

## A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA NO EXERCÍCIO DA MAGISTRATURA MEDIANTE O ATIVISMO JUDICIAL

Thaysa Fontes de Sousa Silva\*

**RESUMO:** Os pilares da ética na magistratura estão configurados nos princípios explicitados pelo Código de Ética da Magistratura Nacional, dentre eles encontra-se o Princípio da Independência dos Magistrados que tem por objetivo alcançar, primordialmente, decisões justas, bem como assegurar a tutela específica do direito material, sem se deixar influenciar, de qualquer forma, por fatores alheios ao próprio direito. Na busca de conferir decisões judiciais justas e efetivas, deve-se interpretar as normas legislativas, diante de um caso concreto, por um espectro mais amplo do que aquele propiciado por um olhar eminentemente jurídico, qual seja, uma interpretação construtiva que nada mais é do que hoje se conhece por “ativismo judicial”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ética. Princípio da Independência. Ativismo judicial.

### I. INTRODUÇÃO

O Código de Ética da Magistratura Nacional conclama os magistrados a cultivar princípios éticos que se traduz “no agir, no caráter, na responsabilidade, no ambiente, na solidariedade, no compromisso com a justiça, na tolerância e no cuidado com o próximo”.<sup>1</sup>

Para tanto, ele exorta os princípios da independência, imparcialidade, transparência, diligência, dedicação, cortesia, prudência, sigilo profissional, conhecimento, capacitação, dignidade, honra e decoro.

Dentre os princípios elencados iremos enfatizar o Princípio da Independência que se traduz em um agir eticamente independente, sem receber influências externas e estranhas à sua convicção, vedado participar de atividade político-partidária, com o escopo maior de alcançar um

---

\* Advogada, graduada pela Universidade Tiradentes (2009). Pós-graduada no Curso de Especialização lato sensu em Direito e Processo do Trabalho – Universidade Anhanguera – Uniderp (2009/2010). Química Industrial, graduada pela Universidade Federal de Sergipe (1987).

juízo justo, solidário e efetivo.

Nesse contexto, zelar pela efetividade de decisões judiciais justas é, atualmente, uma das mais desafiadoras tarefas do juiz, pois para tanto se faz necessário agir com independência, contudo, limitado pelos postulados da democracia.

Segundo Serejo<sup>2</sup>, o juiz há de estar sempre voltado para a aplicação dos princípios constitucionais, como fonte motivadora de suas decisões, além de demonstrar o espírito público que deve orientar sua postura. Por inspiração constitucional é que se forma o juiz republicano, preocupado com o bem comum, com a coisa pública, com a eficiência das políticas públicas e com a efetivação da justiça social.

Com o objetivo de tornar efetiva a independência do magistrado, e ter por consequência a harmonização pacífica e justa dos conflitos de direito, avulta o poder hermenêutico do julgador, surgindo, dessa forma, o chamado “ativismo judicial”.

O magistrado, devido a sua independência, interpreta as normas estabelecidas pelo Legislativo conforme os casos concretos da sociedade por meio de interpretações construtivas. Além disso, o ativismo judicial surge para preencher situações de descumprimento da função legislativa por parte tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Executivo.

Este trabalho tem por objetivo sustentar que o ativismo judicial na magistratura, desde que respeitados o Estado Democrático de Direito, possui como objetivo dar efetividade ao princípio da independência do juiz, no que diz respeito, principalmente, a obter um julgamento justo.

Para tanto, adotar-se-á o método dedutivo, sempre tendo como fio condutor a maior desenvoltura do magistrado no âmbito da independência funcional.

## II. DA ÉTICA

### 1. CONCEITO DE ÉTICA

“Ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade”.<sup>3</sup> Para Nalini, ética é uma ciência, pois tem objeto próprio, leis próprias e método próprio. O objeto da Ética é a moral. A moral é um dos aspectos do comportamento humano. A expressão deriva da palavra romana *mores*, com o sentido de costumes, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática.

Inferre-se do conceito de ética que ela é uma ciência, bem como uma disciplina normativa porque tem a função de descobrir e elucidar as normas, mesmo não podendo criá-las.

