiente, os novos conceitos de institutos jurídicos etc. tornaram necessária a atuação do Estado no sentido de criar leis que visassem à resolução dos possíveis efeitos colaterais decorrentes desses fenômenos, denominados *externalities*<sup>21</sup>. A criação de preceitos legislativos para essa regulação se mostrou campo fértil para esse aumento extremo do poder do judiciário.

---

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 172.

<sup>18</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 24.

<sup>19</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 2008, p. 443. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 3 nov. 2017.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 54.

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 39.

Dito de outra forma, essa infensa e possível propagação de *externalities* exigiu dos parlamentos a criação de *direitos sociais*, com vistas à diminuição dos efeitos e/ou prevenção desses danos. Esses direitos sociais – assim entendidos em razão da abrangência, uma vez que não atingem apenas uma individualidade, mas, sim, todo um corpo social –, necessitam de atuação estatal ativa para sua garantia, não bastando a simples omissão estatal, tal qual nas liberdades individuais (direitos de primeira geração). Ou seja, direitos sociais (a exemplo da assistência médica e social, habitação, trabalho etc.) não podem ser simplesmente “atribuídos” aos indivíduos, sendo necessária a adoção de ações estatais permanentes “com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas”<sup>22-23</sup>.

As ações realizadas pelos Estados para garantir o cumprimento dos mandamentos legais criados consistiam em organizar e tornar mais complexo o poder administrador, que executava os mandamentos legislativos, sendo um dos motivos pelo qual se diz que “o *welfare state*, na origem essencialmente um ‘estado legislativo’, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em ‘estado administrativo’”<sup>24</sup>. Portanto, se antes havia um protagonismo crescente do legislativo para que fosse possível atribuir novos direitos e garantias à população, posteriormente coube ao estado-administrador o dever de implementá-los.

Entretanto, mesmo a atuação do administrador não foi suficiente para atender satisfatoriamente aos anseios da população e, por diversos motivos, os entes representativos não eram suficientes no sentido de garantir os direitos legislados – principalmente para as minorias, já que a atuação também era vinculada à política e à população que a elevou –; portanto, houve um apelo ao judiciário para a garantia de direitos. Na verdade, é de bem registrar que a crescente atuação do judiciário também ocorreu em razão da universalização da possibilidade de acesso, o que fez com que os mais pobres pudessem ter acesso às políticas públicas por meio do Estado-juiz, naquilo que comparativamente Daniel Sarmiento denomina, guardadas as devidas proporções sobre seu estudo, *direito ao reconhecimento*, uma das dimensões da dignidade humana<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 41.

<sup>23</sup> Não se olvida, todavia, a posição de que a passagem para o Estado Social se deu sobretudo porque os direitos subjetivos podem ser lesados tanto pela ação quanto pela omissão do Estado. E, por ser assim, os indivíduos, em busca de fazer nascer uma igualdade jurídica onde havia uma desigualdade de fato, por meio da legitimação democrática do legislador, criam direitos sociais a fim de garantir-lhes condições mínimas de equivalência. Nesse sentido, cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II. p. 170.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 39.

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologias. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Novamente, e para frisar, se de início havia uma atuação do poder legislativo como forma de criação e garantia de direitos, após esse período houve uma migração do protagonismo para o executivo, uma vez que a previsão legal de *per si* não é suficiente para a garantia dos direitos. Quando, por último, ainda permanecia o descumprimento das normas, ao judiciário coube um espaço maior de fala amparado na concepção de que os tribunais ou juízes não podem simplesmente deixar de atribuir direitos a quem os possui quando chamado a se manifestar.

A mudança de paradigmas acima exposta, porém, não se deu de maneira simples, uma vez que o caminho de transição das funções entre os poderes se deu lentamente e não sem maiores discussões. De bem registrar, aliás, que, durante o percurso de transição, no mínimo duas concepções contrastantes se formaram acerca da função do judiciário.

A primeira, tomada a partir de uma visão clássica de divisão dos poderes, entendeu que caberia aos tribunais e juízes serem fiéis à concepção de que apenas desempenhavam um papel silogístico do direito (numa espécie de “juiz boca da lei”), não havendo qualquer possibilidade de se contraporem aos demais poderes ou atuar na omissão daqueles<sup>26</sup>.

