

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
UFF

RAQUEL SANTOS DE ALMEIDA

INOVAÇÃO NO DESIGN INSTITUCIONAL BRASILEIRO _ CRIAÇÃO DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Niterói, 2013

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

RAQUEL SANTOS DE ALMEIDA

**INOVAÇÃO NO DESIGN INSTITUCIONAL BRASILEIRO _ CRIAÇÃO DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Professora Wanise Cabral

Niterói, 2013

**Universidade Federal Fluminense
Superintendência de Documentação
Biblioteca da Faculdade de Direito**

A447 Almeida, Raquel Santos de.
Inovação no design institucional brasileiro: criação do Conselho Nacional de Justiça / Raquel Santos de Almeida. - Niterói, 2013.
139f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – PPGDC, Universidade Federal Fluminense, 2013.

1. Conselho Nacional de Justiça. 2. Poder Judiciário. 3. Fiscalização.
4. Controle jurisdicional. 5. Separação de poderes. 6. Estado democrático de direito. I. Universidade Federal Fluminense, Instituição responsável. II. Título.

CDD 341.41

RAQUEL SANTOS DE ALMEIDA

**INOVAÇÃO NO DESIGN INSTITUCIONAL BRASILEIRO _ CRIAÇÃO DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Ciências Jurídicas.

Aprovada em dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Wanise Cabral – Orientadora

UFF

Prof. Dr. Marco Antonio Ferreira Macedo

UFF

Prof. Dr. Rodrigo Brandão

UERJ

Niterói, 2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, primeiramente, por toda alimentação e investimentos na minha saúde e educação para que eu chegasse até uma pós-graduação em nosso país, à minha irmã por toda a paciência, adquirida na educação infantil, necessária na nossa convivência durante todos os dias dos dois anos de mestrado que me renderam algumas oscilações consideráveis de humor e disposição. Muito obrigada família.

Agradeço a Deus pela sanidade conservada e por algum nível de compreensão intelectual para completar essa etapa na jornada acadêmica, assim como o fôlego de vida para chegar até aqui. Agradeço à Coordenação e Professores do Programa de Pós – Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional por todo o suporte e conhecimento transmitido, pela evolução em muitos sentidos que me proporcionaram como aluna, pesquisadora e antes de tudo como pessoa. Aos queridos componentes do administrativo: Cláudio e Ana Paula, por todos os “socorros” prestados.

Agradeço a todos da minha turma, a excepcional turma de 2011, pelo companheirismo, pela amizade, pelo estímulo e palavras de incentivo, pelas experiências vivenciadas e trocadas, por fazerem desses dois anos de muito trabalho, um tempo mais que gratificante, intenso e especial na minha vida. Sempre lembrarei de vocês: Adriano Sousa, André Fontes, Alessandra Freixo, Carlos Vitor Nascimento, Daniel Cardoso Moraes, Devisom Couto, Eduardo Lipus Gomes, Felipe Renault, Henrique Oliveira Vianna, Ilana Aló, Jeane Moreira, Juliana Mendonça, Lívia Maioli, Luiz Antônio Gomes, Malê Aragão, Siddharta Legale, Tatiana Carvalho e Valter Carvalho.

Dentre colegas diletos e amigos conquistados, agradeço em particular aos amigos que me deram carona (me livrando de noites e tardes em congestionamentos no ônibus quente e lotado, bem como de tempestades homéricas no trajeto da Ponte S.A): Adriano Sousa, Felipe Renault e Lívia Maioli. Pelos momentos divertidos e café da tarde entre as aulas, principalmente antes das aulas de penal com o querido Prof. Rodrigo Costa: Daniel Moraes e Eduardo Lipus. Pela guarita, jantar e uma “caminha” quente na fatídica noite que ficaria desabrigada em Niterói: Taísa Bittencourt. Pelos convites para participar de bancas da graduação e pós-graduação *lato sensu*: Siddharta Legale (a quem terei num futuro próximo a honra de mencionar como colega de sala). Agradeço a Valter Carvalho, após três anos de

convivência, por toda a serenidade e tranquilidade da companhia assim como lucidez de palavras de apoio. Às boas piadas e risadas de Alessandra Freixo e Luiz Antônio Gomes, agradeço de coração. Enfim a todos que por razão da memória fraca não pude elencar as razões de gratidão especificamente, mas que sabem que elas são existentes. Muito obrigada por fazerem parte de dois grandes anos da minha vida!

Obrigada a minha orientadora Wanise Cabral por todo o auxílio e dedicação dos quais fui alvo, ao Prof.º Marco Antônio Macedo por toda a confiança depositada e perspectivas que me proporcionou, ao Prof.º Rodrigo Brandão pela honra de compor minha banca, além das aulas ministradas, sendo eu a filha pródiga que retornaria a UERJ em sua disciplina e por último, mas não menos fundamental, ao querido Prof.º Eduardo Val, que sempre acreditou na capacidade que nem eu sabia que tinha e sempre espera o melhor de mim, como um preceptor que levo pra vida inteira.

“É o regime do povo, pelo povo e para o povo”.
(fórmula clássica de Rousseau e Lincoln)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
-------------------------	-----------

CAPÍTULO I

SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES, EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO E REARRANJOS INSTITUCIONAIS	11
---	-----------

1.1. A Criação do Conselho Nacional de Justiça – inovação na esfera de controle e fiscalização institucional	25
1.2. O justo meio entre independência e responsividade, fundamento e consectário de legitimidade democrática da atuação judicial	46

CAPÍTULO II

SOBRE O PODER REGULAMENTAR DO CNJ, A EXPERIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E AS DECISÕES REFORMADORAS OU REFORMULADORAS NA REALIDADE BRASILEIRA:	
---	--

2.1. Apontamentos sobre Conselhos de Justiça na legislação comparada	60
2.2. As Decisões e Regulamentos do CNJ – aspectos de seu poder regulamentar	70

CAPÍTULO III

O CNJ E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: A GARANTIA DA PRESTAÇÃO DE JUSTIÇA EFETIVA E A EFETIVIDADE DE JUSTIÇA.	
--	--

3.1. Atuação do Conselho Nacional de Justiça e o tema acesso à Justiça segundo Cappelletti	79
3.2. O Impacto da Nova Dinâmica de Design Institucional proposto na Articulação entre os Poderes: análise da decisão proferida na ADI 3367	87

CONCLUSÃO.....	110
-----------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	113
---------------------------	------------

ANEXO.....	119
-------------------	------------

RESUMO

A pesquisa pretende, tendo como foco a análise do controle administrativo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Poder Judiciário, discutir e rever posicionamentos acerca do dogma da separação de Poderes, a articulação entre os mesmos e as novas dinâmicas exigíveis e impostas pelo contexto atual de efetivação do acesso à justiça e estágio democrático vivenciado e a necessidade não só de maior aproximação harmônica entre os mesmos poderes como de controle das atividades estatais exercidas e desempenhadas respectivamente, tendo em vista o princípio da responsividade, transparência, accountability e a própria responsabilidade perante a sociedade e o cidadão. Trata-se assim pela criação do Conselho Nacional de Justiça, sua estrutura e razão de ser constitucional, bem como tratar do tipo de controle exercido em relação ao Judiciário e o impacto dessa inovação e atribuição no cenário das instituições estatais e políticas.

Palavras-chave: Emenda constitucional n. 45/2004. Conselho Nacional de Justiça. Controle e Fiscalização dos Atos Estatais. Separação de Poderes. Independência judicial. Responsividade. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The research aims, focusing on the analysis of administrative control conducted by the National Council of Justice within the Judiciary, discuss and review positions on the dogma of separation of powers, the relationship between them and the new dynamics required and imposed by the context current effective access to justice and democratic experienced stage and the need not only for greater harmonic approximation between the political powers, but, besides this, the need for state control activities exercised and performed respectively in view of the principle of responsiveness, transparency, accountability and responsibility to society and the citizen. It is thus the creation of the National Council of Justice, its structure and rationale constitutional as well as dealing with the kind of control exercised over the judiciary and its impact on innovation and award scenario of state and political institutions.

Keywords: Constitutional amendment no. 45/2004. National Council of Justice. Control and Supervision of State Acts. Political Powers. Separation of Powers. Judicial Independency. Responsiveness. Democratic State.

INTRODUÇÃO

O presente projeto de dissertação trata e pretende abordar a inovação na configuração estatal representada pela criação e estruturação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário e que constitui importante órgão e mecanismo não apenas de fiscalização e controle na seara deste Poder, mas também mediador e relevante interlocutor no diálogo institucional com as demais instâncias de Poder e demais Poderes.

Representando a interface e possibilidade de interação harmônica entre os Poderes do Estado, o Judiciário pode através do CNJ em particular, adelgaçar-se à realidade de democracia deliberativa, que conforme apresentado por Habermas (HABERMAS, 1995, p.48), há no contexto de tal experiência democrática, o resgate da relação entre racionalidade (tão cara a Weber em sua teoria) e ética, na proposição “bem comum” (a ser atingido e perseguido), o que denota maior participação civil e evoca à legitimidade, como ponto de partida e de chegada.

A mais recente inovação institucional nesse sentido se insere em tal realidade e demanda por maior e mais nítida e sensível teoria discursiva democrática, na esteira do propugnado por Habermas, conforme anteriormente ressaltado, com ênfase na participação da sociedade de forma mais ativa e delineamento de cidadania em seu aspecto mais ativo (e não somente passivo), sob a perspectiva do diálogo e da coletividade no cenário em que a pluralismo se evidencia. Tal instituição preenche neste ponto a necessidade por mecanismos e procedimentos que garantam o ideal de deliberação atualmente requerido e vislumbrado, bem como a racionalidade e legitimidade no processo de tomada de decisão, para permitir e franquear a participação de todos aqueles que são afetados pela tomada de decisão.

Vivenciamos um momento peculiar de reflexão e de transição no que concerne a conceitos como cidadania, democracia para além de sua faceta representativa, vislumbramos a perspectiva também participativa, deliberativa, bem como a tudo que se relaciona com os elementos Estado, Instituições Políticas e o papel das mesmas e suas atuais concepções e configurações.

Por muitos anos, no Brasil, como em muitos outros países que experimentaram um processo de democratização “atrasado” e “restrito”, vigeu como padrão a “cidadania de baixa intensidade” (referente do direito de votar e ser votado, mas não ao de participar, exigir, se

fazer ouvir e ser atendido), em virtude da “legalidade truncada” (O’Donnell, 1993)¹. Assim o Estado Brasileiro não se movia para assegurar a todos os direitos reconhecidos a cidadãos plenos.

Contudo, as mudanças ocorridas recentemente, os Tribunais têm, e principalmente os Superiores, desenvolvido jurisprudência em atendimento e proteção aos direitos individuais fundamentais e sociais, muitas vezes chocando-se com políticas governamentais, como na área da saúde e educação, no que tange ao fornecimento de remédios e tratamentos ou a matrícula em creches.

Diante desta realidade, nos últimos anos, se insere o debate também acerca da competência para a formulação e execução das políticas públicas, bem como a justicialidade destas.

Tendo em vista o movimento do neoconstitucionalismo que impõe a efetividade e efetivação da nossa Carta Constitucional, a discussão acerca das Políticas Públicas² nos

¹ O’DONNELL, G. (1993) “On the estate, democratization and some conceptual problems: A Latin American view with glances at some postcommunist countries.” *World Development*, 21, 8: 1355-1369.

² Sobre o tema Políticas Públicas destaca-se a seguinte conceituação e análise: “Em suma: A Constituição é norma central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado. O que se acaba de resumir não representa qualquer novidade. Ao contrário, cuidou-se apenas de sistematizar sucintamente dados básicos do conhecimento já consolidado acerca do constitucionalismo contemporâneo. Estabelecidas essas premissas, passa-se à discussão sobre as políticas públicas e seu controle.

Como é amplamente corente, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. A liberdade de expressão, e.g., será substancialmente protegida na medida em que o Poder Público não procure cerceá-la ou submetê-la de alguma forma. A omissão, nesse caso será fundamental. Quando se trate de direitos relacionados, e.g., com a aquisição de educação formal, prestações de saúde ou condições habitacionais, a situação é bastante diversa, já que a promoção de tais direitos depende de ações por parte do Poder Público. O ponto é demasiado conhecido e não há necessidade de discorrer sobre ele, salvo por um aspecto fundamental: as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais em questão envolvem, em última análise, decisões acerca do dispêndio de recursos públicos. Aprofunda-se a questão.

As atividades legislativa e jurisdicional envolvem, por natural, a aplicação a Constituição e o cumprimento de suas normas. O legislador cuida de disciplinar os temas mais variados de acordo com os princípios constitucionais. O magistrado, por seu turno, estará sempre aplicando a Constituição, direta ou indiretamente, já que a incidência de qualquer norma jurídica será precedida do exame de sua própria constitucionalidade e deve-se dar de maneira que melhor realize os fins constitucionais. Ocorre que as decisões judiciais produzem, como regra, efeitos apenas pontuais, entre as partes, e a legislação depende de atos de execução para tornar-se realidade.

Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, por isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como ‘políticas públicas’. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam das ações para sua promoção.

Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. pp.09-10.

parece bem propícia. Sendo que um dos desafios do alvorecer deste novo milênio consiste na superação dos altos índices de desigualdade social e o desenvolvimento econômico sustentável do nosso país, estabelecendo-se não apenas como uma economia relevante no mercado econômico-financeiro mundial, mas também como uma democracia consolidada e real garantidor de direitos fundamentais em seu território.

