

# Regra-Garantia da Inamovibilidade dos Juízes – Imparcialidade, Pressões Corporativas e Institucionais, Separação dos Poderes

Marcelo Neves<sup>1</sup>

## I

A Associação dos Magistrados Brasileiros, por seu Presidente, Juiz Airton Mozart Valadares Vieira Pires, consulta-nos sobre a procedência da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3358-1/PE, na qual essa entidade civil questiona a constitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 52 da Constituição do Estado de Pernambuco, por ofensa aos arts. 5º, inciso LIII, 93, *caput* e inciso VIII, 95, inciso II, e 125, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A petição vestibular, subscrita pelos eminentes advogados pernambucanos José Henrique Wanderley Filho e Tulio Vilaça Rodrigues, e o parecer do Diretor Jurídico da Associação dos Magistrados de Pernambuco-AMEPE, Excelentíssimo Magistrado Luiz Mário de Góes Moutinho, anexo aos respectivos autos, já oferecem razões suficientes no sentido de uma solução jurídico-constitucionalmente correta do presente caso. O presente parecer pretende reiterar e fortificar os argumentos apresentados nas mencionadas peças processuais, acrescentando alguns novos fundamentos.

## II

A Constituição do Estado de Pernambuco, art. 52, inciso II e §§ 2º e 3º, estabelece:

“Art. 52. Salvo as restrições expressas na Constituição da República, os Desembargadores e os Juízes gozarão das seguintes garantias:

[...]

---

<sup>1</sup> Livre-docência: Université de Fribourg, U.FRIBOURG, Suíça. Doutorado em Direito. Universitat Bremen, U.B., Alemanha.

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, assim reconhecido pelo Tribunal de Justiça, em decisão proferida pelo voto de dois terços de seus membros, assegurada a ampla defesa;

[...]

§ 2º *A garantia de inamovibilidade, no tocante aos Juizes substitutos da primeira e da segunda entrância, é assegurada por fixação destes na área da circunscrição judiciária para que foram designados ao ingressar na carreira ou pelo efeito de promoção de entrância.*

§ 3º *Ocorrendo a hipótese de o juiz substituto exercer o cargo em Vara ou Comarca vagas, a remoção dar-se-á somente:*

*I – em virtude de provimento de cargo do Juiz Titular removido, nomeado ou promovido;*

*II – por interesse público, assim expressamente declarado no ato de remoção;*

*III – a requerimento do próprio interessado.” (grifamos)*

Dessa maneira, a Constituição estadual institui outras exceções à regra da inamovibilidade prevista na Constituição Federal, que não se aplicam aos juizes titulares, mas tão-somente aos juizes substitutos, inclusive os vitalícios. Ao caráter controverso dos fundamentos constitucionais das normas estaduais acima transcritas juntam-se as suas conseqüências nefastas para a prática jurídica no Estado de Pernambuco.

### III

É de argüir-se a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 52 da Constituição do Estado de Pernambuco perante o art. 95, inciso II, da Constituição Federal, que prescreve:

“Art. 95. Os juizes gozam das seguintes garantias:

[...]

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;”

Por sua vez, o art. 93, inciso VIII, também violado pelas supracitadas disposições constitucionais estaduais, preceitua, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004:

“Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;”

À época da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3358-1/PE, a redação do inciso VIII do art. 93 da Constituição Federal era outra, constando a exigência da maioria de dois terços do respectivo tribunal e não havendo a alternativa de remoção por decisão do Conselho Nacional de Justiça.<sup>2</sup> A respeito dessa alteração, o douto Parecer do Procurador-Geral da República, que se manifesta pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade ora em causa, adverte:

“Impende desde logo ressaltar que a alteração da referida norma constitucional, invocada como parâmetro de confronto, não tem o condão de tornar prejudicada a presente ação, por perda de objeto. A jurisprudência dessa Corte consolidou-se no sentido de não haver perda de objeto da ADI quando não houver alteração substancial do texto constitucional.”<sup>3</sup>

Compatíveis com esses dispositivos da Constituição Federal e, portanto, recepcionados pela ordem constitucional de 1988, os arts. 25 e 30 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979) determinam:

“Art. 25. Salvo as restrições expressas na Constituição, os magistrados gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.”

“Art. 30. O Juiz não poderá ser removido ou promovido senão com seu assentimento, manifestado na forma da lei, ressalvado o disposto no art. 45, item I.”

O art. 45, inciso I, da LOMAN, por seu turno, estatui:

“Art. 45. O Tribunal ou seu órgão especial poderá determinar, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos:

I – a remoção de Juiz de instância inferior;”

Evidentemente, este dispositivo da LOMAM deve ser reinterpretado à luz das restrições decorrentes da alteração do inciso VIII do art. 93 do diploma constitucional federal, procedida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no sentido

<sup>2</sup> A redação era a seguinte: “o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa”.