Segundo Cappelletti, nesta estrutura de somenos importância do judiciário, a sociedade inevitavelmente perceberia a necessidade de criação de outros organismos, *quase judiciários*, que teriam como fim o controle dos “poderes políticos”, agindo contra os eventuais abusos dos órgãos representativos<sup>27</sup>.

Entretanto, se de outro modo entendida como insuficiente a visão tradicional dos limites da função jurisdicional, já que a própria garantia de direitos e controle dos abusos exige atuação proativa, cumpre ao judiciário elevar-se ao mesmo *status* dos outros poderes, tornando-se, enfim, o *terceiro gigante*. Dito de outro modo, sendo escolhida a segunda opção, o judiciário ultrapassa o papel tradicional, tornando-se o guardião e controlador dos poderes políticos do novo Estado Leviatã<sup>28</sup>.

O modelo brasileiro atual, ao que nos parece, pretende o judiciário a partir da segunda concepção, pautando-se por uma busca do equilíbrio e por um sistema de freios e contrapesos.

---

<sup>26</sup> Postura denominada “positivismo exegético” ou “primevo”. Para mais apontamentos, inclusive quanto à superação da perspectiva, cf. STRECK, Lenio Luiz. *Decisión jurídica y poder judicial: un debate acerca de la autonomía del derecho*. Printed By: Schaltungsdienst Lange o.H.G, Berlin. Editorial Académica Española. 2015, p. 38 e seguintes.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 47.

<sup>28</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 49.

## Os problemas da ascensão de um judiciário atuante: a pretensão de legitimidade

Como visto acima, sobretudo nas últimas décadas, o aumento da atuação jurisdicional se tornou um fato, principalmente em sociedades cujas Constituições, além de impor ao judiciário o dever de cumprir determinados deveres, consagram um sem-número de direitos e garantias à população.

Acontece que, se, de um lado, na busca da concretização de direitos, a ideia de aumentar os poderes do judiciário parece adequada para que haja a proteção no maior grau possível, de outro, pode-se dizer que essa opção institucional de ampliação pode contribuir para o amesquinamento do sistema representativo<sup>29</sup>. Portanto, como era de se esperar, a análise e críticas das possíveis consequências do crescimento do poder do judiciário surgiram em diversos níveis, que, a seguir, procurar-se-á expor.

Um primeiro grau argumentativo à crítica questiona a legitimidade política do judiciário de julgar uma lei inconstitucional, por exemplo, porque isso apenas demonstra o poder bruto deste órgão de traços aristocráticos<sup>30</sup>. A função política, em um sistema democrático, deve(ria) ficar reservada aos próprios órgãos representativos, uma vez que o controle do acerto das decisões políticas deve ser feito de forma democrática<sup>31</sup>.

Ademais, partindo-se da premissa de que quanto maior for o sistema democrático maior seria a liberdade dos juízes, argumenta-se que essa independência resultaria em uma menor responsabilização e uma menor *prestação de contas* de suas decisões à população<sup>32</sup>, em razão de não ser vinculado a outros poderes, o que traria consequências reprováveis, visto que “até um judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática”<sup>33</sup>.

Como era previsto, inúmeros outros argumentos surgiram para justificar o aumento do exercício do poder por juízes. Com o intuito de refutar a chamada “crise de legitimidade do judiciário”, aduz-se que nem mesmo um sistema democrático-representativo se traduz como representação direta da vontade do

---

<sup>29</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV, São Paulo, 2008, p. 443. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 3 nov. 2017.

<sup>30</sup> POLI, Vinícius José. We, (afraid of) the people. Controle judicial de constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades. *Revista Digital de Direito Público*, São Paulo, USP, v. 1, 2012, p. 2. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/periodicos>. Acesso em: 3 nov. 2017.

<sup>31</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Ibidem*, p. 446.

<sup>32</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 93.

<sup>33</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 94.

povo. Na verdade, essa ideia de representatividade acontece diuturnamente em menor grau, sobretudo porque muitas decisões refletem apenas a vontade política de certos centros de poder<sup>34</sup>.

Outrossim, e particularmente em países cuja base é o *common law*, o próprio judiciário não é inteiramente privado de representatividade porque os juízes são escolhidos por critérios eletivos<sup>35</sup>. É claro que o argumento acima não guarda inteira pertinência em países de *civil law*, todavia impende registrar que cada vez mais essa diferença entre ambos os sistemas vem sendo matizada (quinto constitucional e atuais critérios de escolha dos ministros do STF, *e.g.*), o que faz com que haja representação política inclusive no judiciário, sendo tendência mundial<sup>36</sup>, ainda que passível de críticas.