É óbvio que, sendo um tema de grande amplitude, convém restringir a análise a certos pontos.

E assim, opta-se por focar na figura do CNJ, como ator promotor de diálogo institucional e social, vez que sua composição deve se orientar em imperativo de maior participação e pluralidade, assumindo contornos consonantes com o preceito de cidadania plena³ no cenário estatal e das escolhas políticas do Estado.

Optamos assim por tratar da atual mudança de paradigmas referentes à Função da Administração Pública, das três esferas do Estado, principalmente no que tange à esfera federal e, em especial na figura e relação do Judiciário com os demais poderes após Constituição de 1988, diante do chamado ativismo judicial que presenciamos com maior nitidez atualmente. Nessa articulação e relações entre os poderes, verifica-se que a criação do CNJ, na esteira da reforma do Judiciário, relaciona-se com a crescente necessidade de aperfeiçoamento no que diz respeito à atuação mais incisiva do Judiciário ante à atribuição de feitura e oferecimento de políticas públicas por parte do Administrador Público (Executivo) condizentes com as demandas e carências sociais.

Vislumbram-se também o CNJ como uma das formas de exercício de cobrança e prestação de contas do Poder Judiciário na sua missão institucional, no que se perfaz, portanto, no princípio da *accountability*, e ao seu lado da responsividade ou *responsiveness*⁴.

³ O que seria cidadania plena? Na formulação de uma resposta ou demonstração de tal conceito, acolhe-se a definição e análise desenvolvida pelo historiador Everton Bandeira Martins (2010), que antes, debruçou-se no estudo desenvolvido pelo sociólogo inglês Marshall (1967), que observou a cidadania sob três diferentes ângulos: o civil (relacionando-se à titularidade e efetividade de direitos individuais), o político (direito de votar e ser votado, exemplo normalmente mais verificado) e o aspecto social (implementação do mínimo existencial, ou pelo menos, e/ou de condições propícias básicas para o desenvolvimento do ser humano, de seu projeto existencial). A partir daí, Martins (p. 30, 2010) afirma que cidadania plena compreenderia “[...] contemplação dos três direitos expostos por Marshall (1967) [em] que é possível a constituição de uma cidadania plena, na busca de uma plenitude como objetivada no ideal grego, buscando a felicidade individual e coletiva.”

⁴ Tais princípios sinalizam não apenas para a governança corporativa, mas também transplantados ao setor público, a necessidade de acesso aos cidadãos das informações que confirmam transparência à gestão pública. Busca-se a ampliação da divulgação das ações governamentais a milhões de brasileiros, o que corrobora no fortalecimento do conceito de democracia, e ainda prestigia e desenvolve noções da cidadania, principalmente da cidadania ativa e não apenas passiva. Assim, entende-se de modo geral responsividade como a sensibilidade dos representantes à vontade dos representados, a disposição dos governos adotarem as políticas preferidas, eleitas

Há uma crise do velho modelo de Estado e da Administração Pública, da vetusca ótica burocrática e patrimonialista.

Desta feita a Administração se sujeita a mecanismos de controle e fiscalização não apenas do sistema de freios e contrapesos (ante ao Judiciário e Legislativo), mas também no que tange à fiscalização levada a efeito pela sociedade cidadã, com o exemplo de inovação institucional do CNJ (bem como enxergar o que isso representa no desenho institucional atual).

Busca-se assim, com este trabalho abordar dentre outros pontos que emergem da discussão sobre o tema, as *(novas) necessidades, demandas e exigências dos cidadãos, o constitucionalismo moderno e accountability* (que tem haver com a nova exigência por um Estado Gestor, Administração de caráter gerencial), salientando-se a atual mecânica de *Democracia, Representação e Governança*, e as novas articulações entre os Poderes que constituem o Estado.

Portanto, neste estudo objetivamos discutir que caminhos e horizontes tem vislumbrado e percorrido o Estado Brasileiro no que tange às políticas sociais, mas também além disso, a própria dinâmica entre os Poderes Estatais, como *background* fundamental, a articulação e eventual preponderância de um ou outro poder, em dado momento.

A pergunta que norteará o projeto será: *“Em que medida a criação do CNJ e sua atuação contribui para mudança das dinâmicas Estado, no viés Administração Pública, e cidadão/sociedade?”* Tal questão torna-se relevante dentro de um universo de centenas de demandas sociais (medicamentos e tratamentos médicos), moradia, educação e alimentação, protagonismo e ascensão institucional do Judiciário, e no que atine à definição e aprimoramento de um novo perfil de Estado e democracia.

por seus governados, enquanto accountability tem haver com a prestação de contas dos detentores do mandato e o veredicto popular sobre esta prestação de contas.

CAPÍTULO I:

SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES, EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO E REARRANJOS INSTITUCIONAIS:

Tendo em vista o desenho institucional traçado pela Constituição e todo o sistema jurídico construído e confirmado pela prática e rotina das instituições, órgãos e entes estatais, há que se considerar o espaço de atuação próprio e adequado de cada Poder, conforme sua própria expertise e capacidade para a racionalidade e correção dos atos delas emanados.

O debate de capacidades institucionais dos poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e a problemática da judicialização da política não é novo, pode-se vislumbrar a presença e latência desse assunto em discussões travadas entre Hans Kelsen e Carl Schmitt⁵,

⁵ “Os anos que antecederam a República de Weimar, que aboliu o regime autoritário e aderiu ao parlamentarismo, foram repletos de turbulências para a ordem civil na Alemanha e no continente europeu. Além da I Guerra Mundial, cujo principal legado foi o Tratado de Versalhes¹⁸, tivemos entre 1917 e 1920 a Revolução Bolchevique e os levantes comunistas alemães. Esse cenário marcou profundamente o debate político e ideológico da Europa.

Kelsen possui uma definição de democracia que podemos denominar de liberal e formal. Para ele, um regime democrático move-se pela disputa de opiniões no Parlamento. A idéia de disputa pressupõe uma divisão entre maiorias e minorias conjunturais, variando conforme o objeto em discussão. A existência de uma minoria pressupõe a possibilidade de criação de direitos que resguardem essa minoria ou que impeçam um governo drástico ou violento, no limite, uma ditadura da maioria. "De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disso resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Essa proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares" (KELSEN, 1993, p. 67).

Como seria possível então garantir a atuação e sobrevivência das minorias? Ou melhor, quem seria responsável por fazer valer os direitos e liberdades fundamentais? Para Kelsen, o tribunal constitucional seria o meio idôneo para se fazer valer a essência da democracia, ou seja, seria o instrumento de validade do compromisso constante entre os grupos representados no parlamento. O tribunal atuaria como tutor, oferecendo proteção aos direitos das minorias frente às decisões da maioria (HERRERA, 1994, p. 204).

A percepção central era que sem controle a democracia não duraria. Contudo, a idéia de um tribunal controlando o parlamento não era a preferida pela elite burguesa européia recém saída da monarquia. Além do mais, a magistratura no velho continente estava ligada ao Rei (boa parte dos juízes permaneceu nos cargos após a queda das monarquias européias). Esse fato poderia gerar conflitos se os magistrados fossem os responsáveis pela indicação de seus representantes no tribunal constitucional. Para fugir dessa armadilha conjuntural, Kelsen estabeleceu que os membros do tribunal seriam indicados pelo parlamento. Além de facilitar a aceitação de sua idéia no parlamento, aumentou o nível de legitimidade dos juízes que seriam escolhidos por membros eleitos pelo povo (*idem*, p. 205).

A argumentação em torno da necessidade de um tribunal constitucional foi amadurecendo. Em sua obra clássica: *Teoria geral do Estado*, Kelsen estabelece os parâmetros institucionais para a existência do tribunal. Segundo ele, o órgão encarregado do controle de constitucionalidade deve ser distinto e independente dos poderes representativos, pois esses são os principais sujeitos a controlar por via das leis e regulamentos. No plano técnico, Kelsen propõe que o tribunal possa, mediante uma sentença, anular em caráter geral o ato de inconstitucionalidade de leis e regulamentos que estejam subordinados à Constituição. Portanto, os juízes

em um período ou momento pré-constitucional, isto é, prévio ao de elaboração de Carta Constitucional.

No Brasil, houve ainda, como precedente histórico relevante, um embate travado e aguerrido no que dizia respeito às capacidades constitucionais, e outro lado, dos entes federados na vigência da Constituição de 1947. Francisco Campos pretendia a diminuição dos poderes dos Estados, principalmente para assim desaparecer e minar os poderes remanescentes da República Velha e da política do Café com Leite pactuada entre Minas Gerais e São Paulo.

Ora, nota-se que, pela regressão brevemente apresentada, falar em capacidades institucionais, legitimidade, limitações e vicissitudes de cada Poder, bem como caminhar para um segundo estágio, que é a possibilidade do diálogo entre as instituições estatais e a interface entre estas, tem a ver com arranjos e “background” de cada momento político vivenciado.

ordinários não poderiam exercer o controle de constitucionalidade das leis pela via incidental, nem ao menos lhes seria facultado o pedido de revisão ao tribunal constitucional, como ocorre no caso norte-americano. A idéia de um controle constitucional centralizado, no pensamento de Kelsen, fica aqui expressa de forma evidente. (*idem*, p. 206).

A independência perante os poderes representativos e a capacidade de anular a legislação produzida pelo parlamento, fizeram-no reconhecer que o tribunal por ele pretendido excederia uma função estritamente jurisdicional. Assim, o tribunal exerceria uma função de “legislador negativo”, obviamente com menos poder que o parlamento, que possui poucas limitações no ato de legislar. No caso do tribunal, as limitações eram impostas pela jurisdição – determinada pela Constituição – e pela passividade, já que a Corte só pode atuar mediante provocação. Nesse sentido, pode-se dizer que o tribunal kelseniano adquiriu uma postura quase-judicial e/ou quase-legislativa. Na via contrária ao posicionamento de Kelsen, Schmitt (dentre tantas outras discordâncias)¹⁹, manifestou-se radicalmente contra a criação de um tribunal que mediasse os conflitos políticos.

No que tange ao tema da guarda da Constituição, Schmitt defendeu que o verdadeiro defensor da Constituição deveria ser o *Führer*. Sua oposição à idéia liberal da divisão dos poderes proposta por Montesquieu é justificada por sua definição de democracia e por sua ojeriza à tendência de neutralização da política. “O Estado Parlamentar é um Estado de Partidos de Coalisão instável. Deste modo, segundo Carl Schmitt, ao invés de ser o cenário em que atuam representantes nacionais livres, no lugar de ser o transformador dos interesses de partido em uma vontade acima deles, o parlamento converte-se no teatro da distribuição pluralista dos poderes sociais organizados. São duas as conseqüências inevitáveis desta situação: há a incapacidade de obtenção de maiorias e de atuação em razão do pluralismo ou a maioria que eventualmente se constitui busca utilizar todas as possibilidades legais como instrumentos e meios de assegurar seu poder. Quando o Estado se transforma em uma estrutura formalista não há mais fidelidade ao Estado ou à Constituição, mas fidelidade a organização social, colocando em risco a formação da unidade política [...] A saída é um poder neutralizador, que, utilizando-se dos poderes de exceção, consiga excluir quem é hostil ou estranho à ordem política, podendo jogar a legitimidade contra a legalidade e, assim, excluir o inimigo” (BERCOVICI, 2004 p. 82-83).

Em um escrito tido como possivelmente oportunista²⁰, Schmitt radicaliza a idéia de responsabilidade constitucional do *Führer*, estabelecendo que cabe a ele a manutenção da ordem e das instituições (MACEDO JÚNIOR, 1993, p. 79).” CARVALHO, Ernani. *Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspecto relevantes de sua gênese e desenvolvimento*. Artigo publicado na Revista de Sociologia e Política. Ano 2006. Disponível em: << http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782007000100011&script=sci_arttext>> Acesso em 10 de outubro de 2012.

A depender das peculiaridades dos momentos constitucionais vigentes, adaptações se fazem necessárias e “naturalmente” exigidas e “impostas”, já que novas articulações emergem frente às demandas sociais, políticas e culturais, bem como à maturidade institucional dos órgãos estatais e evolução democrática do povo atingida.

O Direito assim dialoga constantemente com a História, os fatores reais de poder atuam ostensiva e ativamente na construção e projeto de poder do Estado existente e sistema constitucional estabelecido ou que se pretende estabelecer.

A respeito da expansão do Poder Judiciário e sua proeminência na política, vale reportar às constituições da Europa no período pós- 2º guerra mundial, quando estas deixaram de ser cartas procedimentais para ostentarem importante papel e teor axiológico, como salienta Luis Prieto Sanchís em *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (2003, pp.107-117), a partir daí o Judiciário e cada juiz per si foi tido como um “guardião das promessas”⁶, sendo depositário de grandes expectativas como agente transformador e concretizador do projeto civilizatório da Modernidade com idéias e metas humanistas e emancipadoras.

Analisando a atuação dos Poderes, sua dinâmica externa (como é percebida sua articulação) perante a sociedade e até outros Estados, sua dinâmica interna e interação entre si, salienta-se, no mesmo sentido que sinaliza Daniel Sarmiento⁷, que quanto ao processo de tomada de decisão (tendo em vista a tomada de *boas* decisões), “*pressupõe [se] a capacidade do agente de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil se conseguir no âmbito da jurisdição.*”

Quanto a isso, discorre o mencionado autor haver para cada tipo de decisão, pela complexidade do ato, gestão de recursos envolvidos e demandados e riscos a serem assumidos e minimamente estimados, um ambiente propício. Do contrário, faltará o pleno acesso de informações, espaço de discussão e participação devida (a quem “de direito e por dever técnico”) que exige cada tipo de matéria e controvérsia.

