

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UM “ILUSTRE (DES)CONHECIDO”? ANÁLISE DE SUA NATUREZA E LIMITES DE ATUAÇÃO EM FACE DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Tássia Aparecida Gervasoni¹

SUMÁRIO: Resumo. Introdução. 1 O SURGIMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: CRISE DO JUDICIÁRIO E CONTROLE EXTERNO EM CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA. 1.1 Crise do Poder Judiciário e relação entre os Três Poderes a partir da Constituição Federal de 1988. 1.2 Histórico do Conselho Nacional de Justiça na Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004. 2 ASPECTOS LEGAIS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E REGIMENTAIS. 2.1 Composição, forma de ingresso e algumas implicações práticas. 2.2 Organização e operacionalização internas. 2.3 Competências e atribuições legais. 3 ASPECTOS POLÊMICOS QUE FAZEM DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA UM “ILUSTRE (DES)CONHECIDO”. 3.1 Natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça: controle interno ou externo do Poder Judiciário?. 3.2 Natureza jurídica das decisões do Conselho Nacional de Justiça: atividade administrativa ou jurisdicional?. 3.3 Limites do Conselho Nacional de Justiça e separação de Poderes: análise de casos concretos. Conclusão. Referências.

RESUMO: O Conselho Nacional de Justiça foi instituído pela EC 45/2004, responsável pela chamada “Reforma do Poder Judiciário”. O principal foco de análise do trabalho está em descobrir se o novo órgão ofende a separação dos poderes, no sentido de verificar se atinge a independência do Judiciário. Para tanto, serão investigadas a natureza jurídica do Conselho (enquanto órgão de controle interno ou externo), a natureza jurídica de suas decisões (administrativas ou jurisdicionais), bem como os limites de sua atuação, notadamente no

¹ Tássia Aparecida Gervasoni atualmente é Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora na Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, e “Estado e Constituição”, vinculados ao CNPq. Advogada. A presente monografia foi desenvolvida sob a orientação da Professora Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, defendida e aprovada em julho de 2009. Endereço eletrônico: tassia.gervasoni@gmail.com

THEMIS

exercício da competência para expedir atos regulamentares, a partir das noções de independência da magistratura e separação de poderes.

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça foi instituído pela Emenda Constitucional 45/2004, sendo, possivelmente, uma de suas maiores novidades. Referida Emenda foi responsável pelo que se convencionou chamar de “Reforma do Poder Judiciário”, fomentada por inúmeras críticas dirigidas ao Poder, desde questões como morosidade e falta de legitimidade democrática até fenômenos como a judicialização da política, trazendo à tona a alegada “crise do Poder Judiciário.”

Hodiernamente, não obstante todas as resistências verificadas durante os trabalhos para a aprovação da emenda, o Conselho Nacional de Justiça é órgão de destaque no cenário nacional. Mas mesmo transcorridos quatro anos de sua instituição e ainda contando com a manifestação do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do órgão, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF, movida pela Associação dos Magistrados do Brasil, muitas e importantes questões permanecem sem respostas satisfatórias.

Uma das grandes questões está, exatamente, em descobrir se o Conselho Nacional de Justiça ofende ou não a separação dos poderes, no sentido de verificar se atinge a independência do Judiciário, grande valor da Constituição Federal, não obstante a manifestação negativa a esse respeito pela Suprema Corte, além do receio de que a atuação do Conselho possa usurpar as funções do Poder Legislativo. O que se entende por independência, no sentido de apurar se este atributo alcança tão-somente a função jurisdicional (típica) ou se abarca, também, as decisões administrativas do Judiciário (funções atípicas) e a competência do Conselho Nacional de Justiça de expedir atos regulamentares (art. 103-B, §4º, inciso I, da CF/88) são aspectos igualmente importantes.

Na busca de respostas, é investigada a natureza das decisões do Conselho, bem como seus limites. Quanto à natureza das decisões, a investigação pretende verificar se são decisões jurisdicionais ou administrativas. Em relação aos limites, serão consideradas as disposições constitucionais e o Regimento Interno do Conselho, que versam sobre as competências e atribuições deste órgão.

O presente trabalho divide-se em três capítulos. No primeiro é apresentada a chamada crise do Poder Judiciário, perquirindo-se qual a verdadeira função deste Poder no atual estágio do Estado Democrático de

Direito, pretendendo-se aclarar, ademais, o contexto histórico que culminou na Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional 45/2004. No segundo capítulo são apresentados os aspectos legais do Conselho, a partir de disposições constitucionais e regimentais, ressaltando-se o estudo de sua composição, organização, funcionamento e competências. No terceiro capítulo, investigam-se a natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça, a natureza jurídica de suas decisões e os seus limites de atuação, notadamente em relação à competência regulamentar.

1 O SURGIMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: CRISE DO JUDICIÁRIO E CONTROLE EXTERNO EM CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

1.1 Crise do Poder Judiciário e relação entre os Três Poderes a partir da Constituição Federal de 1988

Dentre muitas manifestações e formas de “crises” – por exemplo, crise econômica, financeira, do próprio Estado –, a chamada crise do Poder Judiciário tem repercutido intensamente no cenário nacional, sobretudo a partir dos anos de 1990. Quanto a isso, certamente um ponto forte e merecedor de algum destaque é a Emenda Constitucional n.º 45, de 08-12-2004, responsável pelo que se convencionou chamar de Reforma do Poder Judiciário. Referida Emenda Constitucional criou e instituiu o Conselho Nacional de Justiça.

De qualquer forma, a compreensão da crise do Poder Judiciário em suas várias dimensões é de extrema importância, pelo que convém esquematizá-la prévia e didaticamente, considerando um estudo que delimitou três dimensões (básicas) da crise do Poder Judiciário: identidade, desempenho e imagem.

O desenvolvimento da primeira dimensão da crise (identidade) pode encontrar alguns sinais em 1988, no próprio ordenamento político e jurídico do Estado, cuja base inaugurada pela Constituição Federal institucionalizou um verdadeiro Estado Providência, justamente quando o chamado neoliberalismo se firmava. Assim, o ideário que normalmente se opõe ao modelo de Estado que acabava de surgir alcançava, naquele momento, uma hegemonia aparentemente inabalável.²

² COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Autogoverno e controle do Judiciário no Brasil: a proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 30.

THEMIS

Forma-se o quadro seguinte: uma Constituição que prevê um Estado intervencionista, no auge de uma realidade neoliberal. O desajuste é visível, pois o liberalismo visa exatamente afastar o Estado, restringindo ao mínimo suas possibilidades de intervenção, para permitir que a própria sociedade e, sobretudo, o mercado, se auto-regule.

Além disso, houve uma ampliação da própria noção e dimensão dos direitos fundamentais, ampliados sensivelmente pela Constituição de 1988. Diante dessa ampliação dos direitos constitucionais e desse modelo de Estado intervencionista, inserido numa realidade neoliberal, o descompasso que se pretende demonstrar começa a ganhar forma, pois inevitavelmente se alteram os conflitos e, corolário, as respostas que serão buscadas e fornecidas pelo Poder Judiciário. Fica difícil delimitar qual é, afinal, o papel do Judiciário nesse novo Estado.

É nesse contexto de incertezas e de contradições políticas, jurídicas e sociais que se notam os primeiros sinais da chamada crise de identidade. “Na moldura deste Estado intervencionista, com sua Constituição dirigente, cabe ao Judiciário algo mais do que dirimir conflitos interindividuais e assegurar a observância das ‘regras do jogo’ político ou econômico.”³

O cenário exige, portanto, um Judiciário atuante, capaz de assegurar a observância à Constituição, ainda que precise impor isso ao Estado. É essa nova função que abala as estruturas até então estanques que mantinham distantes os Poderes e que afastavam o Judiciário da sociedade em geral. Torna-se necessário, a partir de 1988, um Judiciário igualmente intervencionista e “protagonista”, que procure compatibilizar o resultado do jogo econômico com a justiça, “corrigindo-o” se for preciso.⁴

A própria eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário nesse complexo jogo de forças, sob pena de termos uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos.⁵

Este é o momento, portanto, em que as distorções dos demais Poderes

3 Ibidem, p. 31.

4 Ibidem, loc. cit.

5 STRECK, Lênio Luiz. O Estado Democrático de Direito e a necessária Constitucionalização do Direito: a crise dos 10 anos da Constituição cidadã. *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*. Cruz Alta, n. IV, jan. 1999. p. 23-24.

estatais podem ser amenizadas pelo Judiciário, sempre observando os mecanismos previstos na Constituição, sendo difícil negar o reconhecimento de que “[...] no Estado Democrático de Direito, o Judiciário é intervencionista, devendo atuar sempre no sentido de concretização da materialidade da Constituição [...]”⁶

Na verdade, não há um consenso do que se espera da atuação do Poder Judiciário, pois, conforme Zaffaroni, “se o judiciário adotar uma atitude limitadora, é qualificado pelo oficialismo de intrometido antidemocrático, e também de complacente, por parte da oposição, se não o faz.”⁷

Outro fator agravante ou revelador da crise é a dimensão coletiva de algumas decisões judiciais, normalmente proferidas em casos que envolvem lesões de massa em relações de consumo, por exemplo, questões que dizem respeito ao meio ambiente, improbidade de agentes políticos, etc. Enfim, são casos em que “a multiplicidade de interesses envolvidos, as pressões sociais, a intensidade do debate no terreno não estritamente formal [...], impedem que as soluções sejam absolutamente ‘técnicas’ e ‘neutras.’”⁸

Esse é o contexto em que se faz possível a constatação de uma crise de identidade do Poder Judiciário. Mas qualquer discussão acerca deste Poder, mormente de sua alegada crise, não costuma olvidar os aspectos relativos à qualidade, à eficiência e, sobretudo, à rapidez da prestação jurisdicional.

Aliás, a morosidade judicial é frequentemente debatida pelos mais variados segmentos sociais, que não escondem a insatisfação com a suposta falta de agilidade no andamento de processos até a obtenção da decisão judicial.⁹

É exatamente este o âmago da segunda dimensão da crise do Poder Judiciário: a crise de desempenho, que normalmente refere questões concernentes à quantidade e à velocidade em que as decisões judiciais são proferidas e cujo “delineamento é fundamental, na medida em que a identidade que se deseja que o Judiciário assumira repercute diretamente nos fatores a serem priorizados como indicadores de avaliação de sua maior ou menos ‘eficiência.’”¹⁰

6 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole. 2003. p. 119.

7 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 42.

8 COSTA, op. cit., p. 37.

9 Aliás, isso fica evidente na preocupação, por parte da EC 45/2004, de instituir a “razoável duração do processo” como um direito fundamental.

10 COSTA, op. cit., p. 37.

THEMIS

Ressalta-se, contudo, que o fato de as ações novas e os números impressionantes induzirem à conclusão de morosidade, faz, muitas vezes, com que se atribua exclusivamente ao volume de processos a causa da lentidão, independentemente de qualquer investigação específica ou conhecimento de causa.

Uma das queixas da própria magistratura, nesta seara, é a de que a mídia, por exemplo, dispara diariamente “petardos” contra o Judiciário, acusando-o de ineficiente e improdutivo em decorrência do elevado número de processos que aguardam julgamento, sem qualquer exame técnico das possíveis causas.¹¹

Paradoxalmente, estatísticas demonstram um crescente aumento do número de decisões preferidas pelos diversos ramos do Judiciário. Igualmente, os recursos transferidos ao Poder têm aumentado. Isso faz concluir, então, que apesar do aumento da produtividade dos magistrados, dos recursos e da estrutura judiciária, a morosidade tem prevalecido, principalmente porque os fatores essenciais que a conduzem também permanecem: a “explosão de litigiosidade”¹² e a tendência a eternização dos processos.¹³

Ainda assim, não se nega que o número de juízes (e de funcionários em geral) e os recursos destinados ao Judiciário são insuficientes e acabam contribuindo para a morosidade da prestação jurisdicional.