Ademais, não se deve olvidar para o fato de que os tribunais trazem ao sistema de participação direta da população uma nova nota: o acesso ao *judicial process* garante a participação daquelas pessoas e grupos que de outro modo não teriam condições de obter acesso ao *political process*<sup>37</sup>. Ou seja, resta claro que o processo jurisdicional pode ser até mais participativo do que aquele do sistema representativo, porque assegura o lugar de fala perante o judiciário a um maior número de pessoas<sup>38</sup>.

Outra linha de defesa da atuação dos magistrados parte de base argumentativa diversa e sustenta que o judiciário é um ramo cuja própria natureza e estrutura o faz ser “menos perigoso”, justamente em razão de sua tradição de independência política e isolamento<sup>39</sup>. Tal pensamento remonta os séculos e é utilizado desde a publicação de diversos artigos confeccionados logo após a promulgação da Constituição dos EUA, que, posteriormente compilados, tornaram-se parte do livro *Os federalistas*.

No ensaio de n. 78, Alexander Hamilton apregoou no sentido de que:

O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo<sup>40</sup>. (Grifos nossos)

---

<sup>34</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 95.

<sup>35</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 96.

<sup>36</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 97.

<sup>37</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 99.

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 100.

<sup>39</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 49-50.

<sup>40</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 458.

Percebe-se que sua argumentação se restringe no sentido de que, embora possa haver alguma opressão individual partindo das cortes de justiça, de maneira geral a liberdade da população não será ameaçada pelo judiciário enquanto ele for livre dos demais poderes<sup>41</sup>.

O controle de constitucionalidade, nesse contexto de defesa do judiciário, não seria uma forma de manifestação de seu poder, uma vez que, mesmo havendo discrepância entre entendimentos acerca de quaisquer leis e a Constituição, é a Carta Política que deve prevalecer<sup>42</sup>, o que não significa sua superioridade sobre os outros órgãos. Ou seja, ao judiciário cabe apenas a exposição da vontade (poder) do povo, maior do que dos demais órgãos estatais<sup>43</sup>.

Portanto, a existência desse Poder Jurídico independente e imparcial se faz premente principalmente em países cujos órgãos representativos podem ser corrompidos por outros grupos<sup>44</sup>, não havendo razão para sustentar uma posição inferior do judiciário no cenário brasileiro.

## NOVOS CONTORNOS DO CONTROLE DO CRESCIMENTO ESTATAL

Conforme já demonstrado anteriormente, é evidente que o nosso século tem assistido ao enorme crescimento da atuação estatal, de maneira que essa interferência legislativa e administrativa no ambiente da vida social se tornou uma realidade em nosso tempo. Se antes o poder exercido pelos órgãos representativos era maior em relação àquele exercido pelo judiciário, a partir da nova significação da atuação jurisdicional, faz-se necessário analisar os limites do próprio judiciário diante do novo modelo de organização proeminente atrás apontado. Questiona-se, portanto, como construir um sistema de controle adequado sem que isso importe na supremacia de qualquer dos poderes.

Embora seja passível de críticas, é difícil perceber um sistema eficaz de contrapesos que possa hoje ser exercido sem a atuação do judiciário<sup>45</sup>. Assim, apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir *três poderes fortes* capazes de atender às necessidades das pessoas.

Em outras palavras, ainda que os juízes se tornem burocratas distantes, isolados do tempo e da sociedade, um sistema democrático sadio pode intervir

---

<sup>41</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Idem, ibidem*.

<sup>42</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Ibidem*, p. 460.

<sup>43</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Idem, ibidem*.

<sup>44</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 34.

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 52-53.

e corrigir satisfatoriamente essa situação, mediante instrumento de controles recíprocos<sup>46</sup>.

Não se busca o controle do judiciário na modernidade apenas porque se exige do judiciário uma atuação transparente e pautada em diversos princípios de índole instrumental/procedimental, mas, sim, como forma de garantir, de maneira substantiva, a proteção de direitos. Por essa razão, o controle do judiciário recebe novos ares e passa a ser visto também a partir da chamada *accountability* e da fundamentação das decisões judiciais, importantes formas de garantia da população na atuação e de responsabilização dos atos do judiciário, sobretudo na tomada de decisões.