Observando-se a rotina da prática judicial, verifica-se que o tomador da decisão judicial se inclina ou está mais “condicionado” e a “adotar” como hábito (*habitus* de

⁶ GARAPON, Antoine. **Le Gardien de Promesses: Lê juge et la démocratie**. Paris: Éditions Odile Jacob, 1996.

⁷ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea* (coord. Daniel Sarmiento). pp. 113- 146. 2009. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro.

Bourdieu⁸) a *visão de túnel*, menos consciente ou voltada ao “todo”, ao que orbita, sendo muito mais focada e restrita, uma visão convergente em determinado ou poucos pontos – por uma necessidade de seletividade operada pelo próprio código do Direito: lícito/ilícito⁹

O fenômeno da judicialização da política impacta de maneira significativa o tradicional modelo de separação de poderes, promovendo a expansão e “agigantamento” do Judiciário, uma supremacia de sua atuação e de sua posição perante os demais Poderes.

Seja qual for a proposta ou “intenção” de configuração ou desenho institucional do Estado, de articulação e atribuições de seus Poderes, resvala-se inexoravelmente, por ligação necessária, na problemática institucional de definição “de quem deve ter a última palavra sobre a interpretação da Constituição”, que no contexto de Estado Democrático de Direito torna-se o centro da ordem - a pedra angular, e do “como” proceder.

Deve-se evitar por todas as formas a acumulação e concentração descabida de poder que resvala na idéia de tirania, seja ela sob qualquer manifestação, isto é, relacionada a figura de um líder carismático ou militar, a ditadura da maioria expressa em uma supremacia legislativa ou de elites.

Assim, nesse particular, vale dar um passo atrás na História, ainda que seja essa passada alargada, para prosseguirmos dois passos a frente pela retomada de alguns pontos nevrálgicos na consolidação da concepção de democracia e seus valores, revisitando Locke, vê-se que este é enfático quanto afirma que sob a tirania todos os vínculos anteriores são cancelados, todos os outros direitos cessam, e cada um tem o direito de se defender e de resistir ao Agressor, não aceitando a complacência de Barclay e sua limitação ao direito de resistência do “corpo social” (“*Body of the People*”).

Embora o mau-uso do poder seja a melhor definição de tirania, o filósofo enfatiza e lembra que é difícil considerar corretamente o que seria um “mau-uso” ou “desuso” (misuse) do poder, sem saber de fato a Forma de Governo em que se mira.

Assim, quanto ao poder, Locke traça três distinções ou dimensões de uso do poder: 1) o poder paterno; 2) o poder civil e 3) o poder despótico.

O primeiro é o observado entre pais e filhos, aquele cuja origem é a natureza, os homens nascem livres, contudo não totalmente, pois se sujeitam aos pais quanto infantes

⁸ Esse habitus opera como uma espécie de lei tácita (nomos) da percepção e da prática que fundamenta o consenso sobre o sentido do mundo social. BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva. p.349: 2004.

⁹ LUHMANN, Niklas. Die Codierung des Rechtssystems in: *Rechtstheorie*. 1986. p.171-203 Berlin: Duncker & Humblot.

(reflexo da própria lei da razão, para os filhos alcançarem e realizarem seu direito à vida devem se submeter aos pais que lhes garantem a educação e conservação nos primeiros anos ou enquanto permanecerem incapazes de alcançarem a felicidade sozinhos e também de gerirem a própria propriedade – “*Paternal Power is only where Minority makes the Child incapable to manage his property [...] Livro II, Tratado sobre Governo, § 174*).

Bobbio é um dos autores que entende ser crucial essa categorização em Locke no que tange ao ideal do filósofo de pôr em apartado e sem identificação por extensão as três dimensões de poder, independentes uma da outra, a fim de derrubar a concepção de que o Rei exerce um poder patriarcal sobre os súditos, como se fossem crianças que carecem de proteção e orientação de forma permanente.¹⁰

Dessa forma, Locke concebe uma sociedade não sob o modelo paternalista e absolutista, mas finca estacas para uma concepção democrática. Quando trata descreve o *poder político ou civil* fala em *acordo entre os homens*, em igual hierarquia ou mesmo patamar; destacando, que em contrapartida, *o poder despótico é o absoluto e arbitrário*, quando um homem pode tirar a vida do outro quando bem o quiser e a qualquer momento.

Locke põe em campos e espaços diferentes a sociedade civil (comum) da sociedade familiar (privada), apesar de assemelhadas, não são a mesma coisa.

Nessa classificação e concepção, Locke se distancia de Hobbes mais uma vez, o segundo concebia o poder civil com o poder despótico, tendo o monarca como déspota em certa medida com o estrito fim de manutenção da paz e estabilidade, defendendo, portanto, a monarquia absoluta (maior controle dos *homens que são lobos uns dos outros* no ideário hobbesiano).

Para Locke entender essas duas formas de exercício de poder ou poderes como sinônimas também contrariaria qualquer necessidade ou possibilidade de separação entre os poderes Legislativo e Executivo, e por fim poderia atacar mortalmente a propriedade e liberdade, já que o soberano-déspota teria poder de vida e morte e intervenção a qualquer tempo na propriedade dos homens congregados na sociedade civil.

¹⁰BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural. Brasília: UnB, 1997.pp 69-246.

O governo civil e a sociedade estabelecida sob a ótica de Locke teriam como fulcro tão-somente a preservação do interesse burguês, sob uma lógica racional. Havendo a primazia do Poder Legislativo (na divisão do poder civil) sobre o Executivo.

Quando especificamente analisa o que seria definido como tirania em seu contexto político (Common-wealth), Locke expõe como forma de governo na Inglaterra a monarquia hereditária denominando “Assembly of Hereditary Nobility” e “Assembly of Representatives chosen pro tempore, by the People”.

De acordo com Locke apenas com e através do Poder Legislativo pode se ter unicidade de leis, segurança e liberdade¹¹, um direito comum e constituição fundamental. O Legislativo tem proeminência, pois Locke afirma que a lei é uma forma de proteção do homem, além de invasões e conquistas externas, governos são dissolvidos quando a autoridade estabelecida pelo povo de legislar – o Legislativo – é subvertida ou destruída.

Com a constituição do Legislativo há o primeiro e fundamental Ato da Sociedade, o estabelecimento de como as leis serão feitas, pelo consenso e comprometimento do Povo, quando as pessoas que fazem as leis perdem ou não tem a designação para tanto, são havendo autoridade nessa confecção legislativa, não há também dever de observância ou obediência a tais leis, assim assevera:

Pois a lei, em seu mais verdadeiro sentido, não é tanto a limitação, mas muito mais a direção de um agente livre e inteligente no sentido de seu próprio interesse, e só prescreve na medida em que isso for pelo bem geral daqueles que lhe estão submetidos. (Livro II Tratado sobre Governo, §57)

A idéia lockiana de separação de poderes não é de equilíbrio ou nem tampouco se coaduna com princípio de “checks and balances”, antes em sua filosofia política liberal e contratualista discrimina o Legislativo como “o supremo poder da Common-wealth”. Pois acima de qualquer outro Poder, estaria a soberania da vontade popular.

No estado de natureza vigora a autotutela, quando o homem entra em sociedade política renuncia o direito de exercer a vingança privada e exercer a “justiça com as próprias com as mãos”, bem como não mais interpreta a lei da natureza individualmente, o que faz é optar pela centralização tanto administrativa quanto da elaboração e interpretação da Lei.

¹¹ Preocupação acerca da liberdade compartilhada tanto com o antecedente Thomas Hobbes, e posteriormente em Jean-Jacques Rousseau e Maquiavel.

Para Locke, a sociedade civil e governo civil é a solução adequada e necessária aos revezes do estado de natureza, onde há exacerbação de paixões e interesses particulares. Atingir-se-ia um ponto ótimo e possível de manutenção da liberdade e conservação da segurança, a paz pública. Sendo o Estado mínimo, como um guardião de direitos do indivíduo definidos pela própria natureza, atuaria precipuamente na garantia de condições para o exercício de direitos individuais e sua fruição, tais como o de propriedade, regulando e protegendo a economia de mercado.¹²

A justificação do Estado dar-se-ia pelo contrato e não mais por desígnios divinos ou pela tradição, vigorando a Lei da Razão e o Consentimento Racional. Como destaca Celso Lafer¹³, o contratualismo busca a legitimação do poder e governo por meio de um processo ascendente (e não descente, de cima para baixo), onde é do indivíduo que parte a concessão de autoridade e reconhecimento para o soberano. Sendo válido também acrescentar que tal processo de estruturação do poder e governo se orientaria concomitantemente de maneira horizontal, entre os indivíduos, pela mutualidade entre os homens em contrato, acordo.

Como se tem notado, principalmente frente aos recentes acontecimentos e questionamentos de governos ditatoriais e tiranias continuadas, que não são exclusividade do mundo árabe, *democracia* é um rótulo que se presta a abrigar ideologias das mais distintas. Até mesmo autores anti-liberais e ou Estados autoritários já se consideraram democráticos. Isso por óbvio não é admissível. Democracia de verdade pressupõe a participação popular e o controle da maneira como o Estado se comporta. Em outras palavras, é preciso efetivar direitos civis e políticos que possuem custos, já que direitos, como é cediço, não nascem em árvores¹⁴.

Já se falou que a democracia não é um *topos* atingível e factível por não ser possível a manifestação unânime, uníssona e homogênea de um povo ou nação.

Contudo, **modernamente vem-se admitindo a democracia como o reconhecimento da diversidade e vozes dissidentes e não o oposto desta**, a aceitação do outro, de um outro ponto de vista e não a decisão “monologal”, unilateral que deve ser acatada, mas uma lógica dialogal e plural.

¹² SUZUKI, Rodrigo Cintra. *Liberalismo e Natureza: A propriedade em John Locke*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2010.

¹³ LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*, São Paulo, Siciliano, 1991, PP.82-83

¹⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

Portanto, a discussão sobre as capacidades institucionais e a teoria dos diálogos constitucionais são evocadas bem como, oportunamente, contribuem para e na compreensão e formação da mentalidade democrática contemporânea, aliviando tensões em prol do pluralismo e republicanismo.

A capacidade institucional se relaciona com o perfil e o *ethos* profissional do agente ou tomador da decisão¹⁵. Tratando da relação Judiciário-Legislativo no que diz respeito à definição da interpretação e solução de questões constitucionais e o instituto da correção legislativa da jurisprudência¹⁶, como um exemplo de mecanismo de abertura e diálogo institucional, Gustavo da Gama Vital de Oliveira¹⁷ defende que a maior articulação e permeabilidade pela troca de experiências entre os Poderes é algo mais positivo, o que denota o cenário de diálogo e in-puts no intuito de aprimorar (“perfectibilização”, Rousseau. In *Do Contrato Social*) as instituições.

Embora a doutrina mais antiga tenha consolidado o mito da separação de poderes levada às últimas conseqüências por assim dizer, dando ao Estado uma formatação em “departamentos”, burocratizada ao extremo, diante do novo cenário mundial e estado de coisas, impõe-se um novo modelo de Estado, com viés mais gerencial e fluído, aberto às trocas com a sociedade e internamente mais “ágil” e flexibilizado. Em que os Poderes não se encontrem insulados e absolutamente independentes em suas respectivas esferas de atuação, mas haja uma sofisticação dessa dinâmica, agregando-se a noção de atuações coordenadas, bem como aprimoramento institucional pela implementação de modelos de controle/fiscalização e accountability dos atos públicos em geral.

A separação de poderes como técnica de limitação do poder teria um embrião anti-democrático em sua concepção, como explícita peremptoriamente Bonavides¹⁸ no avanço de sua exposição sobre tal princípio estrutural:

Antes, porém, que a realidade contradissesse aquele majestoso sistema de ideias ou pudesse abaixo aquele esboço otimista de organização social, em que a razão humana anunciava no plano teórico a obra de perfectibilidade das instituições, tudo

¹⁵ SARMENTO, Daniel. op. Cit. p.321

¹⁶ A correção legislativa da jurisprudência é fenômeno que tem sido observado na prática brasileira ante o maior ativismo judicial identificado pelo uso e via de emendas constitucionais e atos normativos infraconstitucionais editados pelo Poder Legislativo com o propósito evidente de modificar determinado entendimento jurisprudencial consolidado pelos tribunais, conforme aponta Gustavo da Gama.

¹⁷ DA GAMA, Gustavo Vital de Oliveira. **Estado Democrático de Direito e Correção Legislativa da Jurisprudência.**

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª edição. Malheiros Editores, 2008.

levava a crer no triunfo dos esquemas de técnica constitucional do liberalismo. *[com a separação de poderes]* (...) a evidente mutilação a que se expunha o princípio básico da soberania, uma de cujas características, segundo Rousseau, era a indivisibilidade.”

(...) Devemos entendê-la, pois, como arma de que se valeu a doutrina para combater sistemas tradicionais de opressão política. (...)

Visceralmente antagônico a concentração do poder, foi, portanto, princípio fecundo de que se serviu para a proteção de liberdade o constitucionalismo moderno, ao fundar, com o Estado jurídico, o governo da lei, e não o governo dos homens (...)