De qualquer forma, não é pouco o que se espera do Judiciário, “se considerarmos que no seu caso o que se espera teoricamente é que ele produza justiça, garantindo os direitos de todas as pessoas do povo e resolvendo rapidamente e com equidade os conflitos de direito.” Talvez por isso produza pouco, mesmo trabalhando muito.¹⁴

Além disso, não se pode, a pretexto de conferir celeridade aos processos, “transformar a atividade jurisdicional em verdadeira linha de produção, tampouco exigir de juízes determinadas metas de produção, comparativamente a outros magistrados”. Igualmente a idéia de produzir mais não pode transformar o

11 MADALENA, Pedro. Magistratura: produtividade controlada em processo virtual. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

12 A expressão “explosão de litigiosidade” refere-se à verdadeira avalanche de ações judiciais ajuizadas, especialmente, a partir da década de 90, contra diversos planos econômicos, previdenciários e fiscais adotados pelo Governo.

13 COSTA, op. cit., p. 39-42 passim.

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 77.

magistrado em um simples autômato julgador, incapaz de avaliar as vicissitudes e particularidades de cada caso concreto, em razão da falta de tempo para refletir e escolher a melhor e mais justa decisão. Enfim, “sentenças não podem ser exaradas como produtos de fábrica.”¹⁵

Coadunando os aspectos da crise de identidade com os da crise de desempenho, resta claro que dificilmente não repercutiriam na imagem do Poder Judiciário, dando forma à terceira dimensão da crise.

Em linhas gerais, de qualquer modo, a crise de imagem comporta diversos indicadores. Dentre eles, por óbvio que a crise de identidade e a crise de desempenho abalam fortemente a imagem do Judiciário. Todavia, dois outros aspectos merecem ser realçados: a conturbada relação entre o Judiciário e a imprensa e as denúncias de corrupção no meio jurídico.

O primeiro destes aspectos diz respeito às “dificuldades históricas que marcam a relação entre o Judiciário e os meios de comunicação. Há incompreensões recíprocas quantos às inevitáveis diferenças de linguagem e de ritmo entre os profissionais de ambas as áreas.”¹⁶

É fato que, ultimamente, tem se verificado uma maior interatividade entre a imprensa e o Judiciário, constatando-se um crescente interesse daquela por este. Neste sentido, basta ver, também, como as decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a ter repercussão nacional. Muitos julgamentos, por exemplo, são acompanhados de perto, como a controvérsia envolvendo a Serra Raposa do Sol. Isto sem contar com os julgamentos “midiáticos”, como no caso das células-tronco, da antecipação do parto de fetos anencéfalos e, mais recentemente, a questão envolvendo a (in)constitucionalidade da lei de imprensa.

Igualmente, não se pode negar o poder de manipulação que a imprensa exerce na formação de opinião da população e que, nem sempre, tal poder tem um desempenho neutro e imparcial, que seria o ideal, diga-se de passagem.

Há situação corrente que permite esta exemplificação: os verdadeiros julgamentos antecipados feitos pela mídia. Ocorre, nestes casos, mormente os de grande comoção popular¹⁷, um julgamento moral antecipado do(s) suspeito(s),

15 MENDES, Leandro Passig. A produtividade dos juízes. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

16 COSTA, op. cit., p. 48.

17 Cita-se, como exemplo, o caso da menina Isabela Nardoni, supostamente “jogada” da janela de um edifício pelo pai e pela madrasta (o conhecido casal Nardoni). O assassinato da menina, ocorrido há mais ou menos um ano, ocupa grande espaço na imprensa brasileira até hoje. À

THEMIS

sem maiores aspectos de legalidade. Basta, para que alguém seja considerado culpado, uma aparição em rede nacional com repórteres de maior ou menor credibilidade, dizendo que talvez o seja. Depois, se a suspeita não se comprova e o Judiciário, no cumprimento de seu dever legal e, necessariamente, observando os princípios da legalidade e do devido processo legal, absolve esse mesmo sujeito, é acusado de corrupto, de tratar desigualmente ricos e pobres e tudo o mais que se ouve dizer.

Por isso se diz, em determinados casos, que a mídia, de um modo geral, mas a televisão, de um modo particular, de alguma maneira joga a população contra o Judiciário e joga o Judiciário contra a população.¹⁸

De fato, embora conturbada a relação entre o Judiciário e a imprensa, algum ponto de equilíbrio que possibilite a atuação livre e desembaraçada de ambos deve haver, pois a democracia não prescinde de qualquer que seja.

Como se já não bastasse o exposto, há um último fator de intensificação da crise de imagem que dever ser destacado: as denúncias de corrupção na magistratura. Quanto a esse aspecto, aponta-se como “ápice da depreciação da credibilidade do Poder Judiciário” a instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado Federal, em 1999 (que contou com todo o empenho do então Senador Antonio Carlos Magalhães), cujo objetivo era apurar irregularidades no Judiciário.¹⁹ De recordar-se também, neste sentido, o verdadeiro escândalo envolvendo a construção do Fórum Trabalhista de São Paulo.²⁰

De modo geral, o contexto de crise que sombreou e assombrou o Judiciário por muito tempo tornou inevitável a discussão sobre necessárias modificações na sua estrutura e funcionamento, deflagradas a partir dos anos 90 e que resultaram na chamada Reforma do Judiciário, concretizada, mormente, pela Emenda Constitucional n. 45, cuja trajetória e principais aspectos serão estudados a seguir.

época do crime, o caso foi “dissecado” em rede nacional e, muito antes de qualquer processo judicial, o casal Nardoni já foi condenado pela população.

18 FARIA, op. cit., p. 49.

19 COSTA, op. cit., p. 48.

20 A construção do Fórum Trabalhista de São Paulo teve grande repercussão, pois envolveu um enorme desvio de verbas dos cofres públicos (aproximadamente cento e setenta milhões de reais). Personagem marcante deste vergonhoso episódio foi o então juiz Nicolau dos Santos Neto, alcunhado “Lalau”, cuja figura tornou-se praticamente sinônimo de corrupção.

1.2 Histórico do Conselho Nacional de Justiça na Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004

A década de 1990 foi marcada por importantes mudanças, já que em sede de reformas se discutia, por exemplo, a privatização de estatais, o fim dos monopólios, a reforma política, etc. Destarte, não tardou para que o Judiciário, ainda hoje criticado pelas questões já vistas, integrasse a pauta de discussões.

Pode-se dizer que a Reforma do Judiciário teve seu início (embora ressaltando algumas interrupções em seu trajeto) com a Proposta de Emenda Constitucional 96/92, aprovada no ano de 2000 na Câmara dos Deputados, tendo como autor o então Deputado Federal Hélio Bicudo (PT-SP), que a propôs em março de 1992.

De qualquer forma, não foram poucas as alterações por que passou a Proposta de Emenda Constitucional 96/92 até a aprovação definitiva, de modo que muito da idéia original acabou se esvaindo entre tantas mutações. Por esta razão, a atribuição da autoria apenas ao Deputado Federal Hélio Bicudo não se afigura totalmente adequada, “já que uma análise da evolução da proposta apresentada por Bicudo em 1992 [...] demonstra que muito pouco do projeto original remanesceu ao longo das sucessivas versões discutidas e votadas na Câmara dos Deputados.”²¹

A Reforma do Judiciário chegou a ser debatida na tentativa de Revisão Constitucional (iniciada em 13 de outubro de 1993 e encerrada em 31 de maio de 1994) que estava prevista nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Não obstante o seu fracasso, já que acabou aprovando (apenas) algumas poucas emendas constitucionais, seu relator, Nelson Jobim, conseguiu delinear os traços fundamentais que norteariam a reforma judiciária.

Entre as sugestões do relator Nelson Jobim, que sustentava “a compatibilidade entre a independência judicial e novas formas de responsabilização dos magistrados”, estava a criação do Conselho Nacional de Justiça, composto por vinte e um membros não só advindos da magistratura.²²

Apesar da composição mista sugerida ao Conselho, Jobim pretendia afastar as acusações de violação da Separação dos Poderes com a presença de dezoito membros da magistratura dentre os vinte e um que o comporiam.

21 SADEK, op. cit., p. 9.

22 COSTA, op. cit., p. 72.

THEMIS

Ademais, os três membros externos (alheios à magistratura) seriam escolhidos pelo STF.

Conforme antecipado alhures, a Revisão Constitucional não obteve o êxito que talvez fosse esperado e a aprovação do Conselho Nacional de Justiça, bem como de outras propostas do relator Nelson Jobim, acabou não acontecendo. A retomada das discussões sobre a Reforma ocorreu com a instalação da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em agosto de 1995, cujo cargo de relator coube ao Deputado Jairo Carneiro (PFL-BA).

Contudo, antes disso (mais precisamente em 31 de maio de 1995), o Deputado José Genoino (PT-SP) havia apresentando a PEC 112-A, que contava “com o apoio de 260 outros membros da Câmara dos Deputados, almejando instituir o ‘sistema de controle do Poder Judiciário.’”²³

Na verdade, a proposta de autoria do Deputado Genoino, que foi logo apensada à PEC 96/92, cuja análise motivou a instalação da Comissão Especial, instituiu o controle externo do Poder Judiciário. Seguiram-se a partir de então audiências públicas e sessões de discussão que culminaram em um relatório que sugeria a criação das súmulas vinculantes, do Conselho Nacional de Justiça e a extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho. Ao final, “não deu acordo e o relatório acabou por não ser votado.”²⁴

Após mais dez meses de debates, o relator Jairo Carneiro apresentou “um amplo substitutivo, com diversas propostas, entre as quais a de criação do Conselho Nacional de Justiça [...]”²⁵ Relativamente às modificações sugeridas pelo Deputado Jairo Carneiro, assinalam-se algumas variações no que concerne à composição e às competências do Conselho vindouro.

Quanto à composição do Conselho, o diferencial foi a previsão de um advogado representante da OAB, um membro representante do Ministério Público e dois magistrados representantes da entidade máxima representativa da Magistratura nacional, reconhecida pelo STF. Em relação à competência, identifica-se a mesma inspiração de Nelson Jobim, destacando-se, entretanto, a condição de órgão de planejamento estratégico do Conselho, bem como sua tarefa de organizar e de manter o Banco de Dados do Poder Judiciário.²⁶

23 *Ibidem*, p. 73.

24 SAMPAIO, *op. cit.* p. 107.

25 COSTA, *op. cit.*, p. 75.

26 *Ibidem*, p. 76-77 *passim*.

As críticas dirigidas ao relatório do Deputado Jairo Carneiro e dos que se seguiriam não foram poupadas e a falta de consenso mínimo entre os parlamentares da comissão especial impediu que o parecer fosse submetido à votação pelo plenário da comissão, encerrando-se os trabalhos em 1998.²⁷

Os trabalhos em prol da reforma viriam a ser retomados no primeiro semestre de 1999, mas em um cenário agitado, tão ou mais adverso do que o anterior. Desde o final dos anos 1990, a reforma havia se tornando prioridade do governo, cuja motivação decorria do desagrado em relação a algumas decisões judiciais. Além disso, em 1999, “algumas vozes no Congresso Nacional começaram a alardear quanto corruptos eram os juízes, nomeadamente os da Justiça do Trabalho, e, por isso, necessário um controle externo e não corporativo de sua atividade.”²⁸

Incendiando a arena de debates sobre a reforma, o então Senador Antonio Carlos Magalhães (PFL-BA), à época presidente do Senado e do Congresso Nacional, propôs a instalação de uma CPI para investigar irregularidades que bradava existir no Judiciário, especialmente na Justiça do Trabalho.

Como uma espécie de reação à iniciativa do Senador, foi reativada a comissão especial de reforma da Câmara dos Deputados. Outra reação a ser anotada é a do Ministro Carlos Velloso, à época vice-presidente do STF, que “acenou com a retomada das discussões sobre a reforma judiciária, como uma maneira de evitar a execração da justiça por uma comissão parlamentar de inquérito.”²⁹

Com a intensificação dos debates parlamentares, ou o Judiciário encontrava, ele próprio, algumas respostas para este tipo de problema, ou acabaria sendo reformado de fora para dentro. Havia (e ainda há) o receio de que “a pretexto de se fazer a Reforma do Judiciário, se comprometa a autonomia do Judiciário.”³⁰

Com efeito, em oposição à iniciativa do Senador Magalhães, reuniram-se diversos setores na busca de “imprimir um sentido positivo ao debate sobre o problema da Justiça e neutralizar eventuais ações de intimidação ou perseguição da CPI contra a magistratura”, fortalecendo, inclusive, a idéia de reinstalação da comissão especial de reforma.³¹

27 Ibidem, p. 12.

28 SAMPAIO, op. cit., p. 107.

29 SADEK, op. cit., p. 12-13 *passim*.

30 FARIA, op. cit., p. 56.

31 SADEK, op.cit., p. 14.

THEMIS

Isso estava longe de significar, contudo, a existência de consenso em torno dos debates e das propostas que seriam apresentadas, já que, a exemplo das pretéritas, muitos desentendimentos entravariam a reforma.