<sup>3</sup> Parecer nº 219/2005-VPGR-AF, item 9.

de considerar-se não mais a maioria qualificada de “dois terços”, mas a “maioria absoluta”, e de ter-se em vista a alternativa da remoção por decisão do Conselho Nacional de Justiça. Também o art. 30 da LOMAN deve ser relido à luz do inciso VIII-A do art. 93 da CF, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.<sup>4</sup>

Alterações dos preceitos da LOMAN, dentro dos limites *materiais* dos arts. 93, inciso VIII, e 95, inciso II, da Constituição Federal, exigem *formalmente* lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 93, *caput*, do diploma constitucional federal.

#### IV

A regra-garantia da inamovibilidade dos magistrados, que se associa diretamente aos princípios da independência e da imparcialidade dos juízes, imprescindíveis ao Estado de Direito, tem uma forte tradição no direito comparado, sendo de destacar-se alguns dos países europeus, cujos constitucionalismos são exemplares e paradigmáticos para a nossa experiência constitucional. Nesse sentido, a inamovibilidade dos juízes é prevista no art. 97, 2, da Constituição alemã, no art. 64 da Constituição francesa, no art. 107 da Constituição italiana, no art. 152 da Constituição belga, no art. 117, 1, da Constituição espanhola, no art. 216, 1, da Constituição portuguesa.<sup>5</sup> Sem dúvida, a regra-garantia da inamovibilidade, um dos institutos que servem para assegurar a concretização dos princípios da independência e da imparcialidade do juiz, varia intensamente em sua maior ou menor rigidez, em sua previsão no plano constitucional ou infraconstitucional, conforme a cultura jurídica do respectivo Estado de Direito. Em alguns países de tradição constitucionalista, está apenas implicitamente prevista no texto constitucional ou em texto legal, sendo desenvolvida a partir da prática jurisprudencial; em outros, está ausente, pois há equivalentes funcionais que servem para assegurar os princípios da independência e da imparcialidade do juiz. Em todo caso, tendo em vista a tradição e a cultura jurídica brasileira, a necessidade histórica de combater o patrimonialismo e o clientelismo, fatores que dificultam a realização do Estado de Direito entre nós, levou a um crescente desenvolvimento da regra-garantia da inamovibilidade.

Embora a Constituição brasileira de 1824 não haja instituído a garantia da inamovibilidade, ela restringia as possibilidades de remoção aos casos previstos em lei, nos termos do seu art. 153:

<sup>4</sup> O inciso VIII-A do art. 93 da CF estabelece: “a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas *a*, *b*, *c* e *e* do inciso II”. O inciso II do art. 93 da CF também foi alterado pela EC nº 45/2004.

<sup>5</sup> Em relação ao preceito da Constituição portuguesa, observam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira que a garantia da inamovibilidade vale “para todos os juízes, sem exceção”, não somente para os “juízes profissionais” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 823 – referência à numeração anterior do preceito: art. 218, 1).

“Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpétuos; o que todavia, se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinar.”

Apesar dessa formulação constitucional, um dos mais eminentes analistas do Direito Público do Império, José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, ao interpretar esse dispositivo constitucional e as respectivas normas infraconstitucionais que lhe concretizavam, definia a inamovibilidade como uma das “condições necessárias para a independência dos juizes”, apesar de todos os limites da garantia naquele contexto.<sup>6</sup> É claro que se tratava apenas de um embrião da garantia da inamovibilidade.

O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, já estabelecia expressamente, em seu art. 2º, as garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade dos juizes federais. Um aparente retrocesso teria ocorrido com a Constituição de 1891, cujo art. 57 só previa explicitamente a garantia da vitaliciedade dos juizes federais, não a da inamovibilidade. Entretanto, como advertia Pontes de Miranda, Excelência do pensamento jurídico brasileiro, “a jurisprudência já considerava subsumida na vitaliciedade a prerrogativa de ser inamovível”.<sup>7</sup>

A Constituição de 1934 avançou no sentido da afirmação da garantia da inamovibilidade dos juizes, ao estabelecer em seu art. 64, alínea b:

“Art. 64. Salvas as restrições previstas nessa Constituição, os juizes gozarão das garantias seguintes:

[...]

b) a inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos juizes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público;”

Apesar de todas as restrições decorrentes do sistema constitucional autoritário do “Estado Novo” para a independência dos magistrados, especialmente a que decorria do art. 186 da Constituição de 1937, que declarou em todo o país o “estado de emergência” e só foi revogado pela Lei Constitucional de nº 16, de 30 de novembro de 1945, o art. 91, alínea b, daquela Carta autoritária, manteve, com uma alteração insignificante de redação, dispositivo de conteúdo idêntico ao da Constituição de 1934.