Com o moderno Estado Social cresceram, porém, os fins do Estado.

Ora, o princípio de Montesquieu, como vimos, compadecia-se com a diminuição, e não com o alargamento, daqueles fins.

Daí outro motivo para determinar o recuo necessário, se não o abandono a que se acha exposto, na doutrina política de nossos dias, o mencionado princípio, notadamente depois que as necessidades do mundo moderno impuseram ao poder estatal a ampliação de seus fins e o aumento contínuo da esfera de suas responsabilidades. (*nosso acréscimo e grifo*)

De igual modo, Kelsen apresenta que a separação de poderes tal como moldada classicamente, como dogma estaria *no âmago da ideologia da monarquia constitucional* (Kelsen, 2000, p: 89-91). Ressalvando que *talvez* aja também *em sentido democrático* quando significa a não concentração de poder em um só, numa lógica de distribuição de peso de domínio¹⁹.

Na visão de Bruce Ackerman a dinâmica da separação de poderes rígida, pelo menos levando em conta tal técnica ao estilo norte-americano, exporia em verdade o Estado de Direito a “sérios riscos”. Apresenta-se para melhor compreensão da problemática o seguinte exemplo (Ackerman, 2009, p: 93 e 94):

quando o Presidente age investido de sua autoridade plena pode ser bastante fácil persuadir o Congresso a codificar suas iniciativas em uma nova lei. Mas quando o sistema está funcionando no modo de impasse, a alteração legislativa pode ser muito dispendiosa ou mesmo inviável.

Quanto mais o Congresso frustra o desejo do Presidente em transformar o seu programa político em lei, mais ele será tentado a realizar os seus objetivos politizando a

¹⁹ De fato, de qualquer modo que se organize o jogo das forças no Estado, a separação de poderes acarreta a consequência de o órgão legislativo policefálico – no qual só o povo está representado - não poder impor a própria supremacia. Se o poder executivo estiver confiado a um monarca (...) colocado no mesmo plano do poder legislativo em vez de lhe ser subordinado (...) reportar-se-á como poder superior à representação nacional que com ele participa da legislação. (Kelsen, 2000, p. 89)

administração “sobre quaisquer projetos de leis”. Para ir direto ao ponto, uma leitura imparcial dessas leis seria suficiente para concluir que iniciativa presidencial vai bem além dos limites de sua legitimidade. No entanto, por que o Presidente não estimula seus correligionários encarregados da administração a curvar a lei para cumprir o seu programa de administração? (...)

Em resumo, a estrutura de incentivos parlamentares parece melhor nos dois lados da “equação do Estado de Direito”: os custos para modificar a lei são mais baixos e os custos de supressão pela sanção burocrática são mais altos.

Seu diagnóstico acerca da separação de poderes tal como se vê na prática estadunidense na atualidade (e procura-se imitar em outros países, inclusive sendo empregado no nosso) é aterrador, minimamente falando, o modelo desse Estado moderno encontra-se em crise terminal:

Chegamos, então, a uma conclusão desanimadora. A separação dos poderes entre câmara, senado e presidente não só estimula crises de governabilidade em tempos de impasse e lutas desesperadas contra o relógio constitucional que cronometra os momentos da autoridade plena. **Ela não somente milita contra a representação proporcional e estimula o culto da personalidade. Ela também mina a boa forma da separação dos poderes, que pretende explorar a lógica da especialização funcional. Antes de estimular um arranjo constitucional criativo, que conjugue responsabilidade política e perícia técnica, ela hipertrofia a politização da administração pública e corrói o Estado de Direito. (grifamos)**

Por muito tempo o Estado foi estudado como uma máquina, em uma visão mecanicista, de forma contingente, estático, hermética e perfeitamente planejada, compartimentarizada.

Agora, diante de uma sociedade e modernidade líquida, fluída (BAUMAN, 2001) e até diluída sob vários aspectos (multifacetada), ao ente Estado urge maior permeabilidade, como uma espécie de junção de funcionamento orgânico, propiciando-se ambiente de trocas e de abertura entre os poderes, verdadeiro diálogo institucional para maior presteza e prontidão na resposta ao corpo social e também melhor qualidade dessa resposta tendo em vista imperativos como dignidade da pessoa humana, igualdade material, liberdade substancial e cidadania ativa.

Constata-se a impossibilidade de ainda represar os poderes e distanciá-los em trincheiras, e feudos insulados. Não se pode mais negligenciar a necessidade premente de,

perante a realidade constitucional contemporânea, abertura de muitas portas e canais à intercomunicação de poderes.

É evidente que isso não significa a perda de parâmetros e marcos típicos dos poderes definidos para maior eficiência pela racionalização das funções e competências. Tem a ver com a própria necessidade de maior dinamismo no atendimento das demandas sociais, sob o risco de, se assim não se reformular a noção de separação de poderes, anacronismo sem qualquer razão de ser.

Contemporaneamente, após o trauma provocado pelas más versações de cada um dos poderes, mostrando o lado mais nefasto de cada um deles no atual estado de coisas, caminha-se para uma idéia de separação de poderes não na perspectiva da concorrência, da rivalidade (que pressupõe a noção de separação, limites, e a constante preocupação com riscos de invasão), mas da cooperação, coordenação privilegiando e promovendo um amplo diálogo institucional.

Como falado anteriormente, *tirania* tem a ver também com todas as formas a acumulação e concentração descabida de poder que resvala na idéia de tirania, seja ela sob qualquer manifestação, isto é, relacionada a figura de um líder carismático ou militar, a ditadura da maioria expressa em uma supremacia legislativa ou de minorias elitizadas que pode ser identificada na crítica a idéia de uma *Supremocracia* (expressão cunhada por Oscar Vilhena).

Trazemos assim um instrumental atual como exemplo à noção de abertura democrática e interferências harmônicas entre os Poderes, evitando qualquer protagonismo ou hipertrofia institucional que é a figura da correção legislativa da jurisprudência. significando mais uma instância de reflexão democrática, fortalecendo o debate democrático e satisfazendo, por conseguinte, o princípio republicano, dando-lhe concretude e expressão, o que vem a afastar o perigo da aceitação acrítica das posições jurisprudenciais. Conforme aponta Cláudio Ari Mello, tem-se um diálogo coletivo racional entre o Judiciário e a cidadania em geral, representada no Parlamento.

O sociólogo e filósofo Jürgen Habermas²⁰ em seu trabalho denso aponta para um horizonte a ser alcançado de materialização do princípio discursivo. Sendo o procedimento discursivo e deliberativo a via para legitimação das normas jurídicas produzidas pela vontade e manifestação de todos os envolvidos e participantes do debate.

²⁰ *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

O poder político deve ser extraído e estar baseado no poder comunicativo dos cidadãos. Por sua vez, os cidadãos devem ter sua opinião e vontade institucionalizadas no parlamento, além também de se fazerem presentes e ativos nas redes informais da esfera pública.

A soberania, como já dizia Rousseau pertence ao povo. Sendo impossível a democracia direta no atual momento de civilização, vez que hoje se busca reconhecer os direitos políticos e de igual participação ao máximo de pessoas que compõem o Povo, por meio da representação institucional na Casa do Povo, espera-se que os parlamentares ao elaborarem as leis reflitam o interesse da população.

Em sua teoria do discurso, Habermas procura conjugar a concepção de democracia sob o prisma liberal, tendo as eleições regulares como veículo de manifestação da vontade popular e única forma de legitimação do exercício do poder político, com a concepção republicana de democracia, qual seja a de que a vontade popular constitui a sociedade em comunidade política, estando o governo vinculado programaticamente a políticas públicas que tal comunidade realçou como premissas fundadoras e prioritárias.

Segundo Robert Dahl²¹, seguido por Habermas²² neste ponto, pode-se garantir um processo simétrico de deliberação por meio de cinco indicadores: (i) a inclusão de todas as pessoas envolvidas, (ii) chances reais de participação igualitária e equânime, (iii) igual direito de voto, (iv) o mesmo direito para escolha dos temas e definição da agenda e (v) informação suficiente para todos os participantes, de modo a permitir uma compreensão e debate articulado a respeito das matérias.

Por aí se conclui que, por exemplo, não devem desaguar todas as discussões constitucionais no Judiciário, mas se deve lembrar que é a arena política, de forma mais democrática (democracia deliberativa ou participativa), que comporta ou deve ser propícia à multiplicidade de vozes e maior participação do povo (todos os grupos que compõe a sociedade plural, altamente multifacetada, e não restringe somente à ficção do homem médio).

O que é premente e deve ser o foco da democracia é, no que concerne a elaboração normativa, a busca do debate público honesto para adoção de compromissos também públicos e recíprocos, assinalando-se os papéis de sociedade civil participativa e consciente, bem como do Legislativo.

²¹ DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989, p.183/187.

²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Desta sorte, rejeita-se o absolutismo político, como salienta Kelsen em *A Democracia*, quer se trate de uma casta de sacerdotes, de nobres ou de guerreiros, o que se tem é a expressão do relativismo político no exercício do princípio democrático, do amplo e transparente diálogo na elaboração das normas.

No entendimento de Rawls, os poderes devem “desafiar” (positivamente) um ao outro, tal como em um jogo de xadrez, sendo este desafio deliberativo garantidor e meio de alcance de razões de melhor qualidade nas tomadas de decisões e interpretações constitucionais, a razão pública; o ponto ótimo proposto. Pode-se dizer que exigiria a precisão e seriedade do “arco e flecha”: atingir-se de forma mais aproximada a razão pública (o que é essencial), que pressupõe a formação de “consenso sobreposto” em uma realidade de convívio e coexistência democrática.

As razões para a tomada de decisão devem ser articuladas e reconhecidas como razoáveis a todos os participantes do debate, mesmo por pessoas que defendam doutrinas e posições abrangentes e/ou diversas, para garantia da estabilidade e perenidade dos elementos constitucionais essenciais evitando-se o colapso e esgarçamento do tecido social.

A propósito dessa idéia de correção, ou melhor, de aperfeiçoamento ou reenvio institucional, pode, na perspectiva de criação do CNJ, funcionar sob a mesma lógica. A atuação do CNJ é mais do que a de um órgão correcional, uma “mera” corregedoria e entidade de investigação, na verdade, tem a ver justamente com aperfeiçoamento na ótica da *macrojustiça*, nas palavras do Corregedor do CNJ Francisco Falcão (que recentemente substituiu a Ministra Eliana Calmon): *investigar juízes é papel "secundário" do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O papel principal da corregedoria não é investigação. O papel principal da corregedoria é promover e uniformizar os procedimentos do Poder Judiciário, de uma forma que o tribunal do Amazonas tenha a mesma linguagem que o tribunal do Rio Grande do Sul [...] Essa questão disciplinar é uma questão secundária. O CNJ, como órgão nacional, tem que cuidar das questões macro, as mais importantes.*²³

O que teria estreita relação com a concretização do princípio republicano e a segurança jurídica, sendo ou devendo ser o Poder Judiciário uma referência neste sentido, para o Corregedor.

²³Entrevista publicada no portal G1 Política em 12 de setembro de 2012, reportagem de Nathalia Passarinho, disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/09/novo-corregedor-promete-rigor-mas-diz-que-investigar-juiz-e-secundario.html>> Acesso em 10 de fevereiro de 2013.

Nisso também se expressa o princípio da *accountability* e *responsividade* que devem orientar as instituições e o tomador/gestor da decisão, buscando uma “fina sintonia” entre a atuação do agente público e a vontade do povo, o respaldo que confere legitimidade à atividade estatal.

Nesse diapasão, Marcelo Neves propõe uma releitura do princípio da separação de poderes, votando pela circularidade e pela pluralidade dos procedimentos eleitoral, legislativo-parlamentar, jurisdicional e político-administrativo. A pluralidade dos procedimentos exprimiria o dissenso existente na esfera pública. **O controle recíproco, na verdade, na perspectiva da circularidade impede uma decisão definitiva excludente e uma “última palavra” arrogante e presunçosamente imposta acriticamente.** A idéia de controle é, portanto, fundamental. Ora, tal idéia se coaduna assim com a razão e instituição do Conselho Nacional de Justiça, conforme sinaliza o art.103 – B, §4º, II da CRFB/88.²⁴

Assim a circularidade que se emprega e desenvolve tendo em vista as decisões do CNJ insere-se nesse mesmo diapasão de controle atento à vontade da sociedade, em consonância com o princípio do devido processo procedimental, a visão do tempo presente bem como imperativos da segurança jurídica e transparência.

Já que inegável é que para alcance da melhor decisão, garantia de credibilidade e observância de princípios como segurança jurídica e republicanismo é preferível que a decisão passe por filtros procedimentais e seja tida como definitiva após exaustivo debate, guardadas as devidas proporções e possibilidades, no âmbito do órgão que detém a expertise compatível com a matéria, o grau de complexidade e legitimidade democrática em cada caso.

Vale destacar também no que se refere às instituições, pela análise comparativa das vantagens e desvantagens, virtudes e vicissitudes de diversas instituições (os pontos “favoráveis” e “desfavoráveis” de juízes e de legisladores), que apesar de igualmente capazes de oferecer respostas para problemas de mesma natureza, pode demonstrar maior ou menor afinidade e propriedade da atuação de determinado órgão em dada situação, sem violar expressamente regras e funções do desenho constitucional, mas afirmando-se como forma racional e legítima de arranjo e articulação interna do Estado.