Novamente, retomou-se a discussão. O cargo de relator da comissão, desta vez, coube ao Deputado Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), com diversas sub-relatorias, na (vã) tentativa de viabilizar o consenso. Seguiram-se novas audiências públicas, com a participação de diversos setores e autoridades e, no início de junho (1999), o relator apresentou seu polêmico relatório, “com forte teor centralizante, pois não apenas criava um órgão de controle externo do Judiciário, como previa a súmula vinculante, o incidente de inconstitucionalidade, a argüição de relevância no recurso extraordinário e o fim da Justiça do Trabalho.”³²

De novo, vieram as críticas. Desta vez, os ataques referiam que o projeto atendia, principalmente, aos interesses do Executivo federal quanto à reforma judiciária, razão pela qual “foi também duramente rejeitado pelos partidos de oposição, pela OAB e pela magistratura das instâncias inferiores do Judiciário, que se viu ameaçada pelas propostas concentradoras e centralizadoras do projeto.”³³

A despeito dos inflamados debates e da celeuma em torno da proposta exibida por Aloysio Nunes, o projeto sequer chegou a ser votado. Ao final do mês de julho, o Deputado aceitou o convite feito pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, para assumir a Secretaria Geral da Presidência da República.

Foi escolhida e nomeada para ocupar a relatoria da comissão, então, a Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro (PSDB-SP), cujos trabalhos seriam retomados em agosto, isto é, findo o recesso parlamentar daquele ano.

Pouco mais de um mês depois, em 14 de setembro, a Deputada Zulaiê Cobra apresentou seu primeiro relatório, que divergia francamente do anterior, proposto por Aloysio Nunes (fazendo com o que as críticas ao relatório da deputada viessem da direção oposta), embora fossem ambos do mesmo partido político. A relatora resistiu às sugestões de reforma que atendiam aos interesses governistas, fazendo repercutir em seu projeto mecanismos mais duros de controle e de responsabilização da magistratura.³⁴

32 SAMPAIO, op. cit., p. 108.

33 SADEK, op. cit., p. 19.

34 Ibidem, loc. cit.

De fato, o relatório “concentrava-se mais no controle e na responsabilização dos juízes e membros do Ministério Público, até então não contemplados pela reforma.”³⁵ Nada disso, porém, livrou a proposta das já habituais críticas, acusações e reclamações, tendo sido grande a pressão exercida para a modificação do relatório. O dissenso era tal, que não se conseguia agradar nem o governo, nem a oposição, sendo atacado por todos os lados. Por tudo isso, a modificação do relatório foi inevitável. A Deputada recuou e apresentou, no mês seguinte (precisamente em 19 de outubro), uma nova proposta.

De um modo ou de outro, não obstante algumas polêmicas que estavam por vir, os ventos logo soprariam favoravelmente à Reforma. Finalmente, em 17 de novembro, após quase oito anos de tramitação e de três relatórios exaustivamente debatidos, a comissão especial aprovou um texto definitivo para a PEC 96/92, encaminhando-a para votação em dois turnos no plenário da Câmara dos Deputados.³⁶

A votação em primeiro turno ocorreu em janeiro de 2000, sendo que a aprovação não prescindiu de acordos políticos, ajustes, emendas e modificações para que fosse viabilizada. Já a votação em segundo turno ocupou praticamente a maioria dos espaços da agenda da Câmara durante os meses de março a junho, quando o projeto de emenda constitucional, incluindo a criação do Conselho Nacional de Justiça, foi enfim aprovado. Remetida para votação no Senado Federal, a proposta foi processada sob o n. 29/2000, onde ocorreu de forma mais rápida, embora mais polêmica, com a apresentação de várias emendas e apensamentos. As pressões continuavam de toda a parte.³⁷

A instituição do Conselho Nacional de Justiça contava com fatores de dúvidas que ainda geram discussão e polêmica, sendo que algumas posições ficaram claras durante os trabalhos da Reforma: os que defendiam (mais ou menos radicalmente) a criação de um órgão de controle externo da magistratura e os que sustentavam apenas um órgão de fiscalização, cuja natureza interna afastaria da composição membros alheios à magistratura. Também havia quem rechaçasse tal órgão, independentemente de qual fosse a sua natureza jurídica.

De qualquer forma, após o tumultuado trâmite percorrido pela PEC 92/92, que no Senado tramitou sob o n. 29/2000, foi aprovada e Emenda

35 SAMPAIO, op. cit., p. 108.

36 SADEK, op. cit., p. 20.

37 SAMPAIO, op. cit., p. 109.

THEMIS

Constitucional n. 45, cuja promulgação se deu no dia 8 de dezembro de 2004. Estava instituído, portanto, o Conselho Nacional de Justiça. De composição híbrida e competente para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, dentre diversas outras funções, o órgão é apontado como uma das maiores novidades de EC 45/2004.

Contudo, as dissonâncias não cessaram com a aprovação da Emenda Constitucional, sobretudo porque não se tem a clareza necessária para identificar os reais contornos do órgão instituído. Após tantas modificações, o Conselho acabou se transformando em um mosaico de posições e pressões políticas vindas de toda parte, chegando-se a duvidar até mesmo que possa atingir sua finalidade, a qual, aliás, também ficou difícil de definir ou explicar. O esclarecimento de alguns desses aspectos será buscado no capítulo seguinte.

2 ASPECTOS LEGAIS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E REGIMENTAIS

2.1 Composição, forma de ingresso e algumas implicações práticas

A composição de um órgão é fundamental para a compreensão de muitos de seus aspectos, principalmente, porque, na verdade, os órgãos considerados em si mesmos são figuras abstratas, incapazes de vontade ou manifestações anímicas. Destarte, seus contornos e orientações serão fundados nos sentimentos e ideais daqueles que o compõem, ou seja, naquelas pessoas que, reunidas, consubstanciam o órgão.

Por isso, a composição de um órgão é questão relevante e merece ser estudada com afinco. A composição do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, suscitou muita controvérsia no decorrer dos debates acerca de sua criação. Não obstante, sua composição está hoje definida no artigo 103-B, da Constituição Federal. Por este dispositivo, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros, aos quais se exige mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade. O mandato dos Conselheiros será de dois anos, admitida uma recondução.³⁸

38 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 38 ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2004. Ver artigo 103-B, *caput*: O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma

O artigo 9º, §2º, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ), estabelece que “nenhum Conselheiro poderá voltar a integrar o Plenário na mesma classe ou em classe diversa após cumpridos dois mandatos, consecutivos ou não.”³⁹ Conforme Sampaio, esta ampliação da restrição é inconstitucional, pois “a Constituição proíbe a recondução, não a possibilidade de mais de dois mandatos.”⁴⁰

Não se pode deixar de reconhecer o acerto da observação de Sampaio, posto que a ampliação (restritiva) do Regimento Interno não tem amparo constitucional. A Constituição não contempla a vedação acrescida regimentalmente; isso significa que o Conselho estabeleceu uma restrição que a própria Constituição, por alguma razão (que neste momento não cabe investigar), deixou de fazer.

De qualquer forma, compõem o Conselho Nacional de Justiça: um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador do Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.⁴¹

recondução, sendo [...].

39 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

40 SAMPAIO, op. cit., p. 264-265.

41 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 38 ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2004. Ver artigo 103-B, incisos I a XIII.

THEMIS

Desde o início do debate, a composição do Conselho Nacional de Justiça envolvia um aspecto extremamente importante e que foi essencial à sua aprovação: a inclusão ou não de membros alheios à magistratura. Sustentavam os defensores da instituição de um órgão de controle externo do Poder Judiciário, uma formação em que a maioria, se não a totalidade dos membros fossem estranhos à magistratura. De outra banda, aqueles que acreditavam e defendiam que um órgão com feição de controle externo feria a independência do Judiciário, entre outros malefícios, pugnavam por uma composição em que predominassem magistrados. Pelo que se nota da composição ao final aprovada (que inclui magistrados e membros externos), nem os primeiros, nem os últimos foram totalmente atendidos. Todavia, a preponderância de magistrados dificulta, quando não rechaça, a feição de órgão de controle externo do Conselho Nacional de Justiça.

Importa esclarecer, também, a previsão da atuação do Procurador-Geral da República e do presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil junto ao Conselho Nacional de Justiça. Prevê o artigo 103-B, § 6º, da Constituição Federal, que ambos officiarão junto ao Conselho. Portanto, não se incluem entre os membros que o compõem, mas atuam ao lado destes. Ainda quanto à atuação do Procurador-Geral da República e do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, convém destacar que não se limita às matérias que envolvem as respectivas categorias. Ademais, estes representantes manifestam-se através de pareceres (opiniões), sem atribuições de voto.

Ressalta-se que, não obstante à forma de ingresso (indicações), os indicados exercerão suas atribuições, enquanto Conselheiros, de forma autônoma, o que significa dizer não subordinados ao órgão indicador.

Quanto aos Conselheiros alheios à magistratura, ressalta-se que terão os mesmos direitos, prerrogativas e deveres dos magistrados, estando sujeitos aos mesmos impedimentos constitucionais e legais, suspeições e incompatibilidades que regem a magistratura, no que couber e, obviamente, enquanto perdurar o mandato (artigo 11, §3º, do Regimento Interno).⁴²

Há vedações, no entanto, que se estendem após mandato. Trata-se da vedação do exercício da advocacia pelos Conselheiros perante o Conselho, nos dois anos subsequentes ao término do mandato (artigo 11, §4º, do Regimento

42 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

Interno) e da impossibilidade de o Conselheiro concorrer à vaga do quinto constitucional (artigo 94, da Constituição Federal), ser promovido pelo critério de merecimento na carreira da magistratura ou ser indicado para integrar Tribunal Superior durante o período do mandato e, igualmente, pelo período de até dois anos após o seu término (artigo 15, do Regimento Interno).⁴³

Merece ser esclarecido que os membros escolhidos na forma descrita alhures para compor o Conselho são nomeados pelo Presidente da República, após argüição pública e aprovação da escolha pelo Senado Federal, em votação cujo quórum deverá ser de maioria absoluta.⁴⁴ Além disso, “a recusa do nome indicado não permite a nomeação. Devolve-se a indicação ao órgão indicador, que a renovará.”⁴⁵ Isto é, se o membro indicado por quem o deva fazer não for aprovado pelo Senado, não haverá nomeação. Contudo, o mesmo órgão deverá renovar a indicação, que por sua vez, será novamente submetida à votação pelo Senado.

Consigna-se não ser a previsão que permite ao Senado Federal recusar o nome indicado ao Conselho tão inofensiva quanto possa, de início, parecer. Se analisada mais atentamente, evidencia a possibilidade (na verdade, mais uma) real de conflito entre os Poderes. Imagine-se, por exemplo, a recusa pelo Senado do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Além de todo o embaraço que isso acarretaria, como justificar, neste caso, “que detivesse tal dignatário as qualidades para integrar o Supremo Tribunal Federal e mesmo chefiar o Poder Judiciário e não as possuísse para compor o órgão inferior em que se consubstancia o Conselho Nacional de Justiça?”⁴⁶ Sem sombra de dúvida, é certo que a recusa parlamentar causaria, no mínimo, um indesejável constrangimento ao Ministro indicado.

43 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

44 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 38 ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2004. Conforme dispõe o artigo 103-B, §2º. Com previsão, também, no artigo 9º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

45 Ibidem, loc. cit.

46 OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Comentários à Reforma do Judiciário (VII). Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 22 maio 2009.