## 2. OBJETIVO DA ÉTICA

A ética tem como escopo mostrar às pessoas os valores e princípios que devem conduzir sua existência, aprimorando e desenvolvendo seu sentido moral, bem como influenciando a conduta.<sup>4</sup>

“As normas não pretendem explicar nada, mas provocar um comportamento. Ao formulador de normas de comportamento não importa o proceder real da pessoa, senão a explicitação dos princípios a que sua atividade deve estar sujeita.”<sup>5</sup>

## III. DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA NO EXERCÍCIO DA MAGISTRATURA

### 1. DA INDEPENDÊNCIA VERSUS ÉTICA

Por independência se concebe a ausência de quaisquer vínculos interferentes na ação profissional do direito, capazes de condicionar ou orientar sua atuação de forma diversa ao interesse da Justiça. “Todo intento de violação da independência da profissão compromete mesmo a sua função social”<sup>6</sup>. A independência é atributo consagrado ao juiz, ao promotor, ao advogado e aos demais operadores.

A independência não pode ser tal que fuja ao controle ético. Toda a atividade humana, ao reivindicar sua própria e legítima autonomia, não pode deixar de reconhecer a harmonia e a subordinação ao critério supremo, que é o critério ético<sup>7</sup>. A independência não exclui, mas em lugar disso postula enfaticamente, estrita dependência à ordem moral.

Ruy de Azevedo Sodré, legendário cultor da ética dos advogados, já afirmou que a melhor garantia da independência desses operadores é a observância de preceitos éticos: “Os cânones éticos, a que estamos vinculados e que balizam a nossa conduta, asseguram a nossa reputação, propiciam a nossa liberdade moral, efetivam a nossa independência. À sua sombra, obriga-se o advogado das tentações que o cercam, de que fala Couture e das que exemplifica Angel Ossório”<sup>8</sup>. A subordinação à ética é a um tempo garantia e limite para a independência profissional. Não

se concebe uma independência direcionada a malferir o ordenamento moral daqueles que exercem profissão forense, caracterizada pela prática indistinção de muitas regras morais perante as regras técnico-jurídicas.

## 2. BREVE HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DA INDEPENDÊNCIA DOS MAGISTRADOS

Segundo Dallari, a Constituição francesa de 1791 estabeleceu a eletividade e a temporariedade dos juízes, o que foi modificado pela Carta Constitucional de 1814, segundo a qual todos os juízes passaram a ser nomeados pelo rei. Com a implantação do sistema republicano, em 1848, foi mantida a designação dos juízes mediante nomeação, que passou a ser de competência do presidente da República, tendo assegurada pela Constituição a vitaliciedade dos juízes de primeira instância e dos tribunais superiores.<sup>9</sup>

Para o mencionado autor, nos Estados Unidos da América dentre as diferentes concepções a respeito do papel social e político, que influenciaram a preparação dos juízes, encontramos as ideias de Thomas Jefferson sintetizadas na obra *The constitutional thought of Thomas Jefferson*, de David N. Mayer (Charlottesville, The University Press of Virginia, 1994). Nesse livro, enfatiza as dificuldades que tiveram os primeiros dirigentes dos Estados Unidos para definir a posição constitucional do Poder Judiciário. O autor mostra, por outro lado, que no confronto das discussões teóricas com a solução prática dos grandes conflitos jurídicos, ocorridos nas primeiras décadas de vida dos Estados Unidos, está a raiz do sistema que perdura ainda hoje e que sintetiza três pontos fundamentais: o Judiciário é um Poder do Estado, independente dos demais e igual a eles; em respeito ao federalismo, os Estados devem ter grande margem de liberdade para a definição de seus respectivos sistemas judiciários; os juízes e tribunais devem estar mais próximos de agentes do povo, para solucionar com justiça os conflitos, do que de profissionais especializados, presos a padrões técnicos.

Em 1801 o Congresso aprovou uma lei sobre a magistratura, o *Judiciary Act*, o qual, entre outras coisas, afirmava que os juízes eram irremovíveis.