### *Accountability*

Não existe uma tradução que melhor expresse o sentido da palavra *accountability* para o português, sendo, desde logo aqui explicitado, que será utilizada a expressão *responsabilização* como sinônimo.

Em linhas rasas, e, em nosso contexto, a palavra representa as formas de controle utilizadas para limitar a atuação estatal. Principalmente no que diz respeito ao controle do exercício dos órgãos da administração pública, trata-se de meios pelos quais a população constrange as instituições a partir de critérios democráticos.

No Brasil, o fundamento último deriva da Constituição da República de 1988, uma vez que, logo em seu primeiro artigo, está expresso o princípio republicano de responsabilização dos órgãos estatais. A partir de sua leitura, tem-se que todo o poder emana do povo, razão pela qual seus representantes devem prestar contas de suas atividades àquela que direta ou indiretamente lhe incumbiu daquela função (isto é, a população). Perceber que o poder emana do povo faz com que haja expectativas de que as ações estatais sejam pautadas por padrões mínimos de correspondência aos anseios da população em relação ao funcionamento das instâncias e da justiça<sup>47</sup>.

Historicamente, a ideia de responsabilização surge com as revoluções burguesas, haja vista que, à época, mesmo os detentores de poder econômico não guardavam o poder de mando, e o cidadão nada podia fazer contra seus governantes. Se antes o rei não errava, não respondendo por seus atos mesmo quando exorbitantes, após as revoluções, houve gradativa transferência da soberania para

---

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 100.

<sup>47</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability* e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014. p. 352. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2017.

a população<sup>48</sup>, o que implicou o reconhecimento dos erros daqueles que exercem funções no Estado. Nesse cenário, a *accountability* serve para que o Estado democrático se mantenha fiel aos desejos do soberano (povo), sendo o voto instrumento para a democracia.

Demais disto, a evolução trouxe consigo outros meios de se pensar a responsabilização dos agentes estatais, sendo hoje evidente a possibilidade de ser exercida de duas formas: i) os cidadãos controlam o poder diretamente, ou ii) outro servidor público controla seus pares (prestação de contas, sanção ao agente público que não tenha agido a contento etc.). *Accountability vertical* e *accountability horizontal*, respectivamente.

Em breve síntese, no que diz respeito aos poderes legislativo e executivo, o controle é exercido, via de regra, pela via política denominada *accountability vertical*, porquanto a decisão pela manutenção (ou não) dos representantes anteriormente eleitos se dá pelo poder soberano do povo, por intermédio principalmente do voto. Por outro lado, a criação de agências, conselhos, órgãos fiscalizadores em geral etc., nas quais os servidores decidem sobre as condutas de seus pares, é espécie de controle imediato dos atos denominada *accountability horizontal*.

Como incipiente forma de *accountability*, ainda que não tenha utilizado a expressão segundo Mauro Cappelletti, a responsabilização dos magistrados pode ocorrer em diversos níveis, desde político, social, jurídico e pessoal<sup>49</sup>. Sabe-se, porém, que o judiciário não é eleito pelo voto, e a *accountability*, por óbvio, não acontece nos exatos termos que nos poderes representativos, realçando contornos próprios. É o que se pretende demonstrar no tópico a seguir.

### **Responsabilização e o conselho nacional de justiça**

A discussão acerca da possibilidade de criação ou não de formas de controle do judiciário é ampla e propaga-se no tempo. No Brasil, se, de um lado, a Constituição de 1988 prevê a autonomia dos tribunais, de outro, introduz a possibilidade de responsabilização dos magistrados por seus atos na forma da lei complementar da magistratura.

Em 2002, com o intuito de ampliar as possibilidades de responsabilização daqueles que exercem e dizem o direito por meio de decisões judiciais, por meio da Emenda Constitucional n. 45, criou-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

---

<sup>48</sup> Trecho da palestra “Os desafios da *accountability* judiciária no Brasil” proferida no XXVI Encontro Nacional do Conpedi, em Brasília – DF, proferida pelo Prof. Arthur Gomes Castro no painel temático do dia 20 de julho de 2017.

<sup>49</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989. p. 36.

órgão de controle horizontal da atuação do judiciário<sup>50</sup>. Contudo, embora conceitos como transparência, descentralização, substituição de valores, moralidade etc. sejam características da responsabilização do Estado “perfeitamente ajustáveis a um modelo de *accountability* no Poder Judiciário”<sup>51</sup>, após a implantação do CNJ, diversas ações judiciais foram movidas, buscando limitar a atuação do órgão.