THEMIS

Pelo menos uma recusa já ocorreu e a repercussão não foi positiva. Trata-se do ex-secretário de Justiça de São Paulo e doutrinador Alexandre de Moraes, indicado pela Câmara dos Deputados, sabatinado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e recusado, ao final, pelos Senadores. Algumas notícias que divulgaram a recusa, à época, relataram que tudo não passou de retaliação política, porque o nome indicado por certo partido político foi vencido por Moraes na votação entre os Deputados. A Associação Paulista de Magistrados – Apamagis chegou a emitir nota⁴⁷ de repúdio em relação ao caso, condenando a influência política na composição do Conselho Nacional de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a indicação não poderia ser renovada pelos Deputados (ou seja, diante da recusa e conseqüente devolução à Câmara para nova indicação, outro nome deveria ser votado), contudo, nada disso foi preciso. Por fim, o então Presidente do Senado, Renan Calheiros, em verdadeira manobra política, conseguiu repetir a votação no Senado, de modo que a primeira indicação da Câmara dos Deputados não foi considerada invalidada, pois a votação entre os Senadores é que foi revista, desta vez, aprovando-se o nome de Alexandre de Moraes para compor o Conselho.

Finalmente, com relação à perda do mandato, segundo previsão do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, ocorrerá no caso de alteração da condição em que o Conselheiro foi originariamente indicado. Neste caso, deverá seu sucessor ser indicado pelo órgão legitimado respectivo (artigo 14), isto é, o mesmo órgão responsável pela primeira indicação. Além disso, os Conselheiros perderão seus mandatos nas hipóteses previstas, também, no Regimento Interno, quais sejam: em virtude de condenação, pelo Senado Federal, em crime de responsabilidade; em virtude de sentença judicial transitada em julgado; e, em virtude de declaração, pelo Plenário, de perda do mandato por invalidez (artigo 16). Destarte, são ao todo quatro hipóteses de perda do mandato. Até o momento, nenhum destes casos foi noticiado.

Compreendidos, se não todos, ao menos os principais aspectos envolvendo a composição do Conselho Nacional de Justiça, cumpre, agora, analisarem-se pontos igualmente importantes acerca de sua organização e funcionamento.

47 A nota oficial da Associação Paulista de Magistrados – Apamagis está disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 22 maio 2009.

2.2 Organização e operacionalização internas

A forma de organização e funcionamento do Conselho Nacional de Justiça está prevista, de forma básica, na Constituição Federal e, mais detalhadamente, no Regimento Interno do próprio Conselho.

Quanto à organização, prevê o Regimento Interno como órgãos do Conselho Nacional de Justiça: o Plenário, a Presidência, a Corregedoria Nacional de Justiça, os Conselheiros, as Comissões, a Secretaria-Geral, o Departamento de Pesquisas Judiciárias – DPJ e a Ouvidoria (artigo 2º e incisos).⁴⁸

O Plenário do Conselho é o seu órgão máximo, constituído por todos os Conselheiros empossados, junto ao qual officiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo fazer uso da palavra. O Plenário se reúne validamente com a presença de, no mínimo, dez de seus integrantes (artigo 3º, do Regimento Interno).⁴⁹

Ressalta-se que as competências normalmente citadas como sendo do Conselho Nacional de Justiça (artigo 103-B, §4º, incisos I a VII, da Constituição Federal) são, na verdade, competências do Plenário, com previsão no Regimento Interno (artigo 4º, incisos I a XXXVI). Relativamente às sessões do Plenário – que serão públicas, ressalvadas as hipóteses de sigilo constitucionalmente previstas e de proteção do direito à intimidade –, poderão ser ordinárias, extraordinárias ou de planejamento.

O segundo órgão do Conselho Nacional de Justiça é a Presidência, que caberá ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, por força de disposição constitucional, contando, ainda, com a previsão regimental (artigo 103-B, §1º, da Constituição Federal e artigo 5º, do Regimento Interno) e cujas atribuições estão dispostas no artigo 6º, incisos I a XXXV, do Regimento Interno. Conforme o citado dispositivo constitucional, o Presidente ficará excluído da distribuição de processos no Supremo Tribunal Federal e votará em caso de empate.

Outro órgão do Conselho é a Corregedoria Nacional de Justiça, que será dirigida pelo Corregedor Nacional de Justiça, cuja função será exercida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça e, tal como o Presidente, ficará

48 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

49 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

THEMIS

excluído da distribuição de processos no âmbito do seu Tribunal (artigo 103-B, §5º, da Constituição Federal e artigo 7º do Regimento Interno). As atribuições do Corregedor encontram-se elencadas no artigo 8º, incisos I a XXI, do Regimento Interno, destacando-se a competência para receber as reclamações e denúncias relativas aos magistrados, tribunais e serviços judiciários auxiliares, bem como determinar-lhes o processamento, se for o caso. Ao Corregedor ainda compete promover ou determinar que se promova sindicância, inspeções e correções, na ocorrência de situações que as justifiquem.⁵⁰

O Plenário do Conselho poderá criar Comissões permanentes ou temporárias para o estudo de temas e desenvolvimento de atividades específicas, a ser composta por, no mínimo, três Conselheiros (artigo 27, do Regimento Interno). Estas Comissões também são órgãos do Conselho, cujas atribuições se acham reguladas no artigo 28, incisos I a IV, do Regimento Interno, assinalando-se a competência para realizar audiências públicas com órgãos públicos, entidades da sociedade civil ou especializada.⁵¹

Também é órgão do Conselho Nacional de Justiça a Secretaria-Geral, a qual compete assegurar a assessoria e o apoio técnico e administrativo à preparação e execução das atividades dos demais órgãos (Plenário, Presidência, Corregedoria, Comissões e Conselheiros), além da própria gestão administrativa (artigo 32, do Regimento Interno). A Secretaria-Geral disporá de quadro próprio de pessoal e será dirigida pelo Secretário-Geral, designado pelo Presidente do Conselho entre os magistrados requisitados na forma prevista no Regimento (artigos 33 e 34).⁵²

Interessante órgão do Conselho é o Departamento de Pesquisas Judiciárias - DPJ, órgão de assessoramento técnico cujos objetivos são: subsidiar a Presidência na elaboração do relatório anual (exigência constitucional); desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira; realizar análise e diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais do Judiciário; elaborar relatórios conclusivos e opinar sobre matérias que lhes sejam submetidas por demais órgãos; fornecer subsídios técnicos para a

50 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

51 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

52 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

formulação de políticas judiciárias; e, disseminar informações e conhecimentos por meio de publicações, seminários e outros meios (artigos 36 e 37, incisos I a VI, do Regimento Interno).

Descrita em um único artigo do Regimento, a Ouvidoria é também órgão do Conselho Nacional de Justiça. Coordenada por um dos Conselheiros, eleito pela maioria do Plenário, suas atribuições deverão ser regulamentadas por ato do Plenário (artigo 41, *caput* e §1º).⁵³ Até o momento não houve esta regulamentação. Por fim, cumpre esclarecer que o Regimento também considera os Conselheiros órgãos do Conselho, regulando seus direitos (artigo 17) e deveres (artigo 18).

No tópico seguinte, adentrar-se-á em um relevante tema: as competências do Conselho Nacional de Justiça. A compreensão das competências é fundamental para a delimitação da capacidade de atuação do órgão e, corolário, para a verificação de eventuais excessos. No primeiro momento, contudo, objetiva-se o estudo apenas dos aspectos legais existentes sobre a matéria.

2.3 Competências e atribuições legais

Entre as polêmicas que gravitam em torno do Conselho Nacional de Justiça, algumas delas, certamente, podem ser atribuídas a competências específicas previstas ao órgão, como, por exemplo, a de expedir atos regulamentares. As principais competências do Conselho Nacional de Justiça, conforme resumidas pelo próprio órgão⁵⁴, são: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações; definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário; receber reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados; julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais

53 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

54 Assim se encontram resumidas as atribuições do Conselho Nacional de Justiça no site oficial do órgão. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2008.

THEMIS

ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas; elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o país.

O artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal, estabelece que “compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”⁵⁵, especificando, em seguida, suas atribuições, além daquelas conferidas pelo Estatuto da Magistratura.

Evidencia-se, a partir da leitura do dispositivo, que “a função de controle parece mais destacada do que a principal missão, geralmente, atribuída a órgão do gênero: garantia de independência do Judiciário.” Na tentativa de justificar tal assertiva, afirma Sampaio que talvez o Judiciário brasileiro já fosse independente o bastante, fazendo-se necessário, em contrapartida, medidas de fiscalização e de *accountability*.⁵⁶

As competências e atribuições do Conselho Nacional de Justiça também se acham reguladas no seu Regimento Interno, mormente, no artigo 4º e incisos (onde constam como atribuições do Plenário, órgão máximo do Conselho).

Examinados os aspectos legais do Conselho Nacional de Justiça, sobretudo a partir das disposições constitucionais e regimentais existentes, pode-se investir em um estudo mais aprofundado sobre determinados pontos, mormente os mais polêmicos e divergentes, como a natureza e os limites de atuação de tão ilustre (e nem tão conhecido, tecnicamente) órgão, tarefa de extrema importância que será delegada ao terceiro e último capítulo deste trabalho.

3 ASPECTOS POLÊMICOS QUE FAZEM DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA UM "ILUSTRE (DES)CONHECIDO"

3.1 Natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça: controle interno ou externo do Poder Judiciário?

O Conselho Nacional de Justiça sempre gerou polêmica acerca dos mais variados aspectos e, freqüentemente noticiado pela imprensa, não resta dúvida

55 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 38 ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2004.

56 SAMPAIO, op. cit., p. 273.

de que ganhou relevo ao longo dos seus quatro anos de existência. Mister essa anotação, porque não raro se o vê descrito pela mídia como órgão incumbido de exercer o controle externo do Judiciário, enquanto que grande parte da doutrina não o considera “externo”. Daí emerge a necessidade de estudo sobre a natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça, o que, ademais, permitirá maior clareza quando da análise de suas funções e de seus limites.

De acordo com o Ministro Cezar Peluso, relator da ADI 3.367-1/DF, o Conselho Nacional de Justiça é órgão interno do Judiciário e em sua formação apresenta maioria qualificada (três quintos) de membros da magistratura, o que resulta na sua natureza de órgão de controle interno, conduzido pelo próprio Judiciário. Tal como o Ministro Cezar Peluso, seja pelas mesmas ou por outras razões, muitos doutrinadores e juristas atribuem ao Conselho a característica de órgão de controle interno, integrante da própria estrutura judiciária.

No entanto, o controverso aspecto da composição, que repercute diretamente na definição da natureza jurídica do Conselho, precisa ser ponderado, sobretudo, por tratar-se de composição híbrida, assim chamada por incluir membros da magistratura, do Ministério Público, da Advocacia e, teoricamente, da sociedade.

Nem todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, impressionaram-se com a presença majoritária de magistrados na composição do órgão, ou seja, para alguns deles, o fato de a maioria dos membros do Conselho advir da magistratura não confere ao órgão natureza interna. Tampouco se impressionaram pelo fato de o Conselho achar-se inserido dentre os órgãos que compõem o Poder Judiciário, no artigo 92 da Constituição Federal.

A Ministra Ellen Gracie, além de considerar invasiva a competência do Conselho, ainda que despojado de função jurisdicional, julgou indevida “a participação de membros do Ministério Público, advogados e cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e Senado Federal em órgão incrustado, pela própria Emenda Constitucional n.º 45/04, na organização do Poder Judiciário [...]”⁵⁷

Entre as razões aduzidas pela Ministra, destaca-se a afirmação segundo a qual “tratando-se de órgão colegiado, todos os integrantes possuem fundamental importância nas decisões a serem tomadas, além da possibilidade

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto da Ministra Ellen Gracie. p. 109.

THEMIS

de regulamentação, pelo próprio Conselho, do exercício de competências monocráticas.”⁵⁸

Destarte, muito embora a Ministra Ellen Gracie se prive de utilizar expressamente a enunciação “controle externo”, os fundamentos pelos quais nega a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça não deixam dúvida de seu verdadeiro entendimento. Ao referir-se especificamente aos cidadãos indiciados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, a Ministra assevera que, “na essência, tem-se, por interpostas pessoas, presente a ingerência, no Judiciário, de um outro Poder.”⁵⁹

Na mesma senda, o Ministro Sepúlveda Pertence entende indevida a presença dos cidadãos indicados pela Câmara e pelo Senado, alegando que através disso se “criou uma forma nova de ingerência do Poder Legislativo na composição de um órgão formalmente inserido na estrutura nacional do Poder Judiciário, com imensos poderes [...]” Inclusive, para o Ministro, a inserção do Conselho entre os órgãos do Poder Judiciário não é relevante, tampouco a presença minoritária dos cidadãos face aos magistrados.⁶⁰ O Ministro Marco Aurélio também reconhece a problemática da composição, considerando que a maioria de magistrados no Conselho é circunstância que não afasta o vício que o envolve⁶¹, no tocante à presença (ainda que minoritária) de não magistrados no órgão.