Além disso, foi ressaltado também pelo autor, que Thomas Jefferson foi sempre favorável à independência dos juízes, fazendo, entretanto, a seguinte ressalva: “Um Judiciário independente de um rei ou de um

governo monocrático é uma boa coisa; mas independente da vontade do povo é um erro, pelo menos num governo republicano”.<sup>10</sup>

Ainda por Dalmo Dallari, o reconhecimento formal da independência dos juízes como requisito necessário para a democracia e a paz foi feito pela Organização das Nações Unidas, através de importante decisão no início de 1994. Com efeito, através da Resolução 1994/41, aprovada em sessão de 4 de março desse ano, a Comissão de Direitos Humanos da ONU decidiu recomendar a criação do cargo de Relator Especial sobre a independência do Poder Judiciário. Nessa oportunidade a Comissão reconheceu a necessidade de se criar “um mecanismo de controle encarregado de acompanhar a questão da independência e imparcialidade do Poder Judiciário, especialmente no que respeita aos juízes e advogados e ao pessoal e auxiliares da justiça, assim como à natureza dos problemas que podem menoscabar essa independência e imparcialidade.

Assevera o autor, que longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos. A rigor, pode-se afirmar que os juízes têm a obrigação de defender sua independência, pois sem esta atividade jurisdicional pode, facilmente, ser reduzida a uma farsa, uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e injustiças.

A discussão sobre a independência da magistratura aparece com frequência ligada às questões da liberdade, da justiça social e da democracia. Isso faz pressupor a existência de um papel político da magistratura.<sup>11</sup>

### 3. DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Um dos fundamentos sobre os quais se erige a República brasileira é o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal). Não é apenas de estado de direito que se cogita, mas de Estado Democrático de Direito. Isto porque o estado nazista, bem como o de reconhecidas ditaduras como de Cuba, são “de direito”, porque tinham e têm normas legais regulando as atividades do Estado e dos particulares. Não basta. É necessário que esse estado de direito, legal, seja democrático, instituído e regulado por princípios que se traduzam no bem estar de todos, na igualdade, na solidariedade. É por isso que, no Brasil, se pode discutir a constitucionalidade de determinada lei sob fundamento de que

não atende à letra do espírito da Constituição.<sup>12</sup>

Toda aplicação da lei, atualmente, deve submeter-se à perspectiva constitucional. À magistratura é reconhecida hoje importante função na efetivação do Estado Democrático de Direito, assegurando as promessas da democracia aos cidadãos e a transparência do jogo democrático, conforme preconizado por Garapon e Bobbio.<sup>13</sup>

Para Antoine Garapon, o juiz tem hoje a função inédita de garantir o ideal democrático e as promessas não cumpridas: “Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, antes de mais nada, de uma transformação da democracia.”<sup>14</sup>

Essas atuais atribuições do juiz decorrem da situação de insegurança do cidadão diante das omissões do legislador e dos mandatários que não cumprem suas promessas em favor do cidadão.

Para Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”<sup>15</sup>

Nesse contexto, zelar pela efetividade dos postulados da democracia tornou-se a mais desafiadora tarefa do juiz. Em 1997, o autor destes comentários já lembrava em suas Anotações: “O juiz constitucional, eis a autêntica postura do magistrado dos tempos atuais. Ao regular suas decisões pelos princípios da Lei Maior, está o juiz assegurando o funcionamento do Estado Democrático de Direito; está tornando eficaz as normas constitucionais e prestigiando os direitos fundamentais dos cidadãos.”<sup>16</sup>

Em suma, às normas estabelecidas pelo Legislativo serão dadas interpretações construtivas diante do caso concreto, deixando de lado a forma convencional da subsunção do caso concreto às normas abstratas, respeitando sempre os postulados do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, o povo legitima a Jurisdição Constitucional, e conseqüentemente a Corte Constitucional, para decidir de forma a ampliar seu campo de atuação, diante da ineficácia do Poder Legislativo perante os anseios do povo.