<sup>6</sup> José Antônio Pimenta Bueno. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império* [1857]. In: Eduardo Kugelman (Org.). *José Antônio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 409.

<sup>7</sup> Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, t. 3, p. 545 (grifamos). Com formulação do mesmo teor, cf. idem, *Comentários à Constituição de 1946*, 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 2, p. 450; *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936, t. 1, p. 612.

O art. 95, inciso II, da Constituição de 1946, foi mais conciso, não se referindo expressamente às exceções referentes à promoção aceita e remoção a pedido, que evidentemente são exceções inerentes à própria regra-garantia da remoção, prescindindo de explicitude.<sup>8</sup>

O art. 95, § 3º, da Constituição de 1946, com redação semelhante ao art. 64, parágrafo único, da Constituição de 1934, estabelecia a seguinte limitação à garantia da vitaliciedade:

“§ 3º A vitaliciedade não se estenderá obrigatoriamente aos Juizes com atribuições limitadas ao preparo dos processos e à substituição de Juizes julgadores, salvo após dez anos de contínuo exercício do cargo.”<sup>9</sup>

A respeito desse dispositivo, Pontes de Miranda defendia a posição, então dominante na jurisprudência e doutrina, segundo a qual “enquanto juizes, ainda que preparadores, ou meros substitutos, gozam de inamovibilidade”.<sup>10</sup> Nesse sentido, o eminente jurista sustentava a tese de que as exceções constitucionais à regra-garantia da vitaliciedade não implicavam necessariamente exceções à regra-garantia da inamovibilidade,<sup>11</sup> tendo em vista que a remoção arbitrária dos magistrados que não gozavam da garantia da vitaliciedade poderia ter efeitos danosos à sua independência.

A exceção à regra-garantia da vitaliciedade prevista no § 3º do art. 95 da Constituição de 1946 não encontrou correspondente na Constituição de 1967. Apesar do retrocesso autoritário, que se manifestava especialmente nos atos institucionais, manteve-se a garantia da inamovibilidade no texto constitucional, com exceções semelhantes às do modelo constitucional de 1946, acrescentando-se a exigência do escrutínio secreto e a referência aos juizes do mesmo tribunal. O art. 108, inciso II e § 2º, da Constituição de 1967, na redação originária, estatuiu:

<sup>8</sup> Cabe advertir, porém, que, a esse respeito, também houve controvérsia no período de vigência da Constituição de 1946, tendo o Desembargador José Duarte sustentado que também a remoção a pedido só seria compatível com o diploma constitucional se fosse aprovada pelo voto de dois terços dos juizes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público, nos termos expressos no seu art. 95, inciso II (“Inamovibilidade da Magistratura na Constituição Federal”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 67, Rio de Janeiro: FGV, jan./mar. 1962, p. 9-46, 29 ss; cf. Alcino Salazar, *Poder Judiciário: bases para reorganização*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1975, p. 168-170). É claro que a remoção a pedido estava submetida à exigência de interesse público, mas não se subordinava à regra da maioria qualificada do tribunal competente.

<sup>9</sup> O art. 64, parágrafo único, da Constituição de 1934, não previa, nessa hipótese, a vitaliciedade “após dez anos de contínuo exercício”, restringia a exceção aos juizes “criados por lei federal” e não utilizava o termo “obrigatoriamente”: “A vitaliciedade não se estenderá aos Juizes criados por lei federal, com funções limitadas ao preparo dos processos e à substituição de Juizes julgadores.”

<sup>10</sup> *Comentários à Constituição de 1946*. v. II, ob. cit., p. 449. Cf. idem, *Comentários à Constituição de 1967*, t. 3, ob. cit., p. 544.

<sup>11</sup> Essa tese aplicava-se também aos juizes temporários previstos no art. 104, §§ 4º e 7º, da Constituição de 1934 (cf. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936, t. 2, p. 20-21), nos arts. 104 e 106 da Constituição de 1937 e no art. 124, incisos X e XI, da Constituição de 1946 (cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 185-186).

“Art. 108. Salvo as restrições expressas nesta Constituição, gozarão os Juízes das garantias seguintes:

[...]

II – inamovibilidade, exceto por motivo de interesse público, na forma do § 2º;

[...]

§ 2º O Tribunal competente poderá, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto, pelo voto de dois terços dos seus Juízes efetivos, determinar a remoção ou a disponibilidade de Juiz de categoria inferior, assegurando-lhe defesa. Os Tribunais poderão proceder da mesma forma, em relação a seus Juízes.”