Igualmente, chama atenção a reflexão proposta por Sampaio, que, a partir de elementos do Direito Administrativo, questiona se “externo” é apenas o controle exercido por um dos Poderes sobre outro ou se é também “externo” o controle exercido por um órgão estranho ao controlado.⁶²

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto da Ministra Ellen Gracie. p. 110.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto da Ministra Ellen Gracie. p. 110.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. p. 167.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 116.

62 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 288.

Tudo isso, no mínimo, arranha a até então quase unissonância da doutrina no sentido de ser o Conselho órgão de controle interno do Judiciário. Cabe lembrar, ademais, que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são os *órgãos independentes* originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado, razão pela qual não sofrem subordinação hierárquica ou funcional, sendo que apenas sujeitam-se ao controle de um pelo outro.⁶³ Aliás, convém destacar que não se trata de um controle propriamente dito, mas de uma harmonização que considere a independência de um em relação ao(s) outro(s).

Seja como for, certamente a maior ou menor importância da natureza interna ou externa do Conselho Nacional de Justiça em muito dependerá da forma como forem exercidas as competências atribuídas ao órgão, bem como da atuação de cada um dos seus membros, que ainda não estão claramente delimitadas, pelo que convém averiguar a natureza jurídica das suas decisões, assinalando-se, contudo, a estreita relação entre os aspectos, já que ambos influem na (in)determinação da natureza jurídica do Conselho, sendo, muitas vezes, inclusive, abordadas conjuntamente.

3.2 Natureza jurídica das decisões do Conselho Nacional de Justiça: atividade administrativa ou jurisdicional?

A natureza jurídica das decisões do Conselho Nacional de Justiça é mais um de seus polêmicos aspectos. Mesmo após a manifestação do Supremo Tribunal Federal em julgamento que declarou a constitucionalidade do órgão e afirmou sua feição administrativa (condição que, inclusive, diz-se ter sido determinante para esta decisão), algumas dúvidas ainda pairam, sombreando o Conselho aos olhos daqueles que não consideram a questão resolvida.

Baseando-se nas atribuições do Conselho – elencadas no artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal –, a natureza de suas decisões é considerada administrativa, sobretudo porque escapam ao enquadramento legislativo (por não poderem inovar na ordem jurídica, atuando o Conselho como autor de ato normativo, geral e abstrato), também não se enquadrando como jurisdicionais, por estarem submetidas a controle judicial, ainda que pelo Supremo Tribunal Federal.⁶⁴

63 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 65.

64 SAMPAIO, op. cit., p. 263.

THEMIS

Nesse sentido, aliás, ensina Bermudes que o Conselho Nacional de Justiça é órgão administrativo, sem poderes jurisdicionais. Todavia, constata o autor que esta “redução dos poderes do CNJ foi o meio encontrado para conciliar as correntes favoráveis e contrárias à criação dele, ou ao controle externo”⁶⁵, não sendo de se esperar do órgão a solução de todos os problemas.

Dentre os critérios apontados para a sustentação da natureza administrativa das decisões do Conselho, destacam-se dois, por parecem mais seguros: as funções, essencialmente de cunho administrativo, cometidas ao Conselho e a submissão destas decisões ao controle judicial.

Para Gramstrup, embora considere o primeiro critério, “o aspecto decisivo está em que as decisões do Conselho Nacional de Justiça não têm a qualidade de coisa julgada material, é dizer, a da imutabilidade, mesmo fora da lide em que proferidas”.⁶⁶ Com efeito, não se trata “[...] de última instância controladora da magistratura nacional, uma vez que, sempre haverá a possibilidade de impugnação das decisões tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça [...]”.⁶⁷

Assim, em face da suposta natureza administrativa, critica-se a própria inclusão do Conselho Nacional de Justiça – já que se trata de órgão administrativo, entre os órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, motivo pelo qual não se enquadra no organograma do Poder Judiciário.⁶⁸

Essa questão chegou a ser avaliada, inclusive, por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, entende que “fez-se inserir esse Conselho como órgão integrante do Poder Judiciário”, no entanto, conclui o Ministro, “quando nos referimos a órgãos integrantes do Poder Judiciário, imaginamos jurisdição.”⁶⁹

O Ministro avança, afirmando que o “Conselho somente integra o Judiciário porque se potencializou o aspecto formal em detrimento do conteúdo,

65 BERMUDES, op. cit., p. 2-3.

66 GRAMSTRUP, op. cit., p. 193.

67 MORAES, op. cit., p. 508.

68 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1098.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 113.

porquanto não consigo imaginar órgão compondo o Judiciário que não exerça o ofício judicante propriamente dito.⁷⁰

De qualquer forma, assevera-se que a inclusão do Conselho entre os órgãos do Judiciário não lhe transmuda a natureza, já que não é pela topologia que se qualifica um órgão. Com efeito, “sem competência judicante, recursal ou originária, o Conselho é órgão administrativo da mais alta importância, como demonstram a sua composição e as suas funções.”⁷¹

Destarte, trata-se de órgão do Judiciário que, em tese, não exerce função jurisdicional, possuindo competências administrativas, basicamente de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal).

3.3 Limites do Conselho Nacional de Justiça e separação de Poderes: análise de casos concretos

Compreendidos os principais aspectos acerca da natureza jurídica das decisões do Conselho Nacional de Justiça, convém averiguar uma das principais razões argüidas pela inconstitucionalidade do órgão: a ofensa ao princípio da separação dos poderes, que guarda relação direta com os limites de atuação do Conselho e que será analisada na seqüência.

O princípio da separação dos poderes, embora muito antigo e até apontado por outros autores, como Aristóteles e Locke, consagrou-se na teorização de Montesquieu, segundo o qual “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.”⁷²

O princípio pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, sendo possível determinar fronteiras apartando cada uma dessas funções. No entanto,

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 121.

71 BERMUDES, op. cit., p. 20.

72 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

THEMIS

há tempos já se advertia não ser o que se verifica no plano dos fatos.⁷³ Isso porque não há como se definir, na prática, fronteiras capazes de separar rigorosamente essas três funções. Apenas para citar alguns exemplos atuais, existem as Medidas Provisórias, o instituto do veto pelo executivo, o controle de constitucionalidade das leis, entre outros, que de certa forma demonstram essa mescla de funções.⁷⁴

Ademais, há a clássica divisão doutrinária das funções “típicas” e “atípicas” de cada um dos Poderes, sendo a primeira a função predominante do órgão. Assim, por exemplo, a função típica do Judiciário é a jurisdicional. Todavia, o órgão exerce, de certa forma, função legislativa, ao elaborar seu regimento interno, e função executiva, ao ser responsável pela própria organização (autogoverno), sendo estas funções atípicas.

Na verdade, a idéia de separação dos poderes há tempos vem sendo rediscutida, ora em busca de qual seria a exata concepção de Montesquieu, ora no que se entende hoje pelo princípio e sua efetivação nos sistemas políticos.

Mas uma das grandes questões está em descobrir se o Conselho Nacional de Justiça ofende ou não a separação dos poderes, por representar um desequilíbrio na relação entre os mesmos, não obstante a manifestação negativa a esse respeito pela Suprema Corte. Esse desequilíbrio, na prática, decorreria de um novo órgão de controle específico para o Poder Judiciário, sem semelhante órgão para controlar os Poderes Executivo e Legislativo, o que no mínimo evidencia uma diferença de tratamento em relação ao Judiciário (desequilíbrio). Ainda que os dois primeiros, a partir do momento em que são regidos pelo princípio do voto popular, são “diretamente” controlados pela sociedade, o que não ocorre com o Judiciário, tido como um “poder monárquico dentro da República”. A questão da ofensa à separação de poderes também pode ser suscitada em relação ao Poder

73 KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 385-386.

74 Essas ingerências de um Poder sobre o outro se devem exatamente ao fato de a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência serem absolutas, havendo “interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento de outro e especialmente dos governados.” Assim, os instrumentos como a sanção e o veto do Executivo, a possibilidade de o Congresso rejeitar este veto, a declaração de inconstitucionalidade das leis pelo Judiciário, a nomeação pelo Executivo e aprovação pelo Legislativo dos membros dos Tribunais superiores, são alguns exemplos da referida ingerência, que caracterizam a harmonização entre os poderes. Conforme SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

Legislativo, quando se considera, por exemplo, a normatização das resoluções expedidas pelo Conselho, com a possibilidade inovar na ordem jurídica por meio de tais atos.

Nesse sentido, afirma-se que um órgão destinado ao controle do Judiciário se mostra coerente com o sistema estabelecido pelo constituinte originário, idéia também defendida no sentido de que a Constituição, ao estabelecer o sistema de *freios e contrapesos*, não concedeu a condição de absoluto a qualquer dos três Poderes. “Ao contrário, estabeleceu entre os mesmos um sistema integrado e cooperado de controles recíprocos, de modo algum incompatíveis com a criação de outros sistemas ou mecanismos de controle, sobretudo próprios”. Com efeito, “[...] o Conselho Nacional de Justiça não interfere no equilíbrio estatal, tampouco viola a *separação de poderes*.”⁷⁵

Todavia, a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça baseada no entendimento de que o órgão não viola a separação dos poderes e tampouco destoia do estatuído pelo constituinte originário não é unânime. Isso porque, visto de outro ângulo, o ilustre órgão revela-se capaz de interferir tanto na função típica do Poder Judiciário como na função típica do Poder Legislativo. Aliás, já se tem exemplos⁷⁶ de como esta ingerência na função jurisdicional vem de fato ocorrendo. Evidente que no plano puramente abstrato, é possível negar essa interferência e talvez seja esta a razão da constitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, concretamente, é possível demonstrar tal influência, muitas vezes sutil, mas sempre perigosa. A interferência na função legislativa, por sua vez, é viabilizada pela atribuição do Conselho de expedir atos regulamentares que inovem na ordem jurídica sem qualquer previsão pelo legislador.

Nesse ponto, dois aspectos são determinantes. O primeiro deles é o que se entende por independência, no sentido de se apurar se este atributo alcança tão-somente a função jurisdicional (típica) ou se abarca, também, as decisões administrativas do Judiciário (funções atípicas). O segundo aspecto guarda

75 UCHÔA, op. cit., p. 66.

76 Um exemplo é o Mandado de Segurança (MS) 27460, impetrado por juízas aposentadas do Mato Grosso, no Supremo Tribunal Federal, contra ato do CNJ, no Procedimento de Controle Administrativo nº 440/2006, que determinou, liminarmente (como se fosse órgão jurisdicional), o corte dos subsídios das magistradas. O fato foi notícia do Supremo Tribunal Federal: “Liminar do STF garante auxílio-moradia a juízas aposentadas de Mato Grosso”. 13 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

THEMIS

relação com a competência específica (e polêmica) conferida ao Conselho de expedir atos regulamentares (art. 103-B, §4º, inciso I, da Constituição Federal).

Na concepção de independência, cujo conceito “é a chave de poder do judiciário”⁷⁷, constata-se claramente que as decisões administrativas integram o conceito tal qual as decisões jurisdicionais, sendo necessário que ambas estejam imunes a ingerências de poderes outros, sejam estes políticos ou sociais.