²⁴ Cite-se caber ao CNJ o controle interno do Poder Judiciário, podendo apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei.

É importante ressaltar que o exercício da gestão pública e de suas avaliações não se pretende ao exercício de “futurologia” ou coisa que o valha. Antes tem a ver com a noção de *accountability* (vinculada à idéia de apuração e transparência) frente a cada decisão tomada, e também a *responsividade* (resposta – para aqueles que fazem a distinção entre os dois princípios), mesmo sem uma pergunta previamente suscitada, pela própria natureza e relevância da decisão pública endereçada à sociedade.

Como destaca Daniel Sarmento a propósito “*o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda...*”²⁵

Não se pode olvidar na esteira de proteção de direitos fundamentais que, a principal proteção de direitos humanos e fundamentais não se encontra exclusivamente situado no âmbito do Judiciário (que deve agir pedagogicamente na ortopedia social), mas sim tem a ver com uma cultura de direitos consolidada na comunidade política.

1.1. A Criação do Conselho Nacional de Justiça – inovação na esfera de controle e fiscalização institucional;

Ante a constitucionalização crescente e avassaladora, tem-se a ocorrência de maior expansão e impactante relevo da Jurisdição Constitucional em nosso país. Ninguém nega a existência e importância para o progresso da democracia no Brasil, entendendo por democracia o momento que vivemos desde 1988 que vem tomando contornos cada vez mais perceptíveis de orientação por uma democracia deliberativa, de uma atuação mais enérgica e progressista dos Tribunais, mas é cediço também e própria da lógica da instituição Judiciária que nenhuma revolução começa ou é alavancada por juízes.

Há que se estabelecer os limites, ou pelo menos tê-los à vista, da Jurisdição Constitucional e da atuação dos Tribunais. Dentro desse contexto de reconhecimento da

²⁵SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.** In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea* (coord. Daniel Sarmento). p.139. 2009. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro.

necessidade de um poder Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas,²⁶ insere-se paralelamente a demanda por controle externo da atuação dos órgãos e poderes estatais na perspectiva de aprimoramento, segundo informa os princípios da responsividade e *accountability*.

Nesse ponto, a criação do Conselho Nacional de Justiça a reboque da Reforma do Judiciário^{27 28} ganha peso e mostra-se como marco no mecanismo de gerenciamento e controle no modelo de Estado Democrático de Direito acrescido da faceta gerencial.

O órgão CNJ surge como a alternativa e promessa de concretização, na perspectiva de Habermas, de uma democracia deliberativa, já que de maneira inovadora é composto por integrantes da sociedade, e como aspecto positivo busca a adoção de metas e proceder o controle de gestão.

Verifica-se a necessidade de convivência entre a independência judicial e a responsividade judicial – *accountability judicial*. De forma balanceada e no justo termo já que a relação entre esses dois elementos se faz por *trade off*.

O Conselho Nacional de Justiça, de acordo com José Adércio Leite Sampaio é “*órgão administrativo constitucional do Poder Judiciário da República Federativa do Brasil com status semi-autônomo ou de autonomia relativa*”. Não identificável como órgão da União, mas instituição federal de âmbito nacional, com seu caráter federativo confirmado pelo STF, compõe a jurisdição uma e indivisível, (ADI n. 3.367-DF), nos termos do exarado pelo Supremo Tribunal é órgão ““democratizado na composição por meio da participação minoritária de representantes das áreas profissionais afins” (§ 11 do voto do Ministro Cezar Peluso), Deve ser entendido que o CNJ é vinculado ao STF, não possuindo autonomia orçamentária ou financeira, como se depura do texto constitucional, não podendo ser

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política No Brasil Contemporâneo*. p.7

²⁷ STF, TRIBUNAL PLENO, ADI 3367, Relator Ministro CEZAR PELUSO, DJU 17.03.2006

²⁸ No final dos anos 90, a reforma do Poder Judiciário virou prioridade de governo, por atrasos na venda da Vale do Rio Doce. Foram editadas as Leis 9.868 e 9882, regulamentando processo e jurisdição constitucional, sendo aberto o processo aos *amici curiae*. Simultaneamente, 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. Com a entrada na presidência do STF de Nelson Jobin, mudou-se totalmente de direção, sendo que este era favorável ao controle externo do Judiciário. A proposta de número 29/2000 foi aprovada com a Emenda Constitucional n°. 45/2004, promulgada em 08.12.2004, introduzindo precipuamente as seguintes mudanças: a) a criação do Conselho Nacional de Justiça; b) a criação da súmula vinculante; c) a extensão da eficácia vinculante às decisões definitivas em ação direta de inconstitucionalidade etc. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de justiça e a independência do Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 107).

caracterizado como autônomo, já também que a sua Presidência coincide com a Presidência do STF. O que por um lado reforça o argumento de que não houve violação ao princípio da independência do desse Poder.

O órgão em tela é composto de 15 membros com mais de 35 e menos de 66 anos de idade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dois anos, admitida uma recondução. São órgãos do Conselho 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 (Regimento Interno do CNJ, art.2.º).

Os Conselheiros são selecionados e oriundos de diferentes profissões jurídicas, com a ressalva de que acadêmicos não integram o CNJ, como se verifica em Conselhos de outros países da América Latina.

O §3º. do art. 10 do RICNJ preconiza que os Conselheiros têm as mesmas garantias que a Magistratura, exceto, a vitaliciedade, haja visto ser o mandato eletivo. Dotados das mesmas prerrogativas, impedimentos constitucionais, suspeições e incompatibilidades que os magistrados. Assim constituído o quadro do CNJ por: nove magistrados, dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos, com atuação ainda do Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB. No que diz respeito aos magistrados são da seguinte forma selecionados: três ministros, três juízes de segundo grau e três de primeiro grau, havendo diversidade de ramos: Justiça Especial (STF, STJ e TST), e a Justiça Comum. Essa composição reafirma os princípios democrático e federativo, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na citada ADI n. 3.367-DF.

Frisa-se que o CNJ pode sugerir projetos de lei.(Art. 4º do RICNJ). Competindo ao Plenário do CNJ o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, como zelar para que o Poder Judiciário cumpra os princípios contidos no artigo 37 da CRFB/88.

Remarca-se o papel do Supremo Tribunal Federal no controle da atividade regulamentar do CNJ, exercendo controle não apenas sobre a forma, mas sobre o conteúdo dos regulamentos do Conselho.

Quanto aos princípios que regem o órgão em comento, estabelecidos por seu Regimento Interno (até que se acresça e elabore futuro Estatuto da Magistratura), segundo pontua Sampaio, são elencáveis:

a) Princípio da oficialidade:

O CNJ pode adotar providência de ofício quanto aos seus procedimentos, sem necessidade de provocação, o que caracteriza a natureza de órgão puramente administrativo.

b) Princípio do formalismo mitigado:

Não há formas rígidas na elaboração do processo de controle de ato administrativo, mas há um formalismo mínimo. O processo é gratuito e todos os atos da instrução processual devem ser realizados da forma menos onerosa aos interessados (Lei nº. 9.784/1999, art. 29, §2º.).

c) Princípio da gratuidade:

Não podem ser cobradas despesas processuais do interessado ou da parte até que haja previsão constitucional.

d) Princípio da ampla defesa e do contraditório:

Por determinação constitucional (Constituição Federal, art. 5º, LV), são assegurados o contraditório e a ampla defesa, especialmente ante a possibilidade da aplicação de sanção no processo litigioso. Logo proposto e instaurado o processo administrativo, o relator deve dar conhecimento à autoridade que praticou o ato, determinando sua oitiva, e, por edital, dos eventuais beneficiários de seus efeitos, no prazo de 15 dias. A intimação do interessado e da autoridade deve ser feita para que tomem ciência de atos que lhes possam resultar em deveres, ônus, sanções ou restrições de direitos e atividades ou de atos, em geral, de seu interesse, bem como para apresentarem provas ou prestarem informações, sempre com o prazo mínimo de três dias. Intimação irregular pode ensejar nulidade, mas o não cumprimento do ato que determinou a intimação não importará em revelia ou qualquer presunção de veracidade. Por certo e dedutível do nosso sistema constitucional, não são aceitáveis provas obtidas por meios ilícitos, em virtude de preceito e garantia constitucional.

e) Princípio da publicidade:

O processo é público, podendo ter acesso aquele que demonstrar interesse. As sessões são públicas, com a exceção da presença de sigilo constitucional e direito à intimidade e privacidade.

f) Princípio da participação social:

A Lei nº. 9.784/1999, segundo Sampaio, prevê três mecanismos de participação social aplicáveis: “a consulta pública (art. 31), a audiência pública (art. 32) e a participação dos

administrados diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidos (art. 33)”.

As duas primeiras ocorrem quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral ou de grande relevância e o Conselho entender necessária a manifestação de terceiros ou a realização de audiência pública. A abertura de consulta pública deve ser objeto de divulgação pelos meios oficiais, fixando-se prazo para alegações escritas. Os resultados devem ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Pressupõe-se que o CNJ deve adotar a mesma postura do STF quanto à participação da sociedade, ou seja, de consulta pública, ou, ao menos, às associações de classe e aos diversos Tribunais, também pelo princípio democrático, plenamente aplicável ao novo órgão.

g) Princípio da celeridade:

O princípio da celeridade vem expresso nos vários prazos prescritos. Os prazos não serão suspensos e começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. Eventual irregularidade ou vício processual só deve importar nulidade se ocorrer efetivo prejuízo ao controlado, investigado ou processado.

h) Princípio da motivação:

Qualquer decisão tomada pelo Conselho Nacional de Justiça deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Em conclusão, se um ato administrativo for considerado ilegal, ilegítimo ou antieconômico, nos termos do Regimento, “não ilidido o fundamento” do pedido ou da proposição (art. 95), o plenário determinará: a) a sustação da execução do ato impugnado; b) a desconstituição ou a revisão do respectivo ato administrativo; c) o afastamento da autoridade competente pela prática do ato impugnado, fixando prazos para que sejam adotadas as providências necessárias ao exato cumprimento da lei ou dos atos do Conselho.

Os procedimentos estão exaustivamente previstos no Título II do Regimento Interno do CNJ aprovado recentemente. As sessões do Plenário podem ser ordinárias ou extraordinárias. O “quorum” mínimo exigido é de dez de seus integrantes. As decisões do Plenário do Conselho e das comissões serão tomadas pelo voto da maioria simples dos Conselheiros presentes, exceto nos casos em que haja exigência de quorum qualificado.

O Artigo 102 do novo Regimento Interno do CNJ dispõe que o Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante resoluções, instruções ou enunciados administrativos e, ainda, recomendações.

A proposta da edição de ato normativo ou regulamento tem a iniciativa de Conselheiro ou da decisão do Plenário quando apreciar qualquer matéria, ainda quando o pedido seja

considerado improcedente, podendo ser realizada audiência pública ou consulta pública. A edição do ato normativo deverá ser apreciada em duas seções plenárias, salvo em caso de urgência, sendo seus efeitos também decididos em plenário. Terão força vinculante, após sua publicação no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do CNJ, devendo mencionar os atos legislativos em que se fundamentam.

O Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça também estabelece os ritos procedimentais dos demais atos atribuídos aos Conselhos, com a aplicação subsidiária da Lei 9.784/1999, que fogem do foco do presente estudo.

No tocante a caso de suspeita de irregularidade na prática jurisdicional, a autoridade pública e os cidadãos devem representar ao CNJ contra os membros ou órgãos do Poder Judiciário e seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro. Todo pedido que não possua designação específica será incluído na classe de “pedido de providências”. As reclamações ou denúncias relativas aos magistrados e aos serviços judiciários devem ser feitas ao Ministro-Corregedor. Esta é uma competência concorrente à das Corregedorias dos Tribunais, tendo o CNJ a prerrogativa de avocar eventual processo em trâmite.

A doutrina especializada e que se dedicou ao estudo do caso brasileiro, conclui que o Conselho brasileiro se afasta dos modelos criados, na Europa, que não possui poderes de iniciativa de lei nem de coordenação dos processos seletivos e dos cursos de aperfeiçoamento dos Juízes ou do sistema de promoções, embora tenha editado regulamentos no sentido das referidas matérias.

Contudo não se pode ser ingênuo e descuidar das constrações do própria instituição, dentro da lógica do sistema luhmanniano jurídico, a representação da sociedade civil no órgão é pífia – apenas 02 (dois) membros – sendo o restante egresso de instituições do Estado, remanescendo o hermetismo e fechamento operacional da idéia de Luhman, no máximo permitindo-se um acoplamento estrutural, irritações sistêmicas contingenciais e “contingenciáveis”.

A nova arquitetura social demanda novas interações e relações e assim também um desenho, ferramental e mecanismos que traduzam e permitam a concreção do ideal de democracia deliberativa, ante ao intenso diálogo social agudizado pelos diversos meios atualmente acessíveis e disponibilizados de comunicação e informação, fala-se diálogo ou diálogos institucionais.