Na redação da Emenda Constitucional nº 1, o art. 113, inciso II e § 2º, da Constituição de 1967, manteve, com alterações irrelevantes de formulação, esse mesmo conteúdo normativo da garantia. Embora a Constituição de 1967 tivesse criado a figura do juiz federal substituto (vitalícios)<sup>12</sup> e previsto – analogamente à Constituição de 1946 (ver nota 10) – o instituto jurídico do juiz togado estadual com funções de substituição e investidura *temporária*, assim como a justiça de paz *temporária*,<sup>13</sup> ela não estabelecia, porém, ao menos expressamente, outras exceções à regra-garantia da inamovibilidade, além das previstas no § 2º do art. 108. Parece-nos que o fato de não gozarem a garantia da vitaliciedade não significa que esses juízes não gozassem da garantia da inamovibilidade. Nesse sentido, já se manifestara Pontes de Miranda, no trecho acima citado, em relação a situação análoga da Constituição de 1934 e da Constituição de 1946. Em relação aos juízes togados temporários, previstos no art. 136, § 1º, alínea *b*, da Constituição de 1967, ele reiterava a sua tese: “tais juízes, com investidura para certo tempo, gozam durante ele, de todas as garantias”.<sup>14</sup> E também em relação à justiça de paz temporária, prevista no art. 136, § 1º, alínea *b*, da Constituição de 1967, não era outro o entendimento do grande jurista brasileiro: “Os juízes de que trata o texto não são vitalícios. São inamovíveis, gozam da garantia da irredutibilidade de vencimentos, se os têm.”<sup>15</sup> Na mesma perspectiva, posicionara-se Castro Nunes, sob a égide da Constituição de 1937, no que se refere especificamente à garantia da inamovibilidade, sustentando, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que “mesmo os juízes temporários gozam da inamovibilidade relativa, durante o período da judicatura. Assim decidiu o Supremo Tribunal, sob a Constitui-

<sup>12</sup> Constituição de 1967, art. 118, § 2º, na redação originária; art. 123, parágrafo único, na redação conferida pela Emenda nº 1, de 1969. A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, deu nova redação ao art. 123, prevendo os juízes com funções exclusivamente de substituição e “de auxílio a Juízes titulares de Varas, quando não se encontrarem no exercício da substituição” (§ 2º).

<sup>13</sup> Constituição de 1967, art. 136, § 1º, alíneas *b* e *c*, na redação originária; art. 144, § 1º, alíneas *b* e *c*, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

<sup>14</sup> Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. 4, p. 316.

<sup>15</sup> *Ibidem*. Ver também, *supra*, referências da nota 10.

ção de 1891 (acórdão de 20 de agosto de 1930, apel. cível nº 3.692)...”<sup>16</sup> Se observarmos que a própria Constituição de 1967 (e outras constituições brasileiras), embora negasse a garantia da vitaliciedade aos juízes eleitorais, assegurava-lhes a inamovibilidade,<sup>17</sup> fortifica-se o argumento segundo o qual de uma exceção à regra-garantia da vitaliciedade não decorre necessariamente uma exceção à regra-garantia da inamovibilidade, o que vale também para os juízes togados estaduais com função de substituição e investidura temporária, abolidos com a entrada em vigor da Constituição de 1988,<sup>18</sup> e a justiça de paz temporária.

O diploma constitucional de 1988, art. 95 c/c art. 93, VIII (acima citados), ao estabelecer a garantia da inamovibilidade, coroou um longo e traumático processo de desenvolvimento dessa regra-garantia, imprescindível à concretização do princípio da independência do juiz na experiência brasileira.<sup>19</sup> Essa garantia aplica-se – na relatividade do inciso VIII do art. 93 da CF – também aos juízes que não dispõem da garantia da vitaliciedade no sistema constitucional vigente, como os juízes eleitorais (CF, art. 121, §§ 1º e 2º), não havendo, no texto constitucional, nada de que se possa inferir que os juízes de paz temporários (CF, art. 98, inciso II) e os juízes substitutos, mesmo os vitaliciandos previstos no art. 93, inciso I, da Constituição Federal, não sejam inamovíveis. *Muito menos cabe falar de qualquer exceção à regra-garantia da inamovibilidade (relativa) em relação aos juízes vitalícios.*

## V

Feitas essas observações sobre o desenvolvimento da garantia da inamovibilidade na experiência constitucional brasileira e a sua extensão a todos os juízes, culminando com a Constituição de 1988, cabe indagar sobre o próprio conteúdo dessa regra-garantia, ou seja, a denotação semântica do termo *inamovibilidade* no constitucionalismo brasileiro. E aqui cabe, mais uma vez, invocar as lições de Pontes de Miranda ainda sob a égide das Constituições de 1934, 1946 e 1967, em seu lapidar estilo: “A inamovibilidade compreende a comarca, a seção, o cargo; quanto a juízes de tribunais, o tribunal, ou a câmara.”<sup>20</sup> De maneira análoga, manifestam-se Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, já na vigência da Constituição de 1988: “Abrangem-se na inamovibilidade o grau, a sede, a comarca ou a seção judiciária, o cargo, o tribunal e a câmara. A inamovibilidade não pode sofrer exceção sequer em caso de promoção,

<sup>16</sup> Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 482-483.