Em voto contrário (e vencido) à constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, a Ministra Ellen Gracie lembra que o princípio da independência do Judiciário “não possui em seu âmbito de proteção apenas os agentes que personificam o referido Poder”⁷⁸, os quais, aliás, serão abordados no próximo ponto. Prossegue a Ministra dizendo que a estrutura do Poder, essencialmente representada pelos Tribunais, “é igualmente resguardada de eventuais interferências. Em outras palavras, a autonomia administrativa, financeira e orçamentária dos Tribunais é regra constitucional de preservação do autogoverno do Judiciário como Poder do Estado.”⁷⁹

A distinção entre a independência da magistratura e a independência judicial também é notada por Zaffaroni, segundo quem a primeira corresponde aos órgãos ou ao conjunto de órgãos judiciários, ou seja, trata-se do autogoverno do judiciário; a segunda, por sua vez, é a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos, tampouco dos órgãos da própria judicatura.⁸⁰

Também aborda este tema, em voto, o Ministro Octavio Gallotti, que embora proferido em 1997 (na ADI 135, DJ 15.08.97) se amolda com perfeição ao caso estudado, no excerto em que explana exatamente a atividade administrativa do Judiciário. Conforme o Ministro, revela-se ilusória a pretensão de distinguir entre funções judicantes (atividades-fim) e administrativas (atividades-meio) dos Juízos e Tribunais, com o escopo de permitir ou limitar a permissão de

77 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 87.

78 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto da Ministra Ellen Gracie. p. 107.

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto da Ministra Ellen Gracie. p. 107.

80 ZAFFARONI, op. cit., p. 87-88.

ingerência de outros órgãos na atuação do Poder Judiciário, como condição indispensável ao exercício da democracia. Vai ainda mais longe o Ministro, ao reputar indissociáveis as noções de independência e autonomia administrativa.⁸¹

Completando o tópico, chamam-se à baila as palavras do Ministro Marco Aurélio, também em voto vencido no julgamento da ADI 3.367-1/DF, para o qual “não há campo para o meio-termo. Ou bem se tem a autonomia administrativa tal como estabelecida no artigo 99 da Lei Fundamental, ou não se tem. Pela emenda, a verdadeira e concreta autonomia administrativa passa a ser do recente órgão [...]”⁸²

Mesmo entre os que consideram constitucional a existência de órgãos destinados ao controle do Judiciário, tal como o Conselho Nacional de Justiça, há o reconhecimento de que “evidentemente, esses órgãos de controle não deverão ter qualquer possibilidade de interferência na função jurisdicional, sendo absolutamente necessária a preservação da independência dos juízes.”⁸³

Todas essas preocupações são plenamente justificadas à medida que se reputa a democracia condicionada à independência do Judiciário, que também é fundamental para a salvaguarda dos direitos fundamentais e para a preservação do próprio Estado Democrático de Direito. É cediço, ademais, que a independência dos magistrados, bem como todas as demais garantias constitucionais de que gozam (como vitaliciedade, inamovibilidade, por exemplo) visam a assegurar a imparcialidade judicial e, assim, proteger os próprios cidadãos, que são os destinatários finais destas garantias.

Reforçando o argumento, Dallari advoga não ser “possível a prática da democracia sem uma organização judiciária independente e capaz de atuar com eficiência na salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.”⁸⁴

Averigua-se, na seqüência, uma segunda faceta da mencionada independência, completando a idéia da Ministra Ellen Gracie do que chama de *independência qualificada* do Poder Judiciário. Em apertada síntese, essa

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 135-3/PB*, julgada em 21 de junho de 1996. Ministro Octavio Gallotti (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do relator.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 122.

83 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 74.

84 Ibidem, p. 143.

THEMIS

qualificação é obtida pela combinação da autonomia administrativa com a independência no exercício da jurisdição pelos juízes. Argumenta a Ministra, em outro excerto do voto proferido no julgamento da ADI 3.367-1/DF, que, além da separação genérica que torna os Poderes da União recíproca e isonomicamente independentes, há em nosso sistema constitucional essa independência qualificada do Poder Judiciário. Nesse quadro, revela-se a figura do Estado-Juiz, destacado e autônomo, capaz de julgar com imparcialidade os conflitos de interesses que envolvem outras faces do Poder estatal, por encontrar na forma de acesso por concurso público, na vitaliciedade, na inamovibilidade e na irredutibilidade de salários, imunidade a qualquer tipo de influência sobre a atuação judicante.⁸⁵

Especificamente sobre a independência dos juízes, Canotilho destaca uma dimensão externa e uma dimensão interna, esta identificada na noção de independência funcional (significa a independência perante os órgãos ou entidades pertencentes ao poder jurisdicional) e aquela com respeito a organismos estranhos ao Poder (aponta para a independência dos juízes em relação aos órgãos ou entidades estranhas ao poder judicial).⁸⁶

Ainda utilizando-se das lições de Canotilho, assinala-se que a independência funcional “é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o núcleo duro do princípio da independência”. O que significa estar o juiz “apenas submetido à *lei* – ou melhor, às *fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas* – no exercício da sua função jurisdicional.”⁸⁷

Há preocupação no sentido de que não se deve ignorar o agravamento de interesses pela atividade judicial, porque uma das partes, ou mesmo ambas, pode não ter razão, devendo o juiz dizê-lo e, por vezes, até ordenar providências que afetem substancialmente tais interesses. Ora, que tal situação possa servir de pretexto para reclamações ao Conselho não é necessário grande esforço de imaginação, sendo fácil prever os prejuízos ao exercício normal da jurisdição.⁸⁸

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto da Ministra Ellen Gracie. p. 107.

86 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 580.

87 Ibidem, p. 579.

88 GRAMSTRUP, op. cit., p. 194-195.

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso partilha do mesmo receio, ao admitir que “o juiz agrada e desagrade. A sentença tem sempre um vencido. E quando desagrade certos políticos, é um Deus nos acuda.”⁸⁹

Nessa vereda, o Ministro Sepúlveda Pertence recorda que a própria idéia de controle externo só vinha à tona quando alguma decisão judicial (sobretudo, do Supremo Tribunal Federal) desagradava uma ou outra corrente política.⁹⁰

Ademais, nota a Ministra Ellen Gracie na fundamentação de seu voto, que a expressão “controle” utilizada para definir a finalidade-chave do Conselho Nacional de Justiça não está adstrita ao sentido de fiscalização, monitoramento ou acompanhamento, tendo alcançado, conforme as competências que lhe foram atribuídas, as acepções “exercer ação restritiva sobre”, “conter” ou “regular”. Com efeito, adverte a Ministra que o Conselho possui indiscutível força interventiva no âmbito do Poder Judiciário.⁹¹

Não bastasse essa possível pressão, inadmissível em um Estado que se diz Democrático e de Direito, viu-se que ela será exercida por membros alheios ao Judiciário, considerando a composição híbrida do Conselho Nacional de Justiça⁹². Assim, “malferido é princípio da independência entre os Poderes, pois o controle externo ora instituído inclui representantes do Executivo e do Legislativo, com capacidade de pressão, como já demonstramos, sobre as decisões jurisdicionais.”⁹³

Aliás, mesmo que não houvesse esse modo específico de influência, terão os conselheiros o poder de interferir diretamente nas decisões administrativas do Judiciário, além do justificado temor de que isso ocorra também nas decisões

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Carlos Velloso. p. 133.

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. p. 166.

91 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto da Ministra Ellen Gracie. p. 108.

92 Rememorando o estudado no segundo capítulo, o Conselho Nacional de Justiça é composto por nove membros do Poder Judiciário, dois membros do Ministério Público, dois membros da Advocacia e dois cidadãos indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal, conforme previsão do art. 103-B e incisos, da Constituição Federal.

93 GRAMSTRUP, op. cit., p. 199.

THEMIS

judiciais. Conforme externou o Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI 3.367-1/DF, “[...] não podemos ser ingênuos a ponto de acreditar que a atividade a ser desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça não repercutirá no ofício judicante, exercido por seres humanos [...]”⁹⁴

A forma mais evidente de que se reveste essa ameaça é a competência de expedir atos regulamentares conferida ao Conselho, apontada como provável instrumento de ingerência na função jurisdicional. Nesse mesmo aspecto, revela-se a possível interferência também no Poder Legislativo, na medida em que tais atos acabem por normatizar situações de forma inovadora na ordem jurídica.

Inclusive, preocupação corrente da doutrina diz respeito ao “gigantismo”⁹⁵ das tarefas cometidas ao Conselho, cuja previsão não raras vezes finda com a expressão “no âmbito de sua competência”, a qual é permeada por perigosa vagueza. O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, chega ao ponto de afirmar o surgimento de um “superórgão”⁹⁶ (ainda que administrativo, já que conforme lembrança em tom de alívio do Ministro, o Conselho não terá ofício judicante).

Ainda se teme, não sem fundada razão, que em conseqüência do excesso de atribuições, possa o Conselho frustrar-se em sua operacionalização, além de frustrar os jurisdicionados, já que, como por vezes se refere, o órgão surgiu como panacéia, capaz de resolver boa parte dos problemas do Judiciário brasileiro.

Mas o problema está, de fato, em que possa vir o Conselho a transformar-se em um emissor de normas. Este receio é externado por Gramstrup, o qual adverte que “a regulação desenfreada é um inconveniente bastante vulgar entre nós”, explicando que “todos os órgãos e pessoas jurídicas públicos cometem excessos normativos habitualmente [...]”. Em relação ao Conselho, ademais, as

94 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 114.

95 Expressão utilizada por GRAMSTRUP, Erik Frederico. Conselho Nacional de Justiça e controle externo: roteiro geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et al.] (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 194.

96 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Ministro Cezar Peluso (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 117.

atribuições indefinidas favorecem bastante esta tendência, já que além da revisão dos atos administrativos e do controle de condutas dos juízes, há ainda a rubrica “outras competências”, a ser abordada pela lei orgânica da magistratura.⁹⁷

De um jeito ou de outro, a competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça é fato, cabendo, finalmente, o estudo de quais sejam os seus limites, para o que se deve proceder a necessárias distinções.

Distinguindo-se entre os conceitos de lei e atos regulamentares a partir de suas estruturas e funções, antecipa-se o caráter geral e abstrato da primeira, conforme anunciado pela doutrina, e o caráter mais concreto e individual dos últimos. Ou seja, leis têm caráter geral, porque regulam situações em abstrato, ao passo que atos regulamentares (resoluções, decretos, etc.) destinam-se a concreções e individualizações. Além disso, uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, como expressão e essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos a matérias de menor amplitude normativa.⁹⁸

Imediatamente se é levado a reconhecer o equívoco de admitir que o Conselho Nacional de Justiça possa, mediante a expedição de atos regulamentares, substituir-se à vontade geral (Poder Legislativo) e tampouco ao próprio Poder Judiciário, com a expedição, por exemplo, de “medidas cautelares/liminares”,⁹⁹ a partir do que se conseguiria perceber a interferência do Conselho nas funções jurisdicional e legislativa, conforme anteriormente mencionado.

Poder-se-ia, neste sentido, até mesmo pensar que a expedição de liminares pelo Conselho Nacional de Justiça fosse hipótese extrema e exagerada, mas exemplos recentes vêm confirmar as angústias daqueles que temiam essa situação. Para citar apenas um exemplo, invoca-se o Mandado de Segurança (MS) 27460, impetrado por juízas aposentadas, no Supremo Tribunal Federal, contra ato do Conselho Nacional de Justiça, no Procedimento de Controle

97 GRAMSTRUP, op. cit., p. 195.

98 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Revista de Doutrina. Disponível em: <<http://www.revistadoutrinatr4.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008.

99 Ibidem.

THEMIS

Administrativo n.º 440/2006, que determinou, liminarmente (como se fosse órgão jurisdicional), o corte dos subsídios de magistrados de Mato Grosso.¹⁰⁰

Embora se aquiesça com a afirmativa em relação à competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, de que “[...] em qualquer caso, a vinculação de seus regulamentos não vai além do Judiciário¹⁰¹, é cogente notar que “a leitura do texto constitucional não dá azo à tese de que o constituinte derivado tenha ‘delegado’ aos referidos Conselhos o poder de romper com o princípio da reserva de lei e de reserva de jurisdição.”¹⁰²

Aliás, se existe um princípio de reserva da lei, ou seja, se existem matérias que só podem ser tratadas por lei, evidente que apenas as matérias excluídas podem ser tratadas por regulamentos.¹⁰³

Destacando, em contraponto, o poder regulamentar do Executivo (inserido na concepção das funções atípicas), conclui Streck que a criação de direitos e de obrigações exige lei ou ato com força de lei. Lembra o autor que a Constituição estabelece (art. 84, IV, *in fine*) o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, que pode expedir decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis, tudo sob o controle e a vigilância do Poder Legislativo (art. 49, V) e da jurisdição constitucional. Assim, conclui o autor, fica claro que as exceções para a edição de atos normativos com força de lei (art. 62) e da possibilidade de delegação legislativa (art. 68) tão-somente confirmam a regra de que a criação de direitos e obrigações exige lei ou ato com força de lei, conforme a própria jurisprudência do STF.¹⁰⁴

100 Notícia do Supremo Tribunal Federal. “Liminar do STF garante auxílio-moradia a juízas aposentadas de Mato Grosso”. 13 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

101 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 279.