Emprestando noções e definições da Ciência Política, pode-se categorizar duas formas puras de abordagem da atuação do juiz: (i) o modelo atitudinal – que se pauta no perfil do juiz para estudar e analisar sua decisão, muito mais do que em qualquer método de interpretação que possa ser adotado para leitura da norma e sua aplicação e (ii) o modelo legalista – modelo e perspectiva típica do Direito, que encara o mundo do direito no vácuo, acreditando que o juiz apenas aplica o direito posto e não cria direito (que traz a idéia de imparcialidade embutida e tem a ver com a auto-percepção profissional, o ethos do juiz e sua postura interna)

Mas esses modelos não podem pela força da realidade e do mundo fático serem adotados como uma leitura adequada da prática institucional no que tange ao Judiciário, nesse particular, pois muitas vezes há uma oscilação quando não mescla entre os dois extremos e modelos idealizados. Há ainda, segundo a visão do neo-institucionalismo, uma postura adotada pelos operadores do direito_ leia-se aqui especificamente magistrados_ de caráter estratégico, que tem a ver com atitudes e mecanismos de reação da instituição frente o “ataque” dos demais Poderes.

Descortinando a postura dos agentes das instituições políticas sob a melhor luz possível como diria Sunstein e Vermeule, que se debruçaram no estudo das *Instituições e Interpretações*, a interpretação da Constituição, sua aplicação e exercício da competência se dá sob a **lente institucional**.

O desenho de um ambiente de tomada de decisão deve levar em conta não apenas a possibilidade de erro de uma inclusão abaixo ou a cima do que o texto normativo diz _ quanto à fidelidade às regras frente ao real_ mas, principalmente os erros, de perversão, cometidos menos por tomadores de decisão “*salomônicos, liberados de regras previamente estipuladas*”²⁹, e procurariam ser mais cuidados em situações excepcionais que os expõe publicamente, *nas palavras de Schauer*, e mais quando eles se encontram investidos de poder para aplicar um acervo de justificativas que subjaz de forma direta aos casos em que têm que decidir, quando se ornamentam com a *imparcialidade*.

Seres humanos são seres políticos, além de falíveis, e por mais espantoso que possa parecer juízes são seres humanos que são afetados e afetam a política, assim como frisado já questões de interpretação não podem ser adequadamente resolvidas sem atenção a questões

²⁹ SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Public Law and Legal Theory Working Paper n.º28, The Law School, The University of Chicago.

institucionais, o ponto fundamental de discussão do artigo de Sunstein e Vermeule. Não se pode perder de vista a atenção à falibilidade do interprete e aos prováveis efeitos dinâmicos; necessidade de desviar das armadilhas cognitivas – para além das visões bitoladas e superficiais tanto dos métodos de interpretação, do texto, e da própria realidade e os valores sociais vigentes (seja a armadilha em que caem os teóricos da interpretação é de: “como eu decidiria o caso se eu fosse um juiz? mas sim como efetivamente os juízes reais decidem ante suas constrações institucionais. A questão chave parece ser, “como poderiam juízes perfeitos decidir casos? Ao invés de “como juízes falíveis deveriam proceder, na consciência de suas falibilidades e suas posições no complexo sistema de ordem privada e pública?”);

Segundo Sunstein e Vermeule ainda, os autores do positivismo na era moderna que trabalham com as noções de propositivismo e integridade como Hart e Dworkin, procedem como se a questão dissesse respeito somente a necessidade de orientação por figura idealizada do juiz e como esta lida com problemas de interpretação, não como um juiz do mundo real, operando como parte de uma *comissão de tomada de decisão* composta por múltiplos atores, e que deve prosseguir em face da incerteza, a discussão nunca se encerraria definitivamente.

Assim, o papel distintivo e crucial do CNJ se delinea a fim de *contribuir para a que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade*.³⁰

Pormenorizadamente à análise da entidade CNJ, tanto no que diz respeito à ADI 3367³¹ quanto ao MS 28712, que discutiu as competências do referido órgão.

É fundamental ao Estado de Direito a independência judicial, contudo não o extremo da independência que é a total arbitrariedade, todo Poder se expõe ou é ameaçado pelo risco

³⁰ Extraído do portal do CNJ, disponível em <<<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>> acesso em 05 de outubro de 2012.

³¹ Segundo a análise de Oscar Vilhena: “Na medida em que a atuação do CNJ foi colocado em xeque práticas institucionais e condutas individuais incompatíveis com a Constituição, uma nova reação foi se formando nos setores mais conservadores da magistratura, redundando na ADI 4.638, em que não mais se questionava a própria existência do CNJ, mas a validade de algumas de suas atribuições, em especial sua competência originária para realizar apurações, independentemente da atuação das corregedorias dos tribunais. Para a AMB o CNJ só deveria atuar após as corregedorias terem esgotado seus procedimentos ou, ainda, se estas houvessem sido completamente omissas no exercício de suas atribuições. Pleiteava, assim, uma competência subsidiária. Caso o Supremo houvesse acolhido o pleito da AMB, o objetivo da Emenda 45 de romper o círculo de proteção corporativa teria se esvaziado. A grande inteligência da emenda foi estabelecer um órgão que não sugou as competências das corregedorias dos tribunais, tirando-lhes a responsabilidade primária por realizar a atividade correcional, mas sim criando um forte incentivo para que elas cumpram suas obrigações de forma exemplar, sob o risco de passarem pelo constrangimento de ver os magistrados sob sua jurisdição sujeitos a outra esfera de apuração”.

do excesso de poder ante a falta de controle desse poder (que antes de *potestas* constituiu-se em poder-dever).

Não há como se perder de vista o risco ou ameaça de perversão do poder e, conseqüentemente, a perda da legitimidade do poder, o que releva um lado da crise institucional. Não há poder imune à fiscalização e controle, como já salientou em diversas ocasiões e reiteradamente o ilustre Ministro Celso de Mello³².

O Conselho Nacional de Justiça exerce, por integrar a estrutura do Judiciário, controle endógeno e não exógeno, não violando dessa forma a independência dos magistrados ou a autonomia dos Tribunais, segundo salientou o Supremo Tribunal Federal em julgados, o CNJ controla apenas e tão-somente o exercício atípico das funções administrativas pelos Tribunais, e não a função jurisdicional (típica), que seria controlável pela própria sistemática recursal.

O STF não vislumbrou no CNJ traço algum de veiculação de controle externo, nem tampouco o caracterizou ou tratou propriamente como um tribunal, mas à luz do art.92, inciso I, alínea “a” da CRFB/88, é órgão de controle endógeno.

Vale registrar posição exarada sobre a atuação do CNJ e a virada que representou no arranjo institucional, com certo tom de atenção e cautela, em julgado de 30 de novembro de 2011, quando da apreciação do MS 31018 MC/DF, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, em sede de medida cautelar em MS perante o STF:

(...), como os ministros Celso de Mello e Eros Grau, em favor tese da atuação subsidiária e residual do CNJ, ora defendida. O Tribunal, contudo, não se pronunciou em definitivo sobre a matéria, que permanece sob o império das manifestações monocráticas. (...)

A criação do Conselho Nacional de Justiça foi o resultado de um processo histórico. Os embates entre os defensores dessa nova forma de controle do Poder Judiciário e seus adversários marcou-se por uma diferenciada visão das atividades de correição, planejamento e organização da magistratura. De um lado, aqueles que acreditavam na suficiência do modelo então em vigor. De outro, os que percebiam o esgotamento das estruturas constitucionais e legais, cuja manutenção implicaria a contestação do Poder

³² Entrevista concedida a Revista Consultor Jurídico, em 14 de março de 1999. Disponível em <http://www.conjur.com.br/1999-mar-14/celso_melo_defende_mudancas_radicais_justica> Acesso em 25 de janeiro de 2013.

Judiciário como instituição apta a corresponder às expectativas do povo brasileiro.

Reduzindo-se o âmbito do exame desse processo histórico ao campo correicional, é evidente que a missão do CNJ era romper com a inércia, a falta de estrutura e as limitações de ordem sociológica das Corregedorias dos Tribunais. Essa viragem foi uma das marcas mais significativas do novo regime jurídico-disciplinar inaugurado pelo CNJ. Na realidade, ele subtraiu o controle da moralidade administrativa da magistratura dos órgãos e das elites judiciárias locais, para colocá-lo em poder de um elemento externo, nacional, descomprometido com as particularidades regionais. É o avanço do elemento republicano sobre o federalista, naquilo que se concerta com a eficiência na solução de desequilíbrios de poder e de uso do Direito por grupos específicos.

Neste ponto compete, em atenção ao remarque feito quanto ao relatado pelo Min. Dias Toffoli, salientar que para o julgador em questão o CNJ vem como mecanismo de modernização, independência e progresso na medida em que retira poderes das elites estaduais, e assim tem plenas condições, cumprindo sua finalidade, de investigar os Tribunais dos Estados.

O CNJ foi criado, na ótica de Toffoli³³, para trazer para o âmbito nacional a análise do funcionamento dos Judiciários estaduais. E ainda, dentro dessa perspectiva, para o Ministro Dias Toffoli, as duas questões que se apresentaram como cruciais e a serem decididas à época de liminares proferidas, respectivamente, pelos Min. Marco Aurélio Mello e Ricardo Lewandowski, sobre a gestão do Judiciário e a investigação de seus quadros, tem a ver com uma única limitação ao Conselho: *O CNJ não pode é deixar de proceder dentro das regras do jogo, o limite é a atuação nos estritos limites e exigências do devido processo legal.* Assim prossegue o voto da lavra de Toffoli por ocasião do do MS 31018 MC/DF:

O CNJ, nesse sentido, tem a missão constitucional de trazer para as luzes do cenário nacional aqueles problemas internos da judicatura, mais comuns e semelhantes do que se imaginava. Essa transferência é também um deslocamento do poder e isso não se faz de modo suave. Hão erros _ e o CNJ_ os há cometido não poucas vezes – mas o processo histórico

³³ Entrevista concedida à Revista Época, reportagem de Eumano Silva e Leonel Rocha, publicação de 06 de janeiro de 2012, disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/01/o-cnj-tira-poderes-das-elites-estaduais.html>> Acesso em 27 de janeiro de 2013.

não pode ser revertido, a não ser que o STF, em nome de alguns aspectos de ordem técnico-jurídica, resolva de tê-lo. Mas, como disse Victor Hugo, em Os Miseráveis, a marcha da História é inexorável. Quando muito se consegue retardá-las, mas, quando as energias do tempo irrompem, os efeitos dessa retomada são muito mais drásticos. Se, como disse o autor francês, a reação deteve a mudança nos campos de batalha de Waterloo, em 1815, e no Congresso de Viena, a Revolução, fez-se duplamente implacável em 1848

Não há espaço para bizantinismos neste campo. A legitimidade constitucional do CNJ emerge da vontade soberana do povo brasileiro, que entendeu, por meio de seus representantes no Congresso Nacional, subverter a ordem de correção jurisdicional e trazê-la para o foro republicano daquele Conselho, que deverá conservá-lo enquanto bem servir ao interesse de seus principais favorecidos, os jurisdicionados, que só almejam uma distribuição de Justiça equânime e moralmente inatacável. Reitero, enquanto bem servir, pois não é admissível que o CNJ extrapole suas competências, desmoralizando a si mesmo e criando um novo e desgastante contencioso neste já assoberbado Pretório.

Ora a reação da corporação judiciária, como Oscar Vilhena denota que “embora irracional a longo prazo, era previsível” e também esperada, visto que a questão central era a própria legitimidade do Poder Judiciário. Assim a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) fez uso da via judicial em 2005 e se dirigiu ao Supremo Tribunal Federal, questionando em sentido amplo a legitimidade da criação do CNJ, por entender que a emenda afrontava o princípio da separação de poderes.

Diante da repercussão pública e pressão social gerada após a entrevista da Ministra Eliana Calmon, visivelmente o STF se viu pressionado e instado a decidir favoravelmente à criação do CNJ, mudando inclusive o dia de julgamento da matéria para um rearranjo ou reorganização, alguns estudiosos da área como Diego Werneck³⁴, afirmam que a motivação da decisão foi claramente influenciada e dirigida pela opinião pública e mídia, e os Ministros deixaram de expressar suas preferências sinceras, uma vez que se contraste com seus pronunciamentos e entrevistas anteriores.

³⁴ Por ocasião da palestra “O Supremo e a Opinião Pública” proferida na FGV em 11 de julho de 2012. Salientando-se que há uma distinção essencial a ser feita entre as decisões das Cortes Superiores, há a chamada decisão sincera e o que se denomina decisão estratégica (institucionalmente da Corte, para granjear capital político frente aos demais poderes e de legitimidade que lhe falta no quesito representatividade decorrente de via eleitoral).

Ainda conforme manifestação do Ministro Celso de Mello frisou que, em entrevista, num regime republicano não há esfera de poder que deva ficar imune à fiscalização, acrescentando que o controle social é indissociável de tal regime, e nas dimensões executiva e legislativa ou judiciária não há sentido que o exercício do poder se faça sem limites impostos pelo controle respectivo.

Ninguém pode pretender-se excluído da fiscalização social, porque ninguém é imune a erros ou críticas.”(...) “O juiz deve ser essencialmente independente para que o cidadão seja livre. É clara a relação de causa e efeito entre o direito do cidadão à liberdade e o reconhecimento da independência da independência do magistrado.(...) O cidadão tem direito a um governo honesto, tem o direito inquestionável de ter administradores íntegros, legisladores probos e juízes incorruptíveis.³⁵

O caso japonês é peculiar e instrutivo, desde 1947 estabeleceu-se que o juiz da Suprema Corte, uma vez nomeado fica sujeito à reavaliação dos cidadãos, nas eleições para o Legislativo. Os juízes são nomeados pelo Gabinete (do Parlamento), por intermédio de atestação do Imperador, e após a nomeação dos magistrados do Tribunal Superior estão sujeitos a referendo popular na primeira eleição geral, o que se repete depois a cada 10 (dez) anos. Na cédula, o eleitor responde se deseja ou não a manutenção do juiz no cargo, o que busca respeitar a vontade da população segundo exige o padrão democrático desejado.