Argumentou-se que o modelo de liberdade do judiciário não se compatibiliza com seu controle, porque órgão administrativo não poderia controlar órgãos judiciais. Não parece ser o caso, e a discussão vai além.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (United Nations Development Programme), a promoção de um judiciário independente e imparcial é extremamente necessário para um governo de leis e para a democracia, porque serve à proteção dos direitos humanos e liberdades individuais, bem como para garantir um sistema de contrapesos ao governo. Quando a corrupção ocorre no judiciário, ela mina os princípios da justiça e do devido processo legal, o que mina a confiança pública, acarretando consequências desagradáveis. Ademais,

It erodes the public confidence that judicial outcomes are just and without undue pressure or influence from outside. Where this lack of confidence is strong and has become commonplace, it can weaken the legitimacy of an institution and the faith in democratic governance<sup>52</sup>.

Ou seja, a falta de confiança no judiciário pode fazer com que a legitimação da instituição e a crença na democracia venham ao chão, o que prejudica o Estado de Direito, afinal.

Infelizmente, segundo a publicação do Programa, pesquisas realizadas em cerca de 95 (noventa e cinco) países demonstraram que, em média, o judiciário é visto como o segundo setor mais vulnerável à corrupção, atrás apenas da polícia<sup>53</sup>. Outrossim, a corrupção nos órgãos do judiciário afeta o acesso à justiça das populações pobres e marginalizadas, uma vez que não conseguem suportar o pagamento dos subornos ou não têm acesso às redes de influência<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability* e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014, p. 355. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2017.

<sup>51</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Ibidem*, p. 352.

<sup>52</sup> “Isso [a corrupção] corrói a confiança do público de que os resultados judiciais são justos e sem pressão ou influência indevida do exterior. Onde esta falta de confiança é forte e se tornou comum, pode enfraquecer a legitimidade de uma instituição e a fé na governança democrática (tradução livre)”. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *A transparent and accountable judiciary to deliver justice for all*. Thailand: UNDP, 2016, p. 12. Disponível em: <http://www.undp.org>. Acesso em: 20 nov. 2017.

<sup>53</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Ibidem*, p. 13.

<sup>54</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Ibidem*, p. 14.

Nesse sentido, nos locais em que não há resolução dos problemas dos mais pobres, ou nos quais ela se dá em desacordo com a lei ou há falhas em proteger os direitos das pessoas vulneráveis, a administração da justiça pode tragicamente contribuir para a manutenção ou aumento das condições de exclusão e marginalização<sup>55</sup>.

Portanto, extremamente necessário encontrar o equilíbrio entre independência e *accountability*, sobretudo porque significa que o judiciário deve encontrar maneiras de desenvolver estruturas e procedimentos adequados para assegurar a integridade e a própria responsabilização de seu corpo<sup>56</sup>. Não é possível que o Judiciário, por mais bem-intencionado que seja, não se submeta a nenhum tipo de controle.

Ainda segundo o Programa das Nações Unidas, medidas como o desenvolvimento dos sistemas de informação, comunicação e tecnologia atrelados ao judiciário têm grande potencial para tornar a instituição mais eficiente, transparente e responsável<sup>57</sup>, mais ainda porque os julgamentos e decisões são submetidos ao escrutínio público com rapidez. No caso específico do Brasil, percebe-se que, nas últimas décadas, houve um aumento da publicidade das decisões judiciais, e os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, *e.g.*, passaram a ser televisionados.

E, nesse cenário, o CNJ tem exercido papel fulcral de fiscalização e, inclusive, de punição dos órgãos do poder judiciário. Ou seja, embora a *accountability* não seja sua única função, é uma das mais importantes, haja vista que o Conselho tem como mister e atua “para valorizar uma atividade fundamental junto à sustentação da democracia e das instituições: a aplicação da justiça”<sup>58</sup>, inclusive porque possibilita a participação direta dos jurisdicionados a partir da Reclamação Disciplinar, feita diretamente perante o órgão, caracterizando-se uma nova forma de administrar a coisa pública e a justiça<sup>59</sup>.

### **Especificidades da responsabilização do judiciário**

A responsabilização judicial, sendo aquela que submete especificamente o judiciário a espécies de responsabilização, além de, via de regra, ser horizontal, pode ser dividida em decisional, comportamental e institucional<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Ibidem*, p. 15.