<sup>17</sup> Constituição de 1967, art. 123, parágrafo único, e art. 129, na redação originária; arts. 130, parágrafo único, e 136, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

<sup>18</sup> Portanto, não foi recepcionado no sistema constitucional vigente o § 4º do art. 17 da LOMAN.

<sup>19</sup> A flexibilização da exigência de maioria qualificada de dois terços para a exigência de maioria absoluta, procedida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, não implica modificação substancial a esse respeito, conforme enfatizado acima, no item III deste Parecer.

<sup>20</sup> Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*. t. 3, ob. cit., p. 545; *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 2, p. 450; *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, t. 1, ob. cit., p. 612. No mesmo sentido decidiu o STF sob a égide da Constituição de 1937, na Apelação Cível nº 6.204 (cf. Castro Nunes, ob. cit., p. 481).



sem consentimento do magistrado.”<sup>21</sup> Essa posição doutrinária encontra amparo e é fortificada em Jurisprudência firmada pelo STJ, no Acórdão referente à RMS 945/AM, no qual se considera contrária à Constituição Federal uma resolução pelo fato de esta “admitir a designação ou remanejamento de juízes de uma para outra vara, sem o seu consentimento”. Como se observa, a regra-garantia da inamovibilidade não admite remanejamentos ou designações que impliquem a mudança da sede, da comarca ou seção judiciária, da vara e também do grau, sem anuência do juiz.

Portanto, o art. 52, §§ 2º e 3º, da Constituição do Estado de Pernambuco fere manifestamente o art. 95, inciso II, da Constituição Federal, ao flexibilizar a regra-garantia da inamovibilidade, admitindo a remoção dos “Juízes substitutos da primeira e da segunda entrância” “na área da circunscrição judiciária para que foram designados ao ingressar na carreira ou pelo efeito da promoção de entrância”, sem as exigências do art. 93, inciso VIII, do diploma constitucional federal. Essa flexibilização deforma plenamente a garantia constitucional da inamovibilidade, trazendo graves conseqüências para o princípio da independência dos juízes. Remoções de juízes substitutos de uma comarca para outra, de uma vara para outra, inclusive promoções na mesma circunscrição judiciária, sem assentimento do respectivo juiz ou sem as exigências constitucionais da maioria absoluta e da ampla defesa, ficam à mercê da conveniência dos membros do Tribunal de Justiça de Pernambuco, o que vem gerando efeitos danosos à autonomia funcional dos magistrados pernambucanos com funções de substituição.

## VI

A garantia da inamovibilidade relaciona-se com o princípio da divisão de poderes (CF, art. 2º) e com o princípio da independência dos juízes. Nas palavras de Pontes de Miranda, “a inamovibilidade prende-se à *divisão dos poderes* e à *independência do Poder Judiciário*”.<sup>22</sup> Formulação semelhante encontra-se em Carlos Maximiliano: “A inamovibilidade decorre do princípio da divisão dos poderes, assegura a independência de um deles”.<sup>23</sup> Tendo em vista ser – já nas palavras de Pimenta Bueno – uma das “condições necessárias para a independência dos juízes” ou “um dos elementos indispensáveis para sua independência”, segue-se que “a independência desaparece perante a amovibilidade”.<sup>24</sup>

O princípio da independência, inseparável do princípio da imparcialidade dos juízes, relaciona-se diretamente ao princípio do “juiz natural”. Da formulação des-

<sup>21</sup> Ada Pellegrini Grinover/Antônio Carlos de Araújo Cintra/Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 165.

<sup>22</sup> Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*. t. 3, ob. cit., p. 544; *Comentários à Constituição de 1946*. v. 2, ob. cit., p. 449. Cf. também idem, *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, t. 1, ob. cit., p. 611.

<sup>23</sup> Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1948, v. 2, p. 287.

<sup>24</sup> Pimenta Bueno, ob. cit., p. 408-409.

te princípio na Constituição Federal brasileira, art. 5º, inciso LIII,<sup>25</sup> não decorre expressamente a sua indissociabilidade do princípio da independência dos juízes. Mas, com base no art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, os princípios da independência e da imparcialidade constituem dimensões do princípio-garantia do “juiz natural”:

“Art. X. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”<sup>26</sup>

Tendo em vista que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil, esse dispositivo tem validade e vigência no direito nacional, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, conforme determina o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Na experiência constitucional brasileira, a ausência da regra-garantia da inamovibilidade prejudica fatalmente a independência dos juízes e, portanto, é incompatível com o princípio-garantia do “juiz natural”. Sem juiz independente, ficam prejudicados os jurisdicionados no acesso a uma justiça imparcial.