Importante contribuição acerca dos Conselhos Nacionais de Justiça do Brasil e da Argentina, em estudo comparativo³⁶, foi feita pela pesquisa desenvolvida pelos juristas Alexandre Veronese³⁷ e Eduardo Manuel Val³⁸.

Os autores comparando a criação e estrutura do CNJ ao Consejo de la Magistratura Argentino³⁹. Ambos os órgãos originaram-se de reforma constitucional nos respectivos países,

³⁵ Entrevista citada anteriormente concedida a revista eletrônica em 1999.

³⁶ Professor Assistente do Departamento de Direito Público da Universidade Federal Fluminense (UFF), Pesquisador Associado do Setor de Direito da Fundação Casa de Rui Barbosa, Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/ UFF) e Doutorando em Sociologia no Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (Iuperj).

³⁷ Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre e Doutor em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

³⁸ *Notas Comparativas acerca dos Conselhos Nacionais de Justiça do Brasil e da Argentina. Rio de Janeiro, v.14, n.1, p.07-21, 2008. Revista Ciências Sociais. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/ciencias_sociais/cs_v14_n1_artigo01.pdf>Uma versão preliminar foi apresentada como Comunicação, realizada no GT de Direitos Humanos da VI Reunião de Antropologia do Mercosul. Montevidéu, 15-18 nov. 2005. Acesso em 29 de novembro de 2012.*

sendo certo que a base política externa para constituição desses órgãos congêneres é a mesma, na esteira de reformas políticas e econômicas liberais incentivadas por organismos internacionais como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Mundial.

Encara-se o Poder Judiciário como “um aliado de desenvolvimento econômico e social” e assim tais inovações seriam adaptações na América Latina, à época da criação desses órgãos, de um modelo europeu de organização judiciária, tendo três paradigmas como fundamentais: (i) o francês, (ii) o espanhol e (iii) o italiano.

O citado estudo identifica tanto os sistemas judiciários brasileiro e argentino como mais difusos, “dispersos e heterogêneos do que a contrapartida dos originais europeus”, assim os sistemas latino-americanos em destaque teriam maior pluralidade na interpretação dos seus direitos nacionais. Para o trabalho desenvolvido por esse estudo comparativo, a maior preocupação é que “a ausência de atenção às peculiaridades culturais acaba por derruir, no mais das vezes, as propostas de ‘modernização’ dos sistemas sociais com especial ênfase no caso dos sistemas jurídicos.

Peculiaridades do modelo brasileiro e argentino valem a pena serem pontuadas, segundo demonstra a mencionada pesquisa: enquanto a formação do Conselho Nacional para o controle do Judiciário no Brasil se assenta “na perspectiva de introduzir racionalidade administrativa e gerencial a um sistema que é muito pouco integrado e extremamente díspar”, o Consejo Argentino possui maior representatividade advinda do Poder Legislativo, mais até do que da própria magistratura, e ainda há representação direta do Executivo, o que não se repete no caso brasileiro.⁴⁰

Muito recentemente, o professor constitucionalista Oscar Vilhena Vieira publicou artigo tratando da criação do CNJ e sua relevância na atual conjuntura e articulações dos órgãos políticos e estatais.

Salienta Oscar Vilhena a existência de um ambiente de “desconfiança no direito e em suas instituições” que aumentaria dos denominados pelo autor de “comportamentos oportunistas dos atores sociais, bem como cria enormes custos para o desenvolvimento”. Remontando à noção de que “uma das funções mais importantes do direito é a estabilização

³⁹ O Consejo de la Magistratura Argentino tem ampla autonomia administrativa e pode processar e julgar desvios éticos.

⁴⁰ Destaque para a ADIN n.º 3.367 ajuizada pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) contra a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 a fim de que fossem vedadas todas e quaisquer representações externas à magistratura no Conselho Nacional de Justiça, principalmente no tocante ao “risco” de indicações do Legislativo. A ação foi julgada improcedente, DJU 13 abr. 2005.

de expectativas futuras”, ou seja, de que direito se presta precipuamente à estabilidade e segurança (como diria Schauer), orientando a conduta e comportamentos dos indivíduos, suas expectativas e pretensões no âmbito social.

Assim, destaca o citado autor sobre a finalidade do direito, a sensação de segurança ante as ações reguladas, e diante da atuação do direito a demonstração de suas áreas de fragilidade e bem como brechas do próprio Estado:

Planejamos nossas condutas no cotidiano, realizamos investimentos, projetamos políticas públicas de mais longo prazo na expectativa de que não seremos arbitrariamente frustrados. Da mesma forma, um comportamento cidadão de respeito ao outro e à coisa pública está diretamente associado à expectativa de que o Estado e os demais cidadãos cumprirão suas obrigações em relação aos demais. Não estou aqui falando apenas de grandes expectativas econômicas, mas de ações simples do cotidiano: ir caminhando ao cinema sem o temor de ser roubado ou violentamente abordado pela polícia; exercitar a liberdade de expressão sem correr o risco de ter o direito de crítica duramente repreendido; adquirir uma medicação partindo do pressuposto de que ela foi devidamente avaliada etc. A incerteza provocada pela impunidade, pela não realização de obrigações constitucionalmente impostas aos agentes públicos e pelo descumprimento de obrigações contratuais gera um efeito perverso, que é a generalização de comportamentos arbitrários e oportunistas, aumentando os custos para a realização de investimentos públicos e privados que poderiam alavancar nosso processo de desenvolvimento, além de aumentar o sofrimento cotidiano de todos nós. Nesse contexto de transformação social visível e avanços econômicos também significativos, como lidar com as inúmeras fragilidades do nosso estado de direito? É evidente que múltiplos são os caminhos: pressão democrática, demandas do mercado ou mobilização da sociedade civil. As mudanças são fruto de ações não necessariamente planejadas, mas que contribuem para a adaptação e renovação do direito e suas instituições.

Nesse ponto, portanto, vale frisar que, conforme pretensão do presente trabalho, urge a necessidade e possibilidade de reconfiguração das instituições democrática, justamente para que se aprimorem na consecução e alcance de seus fins. Oscar Vilhena considera no breve artigo citado, mas não menos importante quanto à contribuição que representa, ao se dirigir não só aos juristas ou operadores do direito exclusivamente, mas todo e qualquer leitor e ator

social que dele toma conhecimento, a evolução das estâncias da democracia e do constitucionalismo, como se vê – aliás uma evolução constante, em perpétuo devir e adequação aos anseios vigentes de um dado povo e sociedade:

Há, porém, a possibilidade de intencionalmente (re)desenhar as instituições de maneira que sejam criados incentivos mais consentâneos com o respeito ao direito. Como dizia James Madison, um dos mais destacados arquitetos do constitucionalismo moderno, se os homens fossem anjos, desnecessários seriam os governos; se fôssemos governados por anjos, também desnecessários seriam os controles. Mas como não somos anjos nem governados por estes, é preciso dispor as instituições de forma que a ambição humana sirva para controlar a ambição humana. Em sentido contrário à lição de Madison, nosso Judiciário jamais sofreu controles sociais ou republicanos. Isso não significa que ele não tenha sido ao longo de nossa história objeto de interferência – porém aqui indevida – por parte do poder político ou mesmo de forças de exceção. Em face da instituição do concurso público e de inúmeras garantias institucionais e individuais que foram sendo construídas ao longo de décadas e fortemente entrincheiradas na Constituição de 1988, o Judiciário brasileiro desenvolveu uma independência sem precedentes na América Latina, o que é extremamente positivo. Poucos são os sistemas de justiça ao redor do mundo que gozam de tamanha autonomia. No entanto, o inadequado uso de prerrogativas levou esse mesmo poder a uma posição de insustentável insularidade social. A ausência de mecanismos de responsabilidade, transparência e prestação de contas permitiu que garantias legítimas servissem de escudo não apenas contra indevidas investidas do Poder Executivo, mas também do legítimo interesse da sociedade de saber como e por quais critérios são tomadas as decisões pela magistratura – de que forma são alocados seus recursos, por exemplo.

Na atualidade, a satisfação aos imperativos da eficiência, *accountability* e responsividade na atuação dos entes estatais se faz cada vez mais urgente no processo de democratização que vivenciamos. Cuidados ao mesmo tempo devem ser tomados para que não nos deixemos influenciar indiscriminada e desmensuradamente por noções que advêm da Econômica e parâmetros corporativos empresariais e financeiros na gestão do Estado e pelo Estado.

Não se deve ir ao extremo de calcular e projetar o Estado como uma empresa, empresas buscam o lucro, o superávit sempre, enquanto o Estado no atendimento das

necessidades sociais e na própria manutenção de sua máquina administrativa para servir à população estaria investindo em áreas que o setor privado denominaria como “investimentos a fundos perdidos”, cujo retorno não é econômico, mas social e humano e onde metas e resultados não podem restringir-se a números economicamente frios e estatísticas sem rosto. Ressalvadas as devidas proporções, notória e sensível é a perspectiva que se tem contemporaneamente de *boa governança* no que diz respeito ao Estado, o que enseja a criação de espaços públicos novos, franqueando novas portas e possibilidades de diálogo (seja entre cidadão e Estado, seja entre os poderes e órgãos estatais interna e reciprocamente), com a assimilação de atores estatais e não estatais na gestão da coisa pública, avançando na democracia participativa com olhos no republicanismo. Almeja-se o aumento da eficiência, dentro do possível e real, na utilização dos recursos do Estado (financeiros, pessoal, institucional, legal etc) e a eficácia de suas ações.

Por tais razões e em tal cenário, tendo como perspectiva o fortalecimento dos pilares democráticos, destaca-se a afirmação de Oscar Vilhena quanto a necessidade de “se levar a sério” a lei, na dimensão primária de sua aplicação, o que é de fato essencial ao Direito, “levar a sério” poderia significar atingimento da moralidade como diretriz dos órgãos estatais, e também o zelo pela *sinceridade* de sua atuação:

A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela Emenda Constitucional 45, de 2004, foi, nesse sentido, uma reação ousada de nosso corpo político, com apoio de inúmeros setores da própria magistratura, ao processo de erosão da autoridade institucional do Poder Judiciário. Dada a relevância deste, como expressão última da aplicação do direito, era e continua sendo indispensável que ele se coloque à altura do momento histórico que vivemos. Sem que a lei cumpra sua função de estabilização de expectativas (de justiça, direitos e interesses legítimos), a própria democracia se fragiliza. Afinal, de que adianta engajar-se no processo de tomada de decisão coletiva se essas decisões convertidas em leis e diretrizes jurídicas não serão posteriormente levadas a sério, seja pelas autoridades ou, o que é mais grave, pela própria instituição que tem como responsabilidade primária aplicar a lei.

A reforma do Judiciário do nosso país ensejou, incentivada por organismos internacionais como já assinalado, o soerguimento dos interesses da sociedade e a própria integridade do direito, das leis e a própria idéia de Justiça mais uma vez vem a baila das

questões, tanto no seu aspecto contencioso quanto ao que se refere ao procedimento, ao devido processo, frente aos interesses corporativos e meramente institucionais. O CNJ é uma corregedoria que concorre com as demais nas esferas dos respectivos tribunais, agência de controle que se posiciona entre o Judiciário e a sociedade, ou seja, todos os outros atores que influenciam e são constrangidos ou afetados pelo Poder em questão.

Caracterizando-se como possibilidade única e sem precedentes até então de acesso à justiça e também canal (como tipo de *Ombudsman*⁴¹) aberto de comunicação – na era em que a circulação de informações, transparência e participação mais ativa se tornam fundamentais – para garantia da prestação de contas (accountability) do Judiciário, se colocando estratégica e desejavelmente entre o juiz (em geral) e o cidadão, o que se coaduna com o entendimento de que é possível tão-somente a aferição correta da legitimidade da prestação de tal Poder, dadas as peculiaridades e dificuldades de sua atuação, *ex post*. Há, dessa feita, de um lado o fortalecimento e aperfeiçoamento tanto da instituição sujeita à apuração e controle, considerando que tal processo de fiscalização garante de fato a implementação dos ideais ótimos de imparcialidade e lisura, assim em contrapartida, o órgão controlador – que embora integre a estrutura do Poder – atua como catalisador dos anseios sociais em certa medida (sem se submeter acriticamente às meras “opiniões públicas”⁴², objetivando de fato sempre na melhor luz possível a razão pública), e assim sendo, a própria questão da cidadania, um conceito que em nosso país poucas vezes se delineia concretamente como ocorre neste oportunidade.

Como acentuado anteriormente no estudo comparativo entre a experiência argentina e a brasileira, “*o risco que se assoma é o de haver um direcionamento do Poder Judiciário pelos outros poderes. Este risco ataca o fundamento da efetividade de um Judiciário isento, que é sua independência para tentar julgar*”.