#### **4. DO ATIVISMO JUDICIAL**

A expansão do Poder Judiciário, apesar de ser uma questão de contornos contemporâneos, já foi tratada pelos artigos Federalistas (CASTRO, 2005, p. 65) quando da sua preocupação com o desenvolvimento da competência constitucional do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo. Foi levantada questão então, ainda na época da função constitucional norte-

americana, se caberia ao juiz definir o significado da lei e se, em assim agindo, estaria ele se locupletando da função legislativa.<sup>17</sup>

O que se obteve com a resposta foi que o juiz ao interpretar a norma não legisla. Ainda que venha a efetivar uma interpretação criativa, que cause uma espécie de alteração ao sentido original da lei, não estaria ele usurpando o papel conferido democraticamente ao Legislativo.<sup>18</sup>

Não é um poder de criar regras e de se estabelecer inventivamente os caminhos da sociedade, mas sim de conformação das regras aos casos concretos e aos anseios da Constituição.<sup>19</sup>

Ao se considerar uma política pública por meio de uma tríplice fundamentação: atos, decisões e normas, é possível se compreender que de toda a política pública é possível se resgatar um fundo normativo, de imposição amparada na Constituição. É justamente com base nessa faceta de normatividade que esses programas de ação governamental podem ser submetidos ao crivo do Judiciário.<sup>20</sup>

As normas programáticas, à medida que são violentadas sistematicamente, também geram direitos subjetivos, eis que não podem se furtar à sua implementação, os poderes criadores do Estado.

Para Cappelletti a representatividade plena é um conceito utópico, e em razão disso concedeu-se uma espécie de legitimidade democrática ao Poder Judiciário para a sua criação do direito jurisprudencial. É na ampliação do quadro de sujeitos atuantes no Poder Judiciário que se observa a democratização desse meio de atuação política.<sup>21</sup>

É possível se entender que cabe sim ao Judiciário interpretar e, em casos extremos, implementar políticas públicas, inclusive as impostas por meio de normas programáticas. É a necessidade de evolução do Estado quem dita isso, ao passo que os poderes, harmônicos entre si, pressionam uns aos outros no movimento natural dos controles e contrabalanços da engenharia institucional dos poderes do Estado.<sup>22</sup>

Infere-se do exposto que na ausência da consecução de determinados atos por parte dos outros poderes, é legítimo ao Poder Judiciário implementá-los com o fito de atingir certas metas predispostas na Constituição, atendendo aos anseios do povo.

#### IV – CONCLUSÃO

Por princípio da independência na magistratura, entendemos como autonomia do magistrado ao proferir suas decisões, contudo, deverão ser

pautadas em contornos éticos, ou seja, acima de interesses pessoais ou grupais, assegurando a prevalência do Direito e da Justiça.

Embora à primeira vista pareça um privilégio para os juízes, a independência tem como escopo beneficiar e proteger os indivíduos, os grupos sociais, a sociedade como um todo, fazendo valer os direitos fundamentais, legitimados pelo postulado do Estado Democrático de Direito.

Para uma máxima efetividade desse princípio, o Poder Judiciário deve lançar mão do que se convencionou chamar de ativismo judicial. Este irá propiciar uma interpretação construtiva de forma ampla, pautada em valores, diante do caso concreto, quando existir vácuo normativo deixado tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Poder Executivo.

Isso posto, conclui-se que a efetividade do princípio da independência na magistratura mediante a implementação do ativismo judicial, nada mais é do que uma forma de aplicação do princípio maior que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

## **THE EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY IN THE MAGISTRACY ACTIVITY BY THE JUDICIAL ACTIVISM**

**ABSTRACT:** The pillars of ethics in the judiciary are the principles set forth by the Code of Ethics of the National Judiciary, among them is the Principle of Independence of Judges which aims to achieve, primarily the right decisions, and ensure the specific protection of the right material without being influenced in any way by factors other than the law itself. In seeking to give fair and effective court decisions, one must interpret the laws, before a case for a broader spectrum than that afforded by a look eminently legal, that is, a constructive interpretation that is nothing more what is now known as “judicial activism”.