A independência não deve ser vista como uma pretensão corporativista da categoria dos magistrados. O seu significado é de interesse público e social no Estado de Direito. Nesse sentido, é salutar relembrar um dos nossos clássicos publicistas, Pimenta Bueno:

“A independência do magistrado deve ser uma verdade, não só de direito como de fato; é a mais firme garantia dos direitos e liberdades, tanto civis como políticas dos cidadão[s]; é o princípio tutelar que estabelece e anima a confiança dos povos na reta administração da justiça; é preciso que o povo veja e creia que ela realmente existe. Tirai a independência ao poder Judiciário, e vós lhe tirareis sua grandeza, sua força moral, sua dignidade, não tereis mais magistrados, sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder.

Sem essa condição essencial os juízes teriam de espreitar os acenos ministeriais; os direitos dos fracos, dos pobres não prevaleceriam mais perante as pretensões do forte, do rico, do poderoso. O império da lei, e com ele o da segurança, ordem e paz públicas desapareceriam, e as questões civis e criminais não achariam recurso senão no desforço pessoal.

<sup>25</sup> Nos seguintes termos: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

<sup>26</sup> Em conformidade com esse dispositivo, enfatizam Grinover, Cintra e Dinamarco (ob. cit., p. 140) que “o princípio do juiz natural, relacionado com o anterior [princípio da igualdade], assegura que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais”.

[...]

Não é pois por amor, ou no interesse dos juízes, que o princípio vital de sua independência deve ser observado como um dogma, é sim, por amor dos grandes interesses sociais.”<sup>27</sup>

Embora no estilo de nossa tradição bacharelesca, essas observações de Pimenta Bueno são relevantes, tendo em vista que eram afirmadas num contexto histórico em que a autonomia do Poder Judiciário era muito limitada, já no plano constitucional, no qual o Poder Moderador sobrepujava os demais poderes. O que se retira delas é não só a advertência de que a independência dos juízes é inerente às liberdades e aos direitos fundamentais dos cidadãos, constituindo uma exigência de interesse público, mas sobretudo a inferência de que não há Estado de Direito sem a independência dos juízes. Apesar de todas as implicações ideológicas do princípio da independência dos juízes, enfatiza um jurista da tradição crítica:

“Quando Fulano e Sicrano entram em conflito sobre o fato de se Sicrano cumpriu as obrigações estipuladas no contrato com Fulano, então é a coisa mais evidente do mundo que eles vão, no final, invocar um tribunal que decida de forma vinculatória a disputa entre si. Um tribunal é neutro, desinteressado, orientado objetivamente e obrigado somente perante o direito – se há realmente justiça terrena, então ela é de encontrar-se aqui.”<sup>28</sup>

Embora incontestável que, de fato, a independência dos juízes é relativizada por diversos fatores sociais, não se deve menosprezar o seu significado enquanto princípio jurídico-constitucional do Estado de Direito. Tratando do tema com percuciência nos Estados Unidos da América, Owen Fiss distingue analiticamente três diferentes formas que a independência do juiz – “há muito reconhecida como uma das características do constitucionalismo americano” – pode tomar: (1) a imparcialidade (“*party detachment*”), (2) a “autonomia funcional” e (3) a “separação de poderes”.<sup>29</sup> Enquanto a primeira “refere-se ao relacionamento entre o juiz e as partes perante a corte e tem como fundamento a aspiração por imparcialidade”<sup>30</sup> e a última “exige que o Judiciário seja independente de instituições governamentais controladas pelo voto popular, em particular os Poderes Executivo e Legislativo”,<sup>31</sup> a autonomia funcional “é relativa ao relacionamento entre juízes individualmente considerados e outros membros do Judiciário”.<sup>32</sup> Esta é, entre as três formas em

<sup>27</sup> Pimenta Bueno, ob. cit., p. 407.

<sup>28</sup> Ulrich Preuß, “Einleitung: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik”. In: idem (org.), *Zum Begriff der Verfassung: Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt am Main: Fischer, 1994, p. 7-35, 7 (traduzimos o trecho citado).

<sup>29</sup> Owen Fiss. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução brasileira coordenada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153 ss.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 153.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 155.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 154.

que se apresenta o princípio da independência do juiz, a que mais estreitamente relaciona-se com a regra-garantia da inamovibilidade, desrespeitada pela Constituição do Estado de Pernambuco. “Ela requer que o juiz não seja limitado por pressões corporativas ou institucionais ao decidir questões de fato e de direito.”<sup>33</sup> Sem a autonomia funcional, o juiz fica sujeito às pressões de outros membros do judiciário e, por conseqüência, prejudicado em sua imparcialidade. Em suma, a independência do juiz torna-se uma mera ilusão.