102 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista de Doutrina*. Disponível em: <<http://www.revistadoutrinatr4.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008.

103 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 184.

104 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista de Doutrina*. Disponível em: <<http://www.revistadoutrinatr4.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008.

Frisa, ainda, o autor, que esse poder regulamentar conferido ao Poder Executivo “advém da relevante circunstância representada pela legitimidade do Presidente da República, eleito diretamente em um regime presidencialista” e, mesmo assim, este poder não pode criar direitos e obrigações.¹⁰⁵

O que dizer, então, do Conselho Nacional de Justiça? Obviamente, o exercício do poder regulamentar conferido ao órgão não poderá criar direitos e obrigações que já não estejam previstos na Constituição ou mesmo em lei.

Até porque, no Estado Democrático de Direito é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais. Tal circunstância faz com que estes atos sejam, ao mesmo tempo, legislativos e executivos.¹⁰⁶

Valendo-se das lições de Canotilho, que relembra a distinção entre lei e medida, surgida com Carl Schmitt e posteriormente aproveitada por Forsthoff, compreende-se que, ao permitir-se a um órgão executivo a emanção de medidas com forma e valor de lei, operantes inclusivamente no campo dos direitos fundamentais, ter-se-ia atos simultaneamente legislativos e executivos, ou seja, simultaneamente *leis e execução de leis*.¹⁰⁷ Parece mesmo absurda a idéia de um órgão (em tese) administrativo expedir atos como se fossem leis, usurpando flagrantemente a função do legislador, que é representante do povo e, com efeito, de sua vontade, ainda que nem sempre diretamente.

De todo modo, o Conselho não tem carta branca para tais regulamentações, apontando-se, basicamente, duas limitações: “uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito à impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.”¹⁰⁸

De fato, se há algo menos duvidoso e controverso nesse conjunto é que o poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça é rigorosamente limitado pela impossibilidade de inovar.

Portanto, as resoluções expedidas por este órgão não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange a restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador”

105 Ibidem.

106 Ibidem.

107 CANOTILHO, op. cit., p. 627.

108 SAMPAIO, op. cit., p. 278.

THEMIS

do Conselho esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. Na mesma vereda, “as garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estão devidamente explicitados no texto constitucional e nas respectivas leis orgânicas”, razão pela qual é forçoso concluir que também em relação aos juízes e promotores não poderá haver inovação jurídica por meio de ato regulamentar do Conselho Nacional de Justiça.¹⁰⁹

Não é o que se verifica, no entanto, exatamente, quando se analisa a resolução n.º 59, de 09 de setembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina e uniformiza, basicamente, os procedimentos de interceptações telefônicas.

Inicialmente, salienta-se que a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas está prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e nas formas estabelecidas em Lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Além da previsão constitucional, a questão das interceptações telefônicas conta com a regulamentação da Lei n.º 9.296/96. Destarte, como visto alhures, em razão do princípio da reserva da lei, trata-se de matéria não passível de regulamentação por outra forma que não seja a própria Constituição ou lei.

Não obstante, a matéria foi objeto de regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da resolução n.º 59, da qual se destaca para os fins do presente trabalho o artigo 18, cujo teor do dispositivo¹¹⁰ contempla a exigência de que, mensalmente, os Juízos investidos de competência criminal informem às Corregedorias dos respectivos tribunais (preferencialmente, pela via eletrônica), em caráter sigiloso, a quantidade de interceptações em andamento e a quantidade de ofícios expedidos às operadoras de telefonia.

109 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Revista de Doutrina. Disponível em: <<http://www.revistadoutrinatr4.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008.

110 Art. 18 Mensalmente, os Juízos investidos de competência criminal informarão às Corregedorias dos respectivos tribunais, preferencialmente pela via eletrônica, em caráter sigiloso:

I – a quantidade de interceptações em andamento;

II – a quantidade de ofícios expedidos às operadoras de telefonia;

Parágrafo único. As Corregedorias dos respectivos tribunais comunicarão à Corregedoria Nacional de Justiça, até o dia 10 do mês seguinte ao de referência, os dados enviados pelos juízos criminais.

Se a resolução se limitasse, de fato, às questões procedimentais, maiores afrontas e prejuízos não seriam notados. Todavia, a resolução estabelece uma obrigação aos magistrados que até então não havia sido cogitada pela Constituição, tampouco pela legislação infraconstitucional. Não deve ser esquecido que o inciso XII do artigo 5º da Constituição é uma norma constitucional de eficácia contida, de modo que apenas pode receber restrições dentro do conceito de proporcionalidade e previstas na lei, pois se trata de “autorizações” a restrições de direitos fundamentais.

Em tese, a previsão pode parecer inócua, mas não deixa de ser uma inovação (porque diferente do previsto no texto da própria Constituição e também na legislação regulamentar), o que materializa os receios doutrinários apresentados.

Conforme já dito, pode parecer uma exigência simplória, sem maior significação jurídica em termos de conteúdo. No entanto, cria uma nova obrigação aos magistrados, que o próprio dispositivo constitucional, bem como a lei que o regulamenta, não previram, ou seja, o Conselho Nacional de Justiça, bem ou mal, inovou a ordem jurídica relativamente ao procedimento de interceptação telefônica.

Existem, inclusive, manifestações no sentido de se considerar inconstitucional qualquer resolução que importe em inovação, mesmo com a previsão clara da atribuição do Conselho Nacional de Justiça de expedir atos regulamentares, sob a alegação de que, fosse isso suficiente para validar o ato inovador, qualquer outra emenda poderia “delegar” a qualquer outro órgão igual poder e, com isto, “restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito.”¹¹¹

Conclui-se, pois, que “não poderá, assim, o Conselho buscar razões adicionais que extrapolem a sua condição de órgão administrativo.”¹¹² Se for reconhecida ao órgão atribuição de inovar a ordem jurídica, permitindo-lhe buscar as razões morais, éticas e pragmáticas do processo de concretização dos enunciados constitucionais, estaremos ou dando-lhe função legislativa de construção ou função jurisdicional de reconstrução (limitada) dessas mesmas razões.¹¹³

111 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Revista de Doutrina. Disponível em: <<http://www.revistadoutrinatr4.gov.br>>. Acesso em: 16 Out. 2008.

112 SAMPAIO, op. cit., p. 285.

113 Ibidem, p. 286.

THEMIS

Enfim, a despeito do entendimento de que Conselho Nacional de Justiça, no exercício da competência regulamentar que lhe atribui a Constituição Federal, não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, deveres, obrigações, prerrogativas e qualquer situação que implique em uma nova realidade jurídica, a prática do ilustre órgão tem evidenciado, nesse sentido, uma disfunção.

Conforme mencionado, as inovações e os desvios operados pelo Conselho até o momento, que, embora identificáveis, tiveram tímida repercussão, podem não ser de grandiosa significância, ou seja, são “pequenas inovações”. Todavia, é exatamente aí que reside o perigo; são criações singelas, que muitas vezes acabam sendo forçosa e duvidosamente justificadas, mas que abrem caminho para o verdadeiro descontrole. Certo é que o Conselho Nacional de Justiça é um órgão ilustre e (des)conhecido, cujos (reais) limites serão ditados pela prática futura, mas precisam ser pensados e refletidos desde logo.

CONCLUSÃO

A expansão da sociedade brasileira e o conseqüente aumento da complexidade das relações sociais, aliada à verdadeira “quebra de paradigma” representada pelo surgimento da Constituição 1988, que ampliou sensivelmente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, abalou as estruturas organizacionais do Estado, que passou a ser, verdadeiramente, um Estado Democrático de Direito (ao menos as previsões, esforços e tentativas são nesse sentido).

Especificamente em relação ao Poder Judiciário, a facilitação do acesso à Justiça e o recrudescimento das noções de Constituição e de direitos fundamentais contribuíram para o crescimento vertiginoso de ações judiciais (que justifica a utilização da expressão “avalanche”), significando que mais conflitos são levados ao Judiciário e, corolário, mais respostas e soluções lhe são exigidas.

Esse contexto pôs em evidência a atividade judicial, que, não podendo furtar-se a decidir as questões que lhe são apresentadas (inclusive por expressa determinação constitucional), acabou, algumas vezes, desagradando a interesses políticos e dos demais poderes estatais, em ocasiões em que, por exemplo, decisões judiciais impunham obrigações e afirmavam deveres que repercutiam no cenário político brasileiro e na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Tais fatores, embora não únicos, contribuíram para desvelar ou revelar a chamada crise do Poder Judiciário, que pode ser estudada em três diferentes dimensões: identidade, desempenho e imagem.

Na primeira dimensão se inserem as investigações acerca de qual seria o verdadeiro papel/função do Poder Judiciário após a Constituição de 1988. Conforme visto, o cenário criado pelo novel constituinte exigia (e continua a exigir) um Judiciário atuante, capaz de assegurar os direitos fundamentais instituídos, ainda que precise impor isso ao Estado (e é exatamente neste ponto em que se fundam algumas duras críticas ao ativismo judicial).

A segunda dimensão da crise refere-se ao desempenho do Judiciário, trazendo à baila questões concernentes à qualidade, eficiência e, sobretudo, rapidez da prestação jurisdicional, onde encontram guarida as acusações de morosidade judicial. Muitas hipóteses podem ser levantadas, como o insuficiente número de magistrados, a progressão geométrica das demandas judiciais (conhecida também pela terminologia “explosão de litigiosidade”), a complexidade e a formalidade dos ritos processuais, de modo que atribuir a um fator isolado a responsabilidade por tais problemas não se mostra adequado. Não se pode olvidar, contudo, a importância da atividade jurisdicional, que requer, indubitavelmente, reflexão e seriedade, atributos que exigem, por sua vez, tempo.

Os aspectos notados nas primeiras dimensões da crise evidentemente repercutem na imagem do Judiciário, revelando, assim, sua terceira dimensão. Dentre os diversos fatores que animam e agravam a crise de imagem, dois aspectos merecem destaque: a conturbada relação entre o Judiciário e a imprensa e as denúncias de corrupção no meio jurídico.

Com efeito, o contexto de crise que sombreou e assombrou o Judiciário por muito tempo tornou inevitável a discussão sobre necessárias modificações na sua estrutura e funcionamento, as quais foram chamadas de “Reforma do Judiciário”, concretizada, principalmente, por meio da Emenda Constitucional 45/2004.

A narrativa do histórico da emenda pode iniciar na década de 1990, período marcado por importantes mudanças, já que em sede de reformas se discutia, por exemplo, a privatização de estatais, o fim dos monopólios e a reforma política, não tardando para que o Judiciário, por tudo o que se viu, integrasse este rol.

Inflamados debates, sobretudo políticos, marcaram a trajetória da Emenda Constitucional 45/2004, tanto que só a aprovação da proposta de emenda constitucional tramitou por quase oito anos. Um dos pontos exaustivamente debatidos foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, pois muita divergência havia em relação a qual seria sua composição e quais seriam suas competências. Entre os que admitiam a criação do Conselho, algumas posições ficaram claras

THEMIS

durante os trabalhos: os que defendiam (mais ou menos radicalmente) a criação de um órgão de controle externo e os que sustentavam apenas um órgão de fiscalização do Judiciário.

De qualquer forma, apesar do tumultuado trâmite, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, trazendo consigo, dentre outras novidades, o Conselho Nacional de Justiça, de composição híbrida e competente para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, dentre outras funções.

Todavia, as dissonâncias não cessaram. O Conselho Nacional de Justiça ainda suscitava dúvidas, chegando a ser atacado em Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Associação dos Magistrados do Brasil (ADI 3.367-1/DF). O Supremo Tribunal Federal julgou pela constitucionalidade do órgão, mas nem isso fez cessarem as discussões.