**KEYWORDS:** Ethics. Principle of Independence. Judicial activism.

### **Notas**

<sup>1</sup>SEREJO, Lourival. *Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. Ed. ENFAM. Brasília, 2011, p.14.

<sup>2</sup>SEREJO, OP. CIT., p. 24.

- <sup>3</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional* – 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999 apud Vázquez, p. 34.
- <sup>4</sup> NALINI, op. Cit., p. 35, apud Nicolai Hartmann, *Ethik*, 2ª. ed., Berlin, 1935, p. 34, apud Eduardo Garcia Máynez, *Ética...*,cit., p.15.
- <sup>5</sup> NALINI, op.cit. p. 35-36, apud EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, op. Cit., idem, p. 21.
- <sup>6</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional* – 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999 - Artigo 1º do Código Deontológico Forense de Ferrara, Palermo e Lombardia, citado por Carlo Lega, *Deontologia...*, cit., idem, p.77, p.187.
- <sup>7</sup> NALINI, op.cit. p.187, apud PASQUALE GIANNITI, *Principi...*,cit., p.157. Invoca o magistério de PIO XII e o Concílio do Vaticano II, sobretudo na Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, no sentido de que nenhuma atividade humana está liberada à solicitude moral.
- <sup>8</sup> NALINI apud Ruy de Azevedo Sodré, “ O advogado, seu estatuto e a ética profissional”, 2ª ed., São Paulo: RT, 1967, p. 138. A menção a Angel Ossório se completa com a reprodução de um texto extraído de *Alma de la toga*: “Todas as torpezas, todas as traficâncias, manejos de que os homens lançam mão para ofenderem-se reciprocamente, na honra e na propriedade, vêm a ser liquidadas no foro e é ao advogado a quem a Sociedade deu a incumbência de lavar esta roupa suja e apresentá-la limpa aos olhos do mundo”.
- <sup>9</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, 1931 – *O poder dos juízes* – São Paulo : Saraiva, 1996, p. 15.
- <sup>10</sup> DALLARI, op. Cit., p.18.
- <sup>11</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, 1931 – *O poder dos juízes* – São Paulo : Saraiva, 1996, p.45
- <sup>12</sup> NERY JUNIOR, Nelson – *Princípios do processo civil na Constituição Federal* – 8. ed. rev., ampl. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. - São Paulo : Editora dos Tribunais, 2004. - (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21) p. 37-38).
- <sup>13</sup> SEREJO, Lourival. *Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. ENFAM. 2011.
- <sup>14</sup> SEREJO, Lourival. *Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. ENFAM.2011, p. 23, apud GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 36.
- <sup>15</sup> SEREJO, Lourival. *Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. ENFAM.2011, p. 23, apud BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.
- <sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 23-24, apud, SEREJO, Lourival. *Formação do juiz: anotações de uma experiência*. Curitiba: Juruá, 2010, p.92.
- <sup>17</sup> REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA/ Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 44, nº 173 (janeiro/março) – Brasília: Senado federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. *Ativismo Judicial*. SANTOS, Tiago Neiva. Trimestral, p. 274.
- <sup>18</sup> Op.cit. p. 274.
- <sup>19</sup> SANTOS, op.cit. p. 274.
- <sup>20</sup> SANTOS, op.cit. p. 274.

<sup>21</sup> SANTOS, op. cit. p.276, apud CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

<sup>22</sup> SANTOS, Tiago Neiva, p. 274, apud ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 45.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *Código Ibero-americano de ética judicial*. Manuel Atienza, Rodolfo Luís Vigo – Brasília : CJF, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu, 1931 – *O poder dos juízes* – São Paulo: Saraiva, 1996.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional* – 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA/Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 49, nº 193 (janeiro/março) – Brasília: Senado federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Trimestral.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA/Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 44, nº 173 (janeiro/março) – Brasília: Senado federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. Trimestral.

SEREJO, Lourival. *Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. Ed. ENFAM. Brasília, 2011.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. rev. E atual. - São Paulo : Editora dos Tribunais, 2004.