Ofendida a regra-garantia constitucional da inamovibilidade, tal como decorre do art. 52, §§ 2º e 3º, da Constituição do Estado de Pernambuco, fica prejudicada a *autonomia funcional* dos juizes substitutos pernambucanos, sujeitos à conveniência e à discricão dos membros dos tribunais de justiça. Com isso fica prejudicada a imparcialidade dos juizes substitutos e, portanto, os direitos dos jurisdicionados.

## VII

Não nos parece ter qualquer sentido a invocação do princípio da eficiência da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), para uma pretensa ponderação com a garantia da inamovibilidade. Seguindo as teorias da moda, caberia, eventualmente, uma ponderação ou um sopesamento entre os princípios da independência do juiz e o princípio da eficiência, na busca de uma otimização no caso da colisão de ambos.<sup>34</sup> Não caberia, porém, uma ponderação da *regra-garantia* da inamovibilidade com o *princípio* da eficiência: com base em Ronald Dworkin, tal sopesamento não seria admissível porque “as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada”,<sup>35</sup> quer dizer, disjuntivamente; com fundamento em Robert Alexy, porque, para a decisão do presente caso, a regra-garantia da inamovibilidade não admite – tampouco com base em um princípio – a “inserção de uma cláusula de exceção”, ou seja, tem “caráter definitivo” (é “razão definitiva”), constituindo uma “regra completa” e, portanto, “livre de ponderação”.<sup>36</sup>

Mesmo se insistíssemos absurdamente em ponderar ou sopesar, na solução do presente caso, a regra-garantia da inamovibilidade com o princípio da eficiência da Administração Pública, ainda assim não caberia uma solução em favor deste e, portanto, em detrimento daquela. Se aplicássemos o critério da proporcionalidade na relação entre o princípio e a regra, já teríamos dificuldades intransponíveis de passar a prova de adequação da restrição à inamovibilidade prevista no art. 52, §§ 2º e 3º, da Constituição do Estado de Pernambuco, para a eficiência administrativa do Poder Judiciário. Tendo em vista que a ofensa à regra-garantia constitucional atinge tanto a autonomia funcional dos juizes perante as pressões institucionais e

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Cf. Robert Alexy. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 71 ss; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6. impressão, London: Duckworth, 1991, p. 22 ss e 71 ss (trad. bras.: *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35 ss e 113 ss.)

<sup>35</sup> “Rule are applicable in an all-or-nothing fashion” (Dworkin, ob. cit., p. 24; trad. bras., cit., p. 39).

<sup>36</sup> Cf. Alexy, ob. cit., p. 88 ss 121.

corporativas, quanto à imparcialidade dos magistrados, o maior prejudicado de uma tal violação é o jurisdicionado. Não cabe, pois, falar de otimização do princípio da eficiência, se os próprios cidadãos, destinatários da prestação jurisdicional, ficam prejudicados com as restrições à garantia da inamovibilidade. Não sendo adequada à realização do princípio da eficiência a medida restritiva da inamovibilidade, fica prejudicada a prova da sua necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na verdade, não precisamos das artimanhas e aplicações incorretas dos teóricos da moda para solucionar o presente caso. Suposto que a regra-garantia da inamovibilidade é uma regra em sentido próprio e estrito (tem “caráter definitivo”, é “regra completa”), não cabe sopesá-la com o princípio da eficiência. Na relação entre regra e princípio de mesmo grau hierárquico no ordenamento jurídico (na hipótese, normas constitucionais), havendo incompatibilidades aparentes, prevalece a regra: no âmbito de vigência da regra, não vale o princípio que levaria a uma solução contrária à regra. Na nossa hipótese, mesmo se a regra-garantia da inamovibilidade restringisse o princípio da eficiência administrativa, ela não poderia ser deixada de lado em favor deste. Ao contrário, o princípio da eficiência só poderia ser concretizado enquanto não prejudicasse a aplicação da regra-garantia da inamovibilidade. E isso valeria para qualquer outro princípio constitucional, naquilo em que sua concretização pudesse levar a inaplicabilidade da regra-garantia da inamovibilidade.

Ao contrário, se quiséssemos relacionar a ora analisada violação à regra-garantia da inamovibilidade com outros princípios constitucionais, além daqueles a que essa regra está diretamente associada (princípio do “juiz natural” e princípio da independência nas suas três formas, imparcialidade, autonomia funcional e separação de poderes), caberia dizer que tal violação afeta não só os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa (CF, art. 37, *caput*), mas também, de maneira indireta, o princípio da isonomia (art. 5º). Não havendo fundamentos na Constituição Federal para a discriminação entre juízes titulares e juízes substitutos no tocante ao gozo da garantia da inamovibilidade, não compete aos Estados, mesmo no nível de suas Constituições, introduzir um tal discrimine. Em suma, ofendida frontalmente a regra-garantia da inamovibilidade pelo art. 52, §§ 2º e 3º, da Constituição do Estado de Pernambuco, surge como que uma reação em cadeia, infringindo-se, de maneira direta ou indireta, uma pluralidade de princípios constitucionais.