<sup>56</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *A transparent and accountable judiciary to deliver justice for all*. Thailand: UNDP, 2016, p. 25. Disponível em: <http://www.undp.org>. Acesso em: 20 nov. 2017.

<sup>57</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Ibidem*, p. 35.

<sup>58</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability* e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014. p. 349. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2017.

<sup>59</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Ibidem*, p. 364.

<sup>60</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Idem, ibidem*.

A decisional corresponde à possibilidade de se requerer informações e justificativas aos juízes a partir das decisões judiciais já tomadas, ou perquirir os motivos pelos quais há o postergamento para a tomada de decisões judiciais. A comportamental sustenta a ideia de censura a comportamentos do próprio magistrado, inclusive fora da atuação judicante, desde que estes contrariem valores como honestidade, integridade, produtividade etc. Por último, a responsabilização institucional busca o controle de questões ligadas a administração, orçamento, relação com os demais poderes etc.<sup>61</sup>, uma vez que, embora não seja sua função típica, o judiciário também atua administrativamente.

É de bem frisar que, embora haja a possibilidade de exercer a *accountability* decisional, ao CNJ não é dado, à primeira vista, o poder de rever o conteúdo de decisões judiciais, uma vez que tal atitude “faria com que a sua natureza fosse desvirtuada, deixando de ser agência administrativa de controle gerencial e comportamental, e passando a ser instância revisional de correção”<sup>62</sup>. Essa posição de incompetência do CNJ em valorar questões jurisdicionais tem sido reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive.

Contudo, segundo o professor Arthur Gomes Castro, em palestra proferida em mesa de debate do XXVI Encontro Nacional do Conpedi, conquanto a regra seja de que só pode haver insurgências contra as decisões judiciais por meio de recursos e sucedâneos recursais, nos casos extremos, em que a decisão é manifestamente teratológica, discute-se a possibilidade de cassação do *decisum* administrativamente. Isso porque há casos em que o magistrado viola regras de conduta que indiretamente ferem normas jurídicas. Neste cenário, a *accountability* decisional interviria conjuntamente com a comportamental, fazendo com que a valoração negativa do comportamento traga, por consequência, a nulidade da decisão judicial porque exarada por quem não tinha higidez de fazê-lo adequadamente. Assim, para o palestrante, ao julgar um comportamento que afasta a investidura do juiz porque afronta regras de conduta, por consequência, o Conselho Nacional de Justiça também poderia afastar a decisão judicial.

Entretanto, esta não é a função precípua do CNJ. Não se trata de uma nova instância recursal. Ainda que a decisão seja manifestamente incorreta, as partes possuem recursos adequados e sucedâneos recursais para fazer valer a legislação. Dois erros não fazem um acerto no mundo jurídico.

Os intérpretes do direito devem entender que a autoridade em que são investidos deriva do povo, para a população, devendo entregar a justiça efetiva-

---

<sup>61</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability* e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014, p. 364-365. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2017.

<sup>62</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Ibidem*, p. 366.

mente<sup>63</sup>. Nesse diapasão, a justiça não deve ser alcançada a qualquer custo, e o preço de uma democracia é cobrado justamente nos momentos em que se faz necessário confiar nas instituições, e não no voluntarismo dos atores do processo judicial.

## O CONTROLE DAS DECISÕES A PARTIR DA SUA FUNDAMENTAÇÃO

Percebido o fato de que ao juiz não é dada a possibilidade de se abster de concretizar direitos presentes no ordenamento, a discussão agora se dá em níveis de argumentação, principalmente porque a legislação se limita, por diversas vezes, a apenas prescrever finalidades e princípios gerais, cabendo ao aplicador do direito a tarefa de concretizá-los<sup>64</sup>.

Em razão da existência de uma legislação repleta de conceitos vagos, indeterminados, segundo afirmaria Hart, o magistrado passa a ter escolhas (discrecionabilidade<sup>65</sup>) e responsabilidades políticas em suas decisões. Por óbvio, porém, que essa atividade discricionária não significa necessariamente desapego à lei ou uma diferença conceitual entre os juízes de hoje e os de ontem.

Ou seja, sempre houve espaço para o chamado *poder criativo* do intérprete. O fenômeno hodierno só demonstra a maximização da atuação do judiciário e também uma *revolta ao formalismo*<sup>66</sup>, porque movimento que tendia à acentuação da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, em busca da eliminação de voluntarismos e discrecionabilidades<sup>67</sup>.