Bem ou mal, o Conselho é fato e, a partir das previsões constitucionais e regimentais, alguns aspectos legais referentes à composição, organização, funcionamento e competências continuam a merecer especial abordagem.

Os aspectos mais controvertidos que envolvem o Conselho, no entanto, dizem respeito à (in)determinação de sua natureza jurídica, bem como da natureza das suas decisões e, principalmente, seus limites de atuação, notadamente no exercício da competência para expedir atos regulamentares.

Dada a composição predominante de magistrados (aliás, basicamente, apenas por isso), o entendimento majoritário é o de que o Conselho é órgão interno do Judiciário. Entretanto, isso não convenceu todos os Ministros da Suprema Corte, por exemplo. Ao considerar-se, entre outras razões, que em um órgão colegiado, como é o Conselho, cada membro é igualmente importante, não parece mesmo relevante a presença majoritária de uma ou outra classe (origem) de componentes.

Em relação ao Conselho em si, geralmente se lhe atribui natureza administrativa, tendo sido este, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Efetivamente, o que se questiona nem sempre é propriamente uma atual natureza jurisdicional das decisões do Conselho, mas a possibilidade de vir a ser ou, ainda, a possibilidade de mesmo sendo administrativas, suas decisões interferirem na função típica do Poder Judiciário. Arrazoa-se, ademais, tal natureza, pelo fato de que as decisões do Conselho escapam ao enquadramento legislativo (por não poderem inovar na ordem jurídica), tampouco se

enquadrando como jurisdicionais (por estarem submetidas a controle judicial). Em apertada síntese, dentre os critérios apontados para a afirmação da natureza administrativa das decisões do Conselho, destacam-se as funções cometidas ao Conselho, essencialmente de cunho administrativo e a submissão destas decisões ao controle judicial. Destarte, trata-se de órgão do Judiciário que, em tese, não exerce função jurisdicional, possuindo apenas competências administrativas (artigo 103-B, §4º, da CF).

Quanto ao Conselho Nacional de Justiça ofender ou não a separação dos poderes, não se pode afastar que representa um desequilíbrio na relação entre os mesmos, porque, além de já ser controlado pelo Executivo e pelo Legislativo, já que o sistema preconiza controles recíprocos, o Judiciário se vê diante de um novo órgão cuja função é controlar-lhe a atuação, ainda que, em tese, apenas no âmbito administrativo, quando não se vislumbra órgão semelhante para os demais poderes estatais, o que evidencia uma diferença de tratamento em relação ao Judiciário. A questão também pode ser suscitada em relação ao Poder Legislativo, já que a normatização das resoluções expedidas pelo Conselho vem inovando na ordem jurídica, usurpando, assim, a função deste Poder.

A investigação à luz do sentido dado pela Carta Magna ao chamado sistema de freios e contrapesos demonstra que a autonomia dos poderes, sobretudo do Judiciário, não foi diretamente ofendida em face da tão-só criação do Conselho Nacional de Justiça pelo poder constituinte derivado, pois o problema reside mais na atuação deste órgão do que na sua existência em si. Todavia, a constitucionalidade do Conselho, baseada no entendimento de que o órgão não viola a separação dos poderes e tampouco destoa do estatuído pelo constituinte originário, não é unânime. Isso porque, visto de outro ângulo, o ilustre órgão revela-se capaz de interferir tanto na função típica do Poder Judiciário como na função típica do Poder Legislativo, quando, por exemplo, expede liminar, como se fosse órgão jurisdicional, ou quando, no exercício da competência regulamentar, inova a ordem jurídica, além do controle direto exercido sobre as decisões administrativas do Judiciário.

Nesse contexto, dois aspectos se mostraram determinantes: o que se entende por independência (tendo sido apurado que este atributo alcança tanto a função jurisdicional quanto as decisões administrativas do Judiciário, ou seja, funções típicas e atípicas, respectivamente, sendo necessário que ambas estejam imunes a ingerências de poderes outros, sejam estes políticos ou sociais.); e, a competência específica conferida ao Conselho de expedir atos regulamentares (art. 103-B, §4º, inciso I, da CF/88).

THEMIS

Todas as preocupações acerca da preservação da independência da magistratura são plenamente justificáveis à medida que a própria democracia se acha condicionada à independência do Judiciário, fundamental também para a salvaguarda dos direitos fundamentais e para a preservação do Estado Democrático de Direito. É cediço, ademais, que a independência dos magistrados, bem como todas as demais garantias constitucionais de que gozam visam a assegurar a imparcialidade judicial e, assim, a proteger os próprios cidadãos, que são os destinatários finais destas garantias.

Outra grave e compreensível preocupação é no sentido de que não se deve ignorar o agravamento de interesses pela atividade judicial, porque uma das partes, ou mesmo ambas, pode não ter razão, devendo o juiz dizê-lo e, por vezes, até ordenar providências que afetem substancialmente tais interesses, o que pode servir de pretexto para reclamações infundadas ao Conselho Nacional de Justiça.

Em decorrência disso, é possível que o órgão exerça algum tipo de pressão sobre os juízes, o que é inadmissível em um Estado que se diz Democrático e de Direito. Mesmo que não houvesse esse modo específico de influência, têm os Conselheiros o poder de interferir diretamente nas decisões administrativas do Judiciário, além do sempre justificado temor de que isso ocorra também nas decisões judiciais.

A forma mais evidente de que se reveste essa ameaça é a competência de expedir atos regulamentares conferida ao Conselho, apontada, com sobras de razão, como provável instrumento de ingerência na função jurisdicional. Nesse mesmo aspecto, revela-se a possível interferência também no Poder Legislativo, na medida em que tais atos acabem por normatizar situações de forma inovadora na ordem jurídica, no âmbito de atuação do órgão.

Além disso, em conseqüência do excesso de atribuições, não se é de ignorar que possa o Conselho frustrar-se em sua operacionalização, além de frustrar os jurisdicionados, já que, como por vezes se refere, o Conselho surgiu como panacéia, capaz de resolver boa parte dos problemas do Judiciário brasileiro. Mas o problema está, de fato, em que, uma vez frustrado, possa vir o Conselho a transformar-se em um verdadeiro emissor de normas.

Em todo o conjunto que envolve o Conselho Nacional de Justiça, contudo, se há algo menos duvidoso e controverso é que o poder regulamentar do órgão é rigorosamente limitado pela impossibilidade de inovar. Portanto, as resoluções expedidas não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange a restrições) na esfera dos direitos e

garantias individuais ou coletivas, inclusive e principalmente, no que concerne aos magistrados.

Entretanto, não é que se verifica quando se analisa, por exemplo, a resolução n.º 59, de 09 de setembro de 2008, que contempla uma (nova) exigência aos magistrados: mensalmente, os Juízos investidos de competência criminal deverão informar às Corregedorias dos respectivos tribunais (preferencialmente, pela via eletrônica), em caráter sigiloso, a quantidade de interceptações em andamento e a quantidade de ofícios expedidos às operadoras de telefonia.

Pode parecer uma exigência simplória, sem maior significação jurídica em termos de conteúdo, mas cria uma nova obrigação aos magistrados, que o próprio dispositivo constitucional (artigo 5º, inciso XII), bem como a lei que o regulamenta (Lei n.º 9.296/96) não previram. Destarte, o Conselho Nacional de Justiça, bem ou mal, inovou a ordem jurídica relativamente ao procedimento de interceptação telefônica, materializando os receios doutrinários apresentados.

Enfim, o trabalho demonstrou, entre outras coisas, que apesar de a discussão sobre um controle para o Poder Judiciário não ser exatamente uma novidade, a forma de que hoje ele se reveste, isto é, o Conselho Nacional de Justiça, carece de estudos mais aprofundados. Isso porque o Conselho é, de fato, uma novidade. Ademais, as idéias, não raro distorcidas, que se têm acerca de sua natureza jurídica, da legitimidade e, principalmente, dos limites de sua atuação, por exemplo, apenas confirmam que o órgão é, ainda, um ilustre (des)conhecido.

REFERÊNCIAS

BERMUDES, Sergio. *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional n.º 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 38 ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004. Altera os dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEMIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF*, julgada em 13 de abril de 2005. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 135-3/PB*, julgada em 21 de junho de 1996. Ministro Octavio Gallotti (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CONSULTOR JURÍDICO. Notícias. Juízes Paulistas repudiam rejeição de Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 22 maio 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Autogoverno e controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Democratização do Poder Judiciário brasileiro*. In: ATO PÚBLICO DA ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL. *Anais...* Porto Alegre: AJURIS, 2002.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Conselho Nacional de Justiça e controle externo: roteiro geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et al.] (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

MADALENA, Pedro. Magistratura: produtividade controlada em processo virtual. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Leandro Passig. A produtividade dos juízes. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JR, Nelson. *Direitos fundamentais e estado de direito*. Palestra proferida na Semana Comemorativa dos 40 anos do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, 2008.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Comentários à Reforma do Judiciário (VII). Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 22 maio 2009.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. O papel da jurisdição constitucional da realização do Estado Social. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 3, p. 355-365, jan. 2003.

THEMIS

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. O Estado Democrático de Direito e a necessária Constitucionalização do Direito: a crise dos 10 anos da Constituição cidadã. *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*. Cruz Alta, n. IV, p. 23-41, jan. 1999.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista de Doutrina*. Disponível em: <<http://www.revistadoutrinatr4.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. *Controle do Judiciário: da expectativa à concretização (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça)*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Normas Editoriais para Submissão de Artigos

Os artigos submetidos à Themis deverão observar as normas da ABNT e as seguintes normas técnicas:

1. Conter: sumário, título do artigo, resumo e palavras-chave bilíngue (português-inglês ou português-francês ou português-alemão ou português-espanhol). O resumo deve conter de 80 a 100 palavras.
2. Informar no corpo do artigo os dados referentes à afiliação acadêmica ou profissional, indicando por extenso e de forma completa o nome e a instituição.
3. O artigo deve ser inédito.
4. Deve conter de 10(dez) a 30(trinta) páginas, no tamanho A4, com fonte Arial, tamanho 12, espaçamento entrelinhas 1,5. Nas notas de rodapé e citações longas usar a fonte Arial, tamanho 10 com espaçamento simples.
5. As revisões ortográfica e gramatical ficam a cargo do autor, providências a serem tomadas antes de enviar o artigo para submissão.
6. Será aceita apenas uma única versão do artigo. Portanto, o autor deve fazer toda revisão que julgar necessária, inclusive metodológica, antes de enviar o artigo para submissão.
7. O artigo deverá ser apresentado da seguinte forma:
 - 7.1 Uma via completa, impressa, entregue na Secretaria da ESMEC juntamente com formulário de submissão obrigatório, devidamente preenchido. O formulário estará disponível também no site da ESMEC, porém sua entrega na Secretaria é obrigatória.
 - 7.2 Duas vias impressas, entregues na Secretaria da ESMEC, sem indicação de nome ou qualquer outra indicação do autor, no ato do protocolo do formulário de submissão.
 - 7.3 Uma via completa enviada para o email artigo.themis@tjce.jus.br, na mesma data da entrega do formulário de submissão na Secretaria da ESMEC.
 - 7.4 Uma via sem indicação de nome ou qualquer outra indicação do autor enviada para o email artigo.themis@tjce.jus.br na mesma

THEMIS

data da entrega do formulário de submissão na Secretaria da ESMEC.

- 7.5 A ESMEC não imprimirá os artigos, portanto, o protocolo do formulário deverá ser acompanhado com todas as vias mencionadas nos itens 7.1 e 7.2.
8. Os artigos que não obedecerem às normas da ABNT e a estas normas serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los à submissão para outra edição, desde que efetuadas as alterações necessárias.
9. Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação de trabalhos na Themis.
10. O autor receberá gratuitamente três exemplares do número da revista no qual conste o artigo de sua autoria.

<i>Formato</i>	17 x 24 cm
<i>Tipologia</i>	Minion Pro 10/12
<i>Papel</i>	Sulfite Alta Alvura 75 g/m ² (miolo) Supremo 250 g/m ² (capa)
<i>Número de Páginas</i>	400
<i>Impressão</i>	Departamento Editorial e Gráfico Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
<i>Data</i>	Setembro 2013

ISSN 1808 - 6470



9771808647001



ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



THEMIS
REVISTA DA ESMEC
VOL. 9 - 2011