## VIII

Por fim, cabe analisar a compatibilidade ou incompatibilidade formal dos §§ 2º e 3º do art. 52 da Constituição pernambucana com o art. 93, *caput*, da Constituição Federal.

A esse respeito, não procedem e são pobres de argumentos as informações apresentadas pelo Excelentíssimo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, mediante o ofício nº 1.189/04, tampouco as considerações

contidas no item 14 do Parecer do Advogado-Geral da União, de 24 de janeiro de 2005. A competência dos Estados para organizar a sua justiça, nos termos de sua Constituição e da lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça (CF, art. 125, § 1º), não deve ser confundida com a Competência da União para, por meio de lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o “Estatuto da Magistratura”. Conforme estabelece o art. 93, inciso VIII, da Constituição Federal, a garantia da inamovibilidade é matéria a ser regulada, no plano infraconstitucional, pelo “Estatuto da Magistratura” (atualmente Lei Complementar nº 75/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional), não pelas constituições ou leis estaduais. Em princípio, qualquer norma estadual que venha a tratar de matérias referentes ao “Estatuto da Magistratura”, entre elas a questão da inamovibilidade e suas exceções, pode ser considerada formalmente inconstitucional por usurpação da competência orgânica do legislador federal.

Mas essa inconstitucionalidade formal não é totalmente desvinculada, na prática, de aspectos materiais. Evidentemente, se o constituinte ou o legislador estadual tivesse tratado da garantia da inamovibilidade de maneira plenamente compatível com a Constituição Federal e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, sem acrescentar nenhum elemento novo, não caberia discutir a inconstitucionalidade formal. Portanto, no presente caso, a inconstitucionalidade formal está associada também ao fato de que as normas da Constituição estadual regulam temas do âmbito de competência da legislação federal complementar, desrespeitando o conteúdo desta ou indo além dele. Ou seja, a inconstitucionalidade formal só ganha sentido prático após a análise do conteúdo dos dispositivos estaduais em face da matéria da respectiva lei complementar federal.

Ao extrapolar os limites de competência determinados na Constituição Federal, o poder constituinte de Pernambuco fez entrar no ordenamento jurídico estadual normas material e formalmente inconstitucionais. Tratando de outros casos de extrapolação de competência pelo poder constituinte do Estado de Alagoas, salienta Gabriel Ivo que “a Constituição do Estado-Membro ao tempo em que desenvolve a descentralização normativa, criando o ordenamento parcial, não fica liberta da observância das normas contidas na Constituição Federal”.<sup>37</sup> Há limites impostos pela Constituição Federal a todo e qualquer poder constituinte estadual, tanto materiais quanto formais; e eles foram, no caso do art. 52, §§ 2º e 3º, da Constituição do Estado de Pernambuco, manifestamente desrespeitados.

## IX

Diante do exposto, concluímos:

- a) O art. 52, §§ 2º e 3º, da Constituição do Estado de Pernambuco é manifestamente inconstitucional, por ofender de maneira frontal a regra-

<sup>37</sup> Gabriel Ivo. *Constituição estadual: competência para a elaboração da Constituição do Estado-Membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 246.

garantia da inamovibilidade relativa, estatuída no art. 95, inciso II, c/c o art. 93, inciso VIII, da Constituição Federal;

- b) violada a regra da inamovibilidade pelos dispositivos da Constituição estadual, contraria-se o princípio-garantia do juiz natural – instituído em nosso constitucionalismo nos termos do art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, e do o art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos c/c o art. 5º, § 2º, da CF – e, por conseguinte, é afetado o princípio da independência dos juízes, nas suas três formas: imparcialidade, autonomia funcional e divisão de poderes;
- c) da violação da regra-garantia da inamovibilidade pela Constituição de Pernambuco resultam, indiretamente, ofensas a outros princípios constitucionais, destacando-se os princípios da moralidade e da impessoalidade da Administração Pública, assim como o próprio princípio da isonomia.
- d) além da inconstitucionalidade material, verificam-se no presente caso nuances de inconstitucionalidade formal, tendo em vista que compete à União dispor, mediante lei complementar, sobre o “Estatuto da Magistratura”, inclusive sobre as exceções à regra-garantia da inamovibilidade, nos limites do art. 95, inciso VIII, da Constituição Federal.