Evidente, porém, é a necessidade de controlar a atuação criativa restringindo a interferência de elementos externos no processo decisional. Como já dito alhures, existem diversas maneiras de controlar a atuação do estado-juiz, sendo uma das mais valiosas a fundamentação das respostas judiciais.

A toda evidência, o “grau de “exposição” e de controle das decisões por parte da coletividade também pode fazer com que os magistrados se tornem bem mais responsáveis perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos não expostos a tal fiscalização continuada do público<sup>68</sup>, o que demonstra, por si só, a importância da fundamentação.

---

<sup>63</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *A transparent and accountable judiciary to deliver justice for all*. Thailand: UNDP, 2016. Disponível em: <http://www.undp.org>. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 50.

<sup>64</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 41.

<sup>65</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 158 e seguintes.

<sup>66</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 31.

<sup>67</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 32.

<sup>68</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 98-99.

Para o bem e para o mal, a fundamentação das decisões judiciais tem valor “enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ‘ao sentimento de equidade e justiça da comunidade’”<sup>69</sup>. Ao fim e ao cabo, a necessidade de fundamentação faz com que a produção judiciária tenha a *potencialidade* de ser altamente democrática<sup>70</sup>, sobretudo porque em outros processos de decisões políticas (em sentido amplo) o povo não participa tão ativamente.

## CONCLUSÃO

Como se viu, o caminho traçado para a construção de modelos voltados à proteção de direitos e garantias fundamentais foi longo e cheio de pedras. Primeiramente, foi necessário garantir a construção de um modelo que controlasse minimamente o poder do soberano para só então passar ao reconhecimento e consagração de direitos. Todavia, apenas o reconhecimento não garante sua efetivação. Neste momento, o judiciário surge como poder necessário à consecução e proteção de direitos violados.

Como era de se esperar, inúmeras foram as críticas à atuação do judiciário, sobretudo em relação à legitimação representativa. Contudo, um modelo de freios e contrapesos necessita da atuação de um órgão que não seja exatamente representativo justamente em razão da proteção que deve ser dada às minorias, uma vez que a democracia não é apenas um governo da maioria mas também um governo que respeita o direito das minorias.

Sendo assim, de modo a garantir a legitimidade das decisões judiciais e para que sejam protegidos os direitos dos cidadãos, dado que o poder judiciário não pode ficar vinculado às concepções políticas dominantes, para além da responsabilização de juízes (*accountability*), surge a necessidade de fundamentação das decisões judiciais como mecanismo fundamental no controle do poder judiciário.

Por fim, registre-se que, para o bem e para o mal, a noção de democracia e de império do direito impõem uma atuação do judiciário pautada por meio de procedimentos racionais e inteligíveis. Portanto, verifica-se a ocorrência da hipótese levantada, corroborando o entendimento de que a decisão judicial não é apenas um ato de poder arbitrário, mas, sim, um ato estatal que deve ser controlado por meio dos instrumentos expostos, sobretudo por meio da fundamentação, sendo tal desiderato necessário para o bom desenvolvimento de uma sociedade contemporânea baseada na igualdade, no respeito e na democracia participativa real.

---

<sup>69</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 98.

<sup>70</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 105.

## REFERÊNCIAS

- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.
- CHALITA, Gabriel. *O poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichle. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988 (Coleção Os Pensadores).
- LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e estamento: uma crítica ao exercício personalista do poder. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- POLI, Vinícius José. We, (afraid of) the people: controle judicial de constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades. *Revista Digital de Direito Público*, São Paulo, USP, v. 1, 2012. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/periodicos>. Acesso em: 3 nov. 2017.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologias*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça*. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisión jurídica y poder judicial: un debate acerca de la autonomía del derecho*. Printed By: Schaltungsdienst Lange o.H.G, Berlin. Editorial Académica Española, 2015.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *A transparent and accountable judiciary to deliver justice for all*. Thailand: UNDP, 2016. Disponível em: <http://www.undp.org>. Acesso em: 20 nov. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 3 nov. 2017.

WALDRON, Jeremy. *The concept and the rule of law*. New York: New York University School of Law, 2008. Sibley Lecture Series. Paper 29. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu>. Acesso em: 24 out. 2017.

*Data de recebimento: 15/06/2018*

*Data de aprovação: 03/10/2018*