⁴¹ Essa figura se origina na Suécia no século XIX como reação do cidadão ao poder estatal, significando um canal para representação – o representante do cidadão (“representante”, “procurador”, “ouvidor-geral-função pública”), para exercício da participação e atendimento à voz dos indivíduos, suas demandas e reclamações. Para o Brasil a proposta veio primeiramente pelo setor privado com o fito de conferir transparência, estímulo a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, no caso, para que também a empresa aperfeiçoasse os produtos, serviços oferecidos e atendimento no mercado, evitando choques e confrontos, de forma prévia garante um bom relacionamento entre a empresa e sua clientela. Constitui elemento de fortalecimento do indivíduo frente às grandes e complexas estruturas ou superestruturas, incentivando a participação, corroborando a idéia de democracia deliberativa. Tal noção na esfera do público promove a educação e construção da cidadania, já que é um controle social sobre o governo.

⁴² A propósito, destaca-se palestra proferida na FGV pelo prof. Joaquim Falcão quanto ao “Supremo e Opinião Pública”, em 11 de julho de 2012.

O CNJ apresenta-se munido de poder regulamentar, que prescinde de autorização legislativa, portanto autônomo, cuja fundamentação está toda embasada na Emenda Constitucional n.º 45/2004, que destaca as atribuições, princípios e procedimentos relacionados à prática do poder regulamentar conferido à instituição.

Maior exemplo dessa prática, não apenas pela questão em si mais pela notoriedade que ganhou e repercussão social que ocasionou, é o da Resolução 07/2005, conhecida como a Resolução do *antinepotismo*, que pensada à luz da moralidade e impessoalidade cumpriu acertada e indubitavelmente o disposto na Constituição, os princípios norteadores e basilares da Administração e Gestão Pública, mas que também para além disso, representou a possibilidade de limitação de direitos por meio do expediente regulamentar com amparo direto na Constituição_ o que é digno de atenção e revela mudança no que concerne ao entendimento estrito do princípio da legalidade e sua relação com a proteção de liberdades.

O novo órgão foi criado na perspectiva de controle, tanto da atuação administrativa quanto financeira do Judiciário, o que não representa de forma alguma restrições ao Poder, antes o fortalecimento da Instituição Judiciário e sua autonomia legítima, no contexto de constitucionalismo. Já é sabido e mencionou-se anteriormente que o Judiciário independente não significa imune e totalmente insensível a qualquer tipo de controle externo. Por mais inovadora que seja a proposta do órgão de controle CNJ, a realidade de fiscalização não é por si só elemento ou prática nova, já existe o controle orçamentário realizado pelo Tribunal de Contas no âmbito do Judiciário (que também agora se dá pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão que é interno ao próprio Poder que fiscaliza).

Nota-se que a Constituição de 1988 vislumbrou e assegurou tanto a independência do Judiciário com as exigências de controle de sua atividade⁴³, que tem a ver precipuamente com a garantia da própria prestação jurisdicional isenta e imparcial, como também buscou abarcar comandos constitucionais de exigências democráticas de auto-contenção judicial, na mitigação dessa independência pelo sistema de *checks and balances*.

Contudo, frisa-se que José Afonso da Silva fala que a expressão “controle externo do Poder Judiciário” incorre em “erro”, sendo atécnica, expressando significado diverso do

⁴³ Conforme observa-se : (STF, ADIMC n. 1.385-PE) e a escolha do desembargador substituto para os casos de gozo de licença, como preterição do colegiado (STF, ADIMC n. 1.481-ES). A iniciativa para a criação das Comarcas deve ser sempre dos Tribunais de Justiça e há reserva de lei formal para estabelecimento da organização judiciária. É reservada aos Tribunais também a iniciativa de projetos de leis que se destinam à criação de novas Varas Judiciárias (ADIMC n. 1.069-DF). (SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de justiça e a independência do Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 137).

objetivado, conclui ser, na verdade, pela composição de nove magistrados e seis não-magistrados, a configuração de um órgão interno, inserido em um dos incisos do artigo 92 da CFRB/88, ladeado pelos demais órgãos do referido Poder. Dessa forma, o CNJ mostra-se ferramenta de “controle interno” com composição heterogênea, dada a inserção de membros não oriundos da magistratura.

Criticou-se à época a presença de conselheiros alheios ao Poder Judiciário, com função disciplinar, o que poderia representar afronta à independência, inclusive independência política, da mesma forma que foi criticável a possibilidade de julgamento por parte de juízes de instâncias inferiores de juízes de categorias superiores.

Entretanto, apesar das críticas ventiladas, José Adércio Leite Sampaio destaca que a separação dos poderes sairia reforçada com o Conselho, visto que seja no presidencialismo ou no sistema parlamentarista não podiam estar isolados ou em compartimentos estanques, haveria sim uma releitura da separação de poderes, vez que tais instâncias estariam antes de tudo vinculadas entre si e à soberania popular. E essa releitura desse princípio estrutural conduziria necessariamente à idéia de controle. O citado autor defende que a “inserção de um órgão intermediário, interno em sua definição estrutural e externo ou quase isso em sua composição, destinado a controlar o Judiciário, mostra coerência com o sistema de repartição de poderes estabelecido pelo constituinte originário, inspirado na ideia de checks and balance”⁴⁴.

Para este autor, um dos poucos na doutrina que se debruçou mais pormenorizadamente no estudo do CNJ até o momento, conservada por óbvio a plena liberdade de julgar, a independência do Judiciário tem sua limitação nas suas origens, como qualquer outro Poder. E conclui que o CNJ “é um órgão da estrutura do Judiciário sem função jurisdicional, especialmente formado por maioria de magistrados, com a tarefa exata de zelar pela autonomia do Poder, não atentar contra ela, sobretudo porque a autonomia é conferida ao Poder e não aos órgãos isoladamente (...) não houve atentado às competências privativas dos tribunais, enumeradas no artigo constitucional 96, podendo ainda agora plenamente elaborar e aprovar seus regimentos internos, eleger os corpos diretivos, organizar secretarias e serviços auxiliares, prover cargos de juiz e serventuários, bem como os demais atos de gestão administrativa.”

⁴⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 252.

Quando à competência heterogênea do CNJ, haja vista sua composição, rebate-se às críticas feitas, primeiro pelo argumento de que ainda a maioria dos membros advém da própria magistratura, e que o exercício do poder disciplinar pelo Conselho não atinge a independência do julgador, na esteira e à semelhança das disposições de direito constitucional comparado.

A maior ameaça ao Poder Judiciário seria na verdade as deficiências crônicas que se instalaram nos sistemas correicionais dos Tribunais, que tornaram as punições muito mais simbólicas que efetivas, o que afeta consideravelmente a credibilidade do Poder. O poder disciplinar do CNJ tem como ponto de partida e também de chegada o que a Constituição e o Estatuto da Magistratura prescrevem, cabendo sempre revisão pelo STF das decisões e atos que consubstanciem abusos e desrespeito às normas fundamentais e basilares, que garantem legitimidade à tal atuação fiscalizadora.

Cabe destacar o entendimento do próprio CNJ quanto ao mencionado:

A teor do disposto no § 4º. do Art. 103-B da Constituição Federal de 1988, ao Conselho Nacional de Justiça compete, precipuamente, ‘o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes’. Neste contexto, a competência fixada para o referido Conselho é restrita ao âmbito administrativo do Poder Judiciário, não podendo ocorrer intervenção em conteúdo de decisão judicial, para corrigir eventual vício de ilegalidade ou nulidade (CNJ – RD 2008100000015082 – Rel. Min. Corregedor Nacional Gilson Dipp – 70ª. Sessão – j. 23.09.2008 – DJU 13.10.2008 – Ementa não oficial).

E frente ao questionamento de qual posição o CNJ assumiria, se tido superior ou não hierarquicamente aos Tribunais e suas respectivas Corregedorias, asseverou-se que quanto à hierarquia judiciária, não é sinônimo de subordinação administrativa, assumindo desse modo o Conselheiro posto específico, *sui generis*, além de conferida maior segurança por ser a decisão colegiada. O Judiciário é uno, comportando tal unicidade orgânica o CNJ. Como expresso pelo Conselho:

O controle de legalidade dos atos administrativos é realizado por este Conselho em harmonia com o princípio da preservação da autonomia dos Tribunais. Esse é o único caminho que a hermenêutica jurídica fornece ao intérprete de um sistema jurídico complexo, de sorte que somente a harmonização de regras e princípios protege Direitos sem autoritarismos (CNJ – PP 6696 – Rel. Cons. Rui Stoco – 50ª.

Ora se verificável é que o Judiciário é tido como o Poder menos democrático, ante o seu déficit de legitimidade pelo fato de seus membros não serem democraticamente eleitos, a nova conjuntura trazida pela criação do CNJ, amplia e torna mais claras “as vozes que relembram o seu isolamento institucional e o seu caráter contra majoritário, exigindo comedimento e self-restraint, o que poderia comprometer sua credibilidade”.

Vale lembrar, contudo, que o CNJ não é por si a solução e panacéia para todos os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário e eventual crise institucional, mas pode se tornar “um dos meios de diálogo da sociedade com o Judiciário, um instrumento de auxílio, ao apresentar respostas para as demandas da sociedade”, no escopo da idéia de interlocução e interlocutor institucional.

O CNJ pode ser encarado também, sob um determinado aspecto, como titular de papel “moderador” ou de “freio de acomodação” na dinâmica entre os poderes, e como *mediador* de diálogos institucionais. Aduz-se nesse ponto a experiência de instalação dos Núcleos Técnicos (NAT), sob orientação de n.º36 do CNJ, no intuito de colaborar com os juízes na tomada de decisões que exigissem certa expertise técnica, especificamente no caso de ações de prestação de medicamentos. Instalados nos Tribunais com o objetivo de subsidiar tecnicamente a sentença judicial, fazendo assim a interface Judiciário e Administração, já que os NAT’s tanto podem significar auxiliar ao Judiciário, instituição a semelhança do “amicus curae”, quanto também assistir com seus pareceres o pólo passivo da Administração, de forma imparcial e técnica precipuamente.

Tem-se adiante uma experiência de modernização, um espaço claro ao experimentalismo visando modernização do aparato estatal no tocante, a princípio, especificamente o Poder Judiciário, porém sem significar a solução final e definitiva aos problemas institucionais. Tal inovação presta-se, contudo, a sinalização de uma tendência de controle social e responsividade, embora, outras possam ser as crises entre os poderes, por diversos fatores e cenários de embate, apresenta-se o novo contexto e design institucional, onde vontade política e institucional é empenhada para harmonia, parceria e mobilizações coordenadas, mais que ações e revides, postura de enfrentamento adversarial.

1.2. O justo meio entre independência e responsividade, fundamento e consectário de legitimidade democrática da atuação judicial;

Atualmente fala-se que o Estado deve assegurar, pelo menos à luz de nossa Carta o trazida pela constitucionalização da Administração Pública, a *boa administração* (no sentido de correção), *dever de eficiência, de proporcionalidade, razoabilidade, de proibição do excesso e*, apenas para citar mais um entre tantos, *dever de não-proteção insuficiente*.

Dentro dessa lógica, e principalmente no que se refere ao dever de *boa administração*, *insere-se como núcleo duro o princípio da moralidade*. O Estado tem o dever e o cidadão, inclusive em juízo, o direito de exigir esse dever, dessa feita, a Constituição da República Federal do Brasil de 1988 inverteu, em seu texto e sistemática, no dia-a-dia a ótica de exigência e a relação Estado-cidadão.

Isso tudo também reflete positivamente na racionalidade que se impinge às decisões judiciais. A judicialização é um fato, e sabe-se também por constatação que, decisões impopulares têm sido relegadas ao Judiciário e faz pensar se tem ocorrido uma substituição da representação política pela representação técnica como uma tendência ou se ocorre, seria meramente casuístico e momentâneo.

A judicialização tem que ser analisada pelo filtro da democracia nacional de cada país e o estágio da democracia vigente. Existem claras vicissitudes no fenômeno da judicialização, como a atuação de lobbies e grupos de pressão, às vezes de modo não tão ortodoxo ou que atenda ao imperativo de lisura e transparência.

Rodrigo Brandão em sua obra *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*⁴⁵ trata da problemática que envolve a necessidade de accountability (encarando tal conceito como sinônimo de responsividade) no ambiente de uma democracia deliberativa. Frisa que as democracias constitucionais contemporâneas devem atender duas exigências, que no limite se anulam reciprocamente, a idéia de autogoverno do povo e ao mesmo tempo a garantia dos direitos fundamentais das minorias, que se vêem potencialmente ameaçados pela vontade da maioria.

⁴⁵ BRANDÃO, Rodrigo. Op.cit, p. 211-217

A necessária e devida harmonização entre esses dois eixos apresentados que devem nortear toda a atuação do Estado Democrático de Direito se faz no contexto do pluralismo, de valores, atores e objetivos.

Assim, Brandão enfatiza que urge atualmente por parte do Estado a necessidade de justificação das decisões tomadas pelos cidadãos e pelos seus representantes. Essa justificação se dá pela razão pública, naquilo que é hodiernamente aceito e acordado pelos cidadãos, nas palavras de Rawls⁴⁶ *razões públicas seriam verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral, ou acessíveis a eles*, de modo que podem ser objeto de um consenso sobreposto.

Ora, o Judiciário, ao proceder em sua tarefa como tomador de decisões com base na lei, em sentido geral, não deve se olvidar ou prescindir do dever de resposta ao povo, mas antes tornar positiva sua atuação por uma postura que de não negação da responsividade.

No estudo citado, o autor remetendo-se ao trabalho desenvolvido por Lipkin; estudioso norte-americano sistematiza a concretização do princípio da responsividade em três testes ou frações: a) **input-accountability** (prestação de contas na entrada): controle eleitoral sobre a escolha das autoridades públicas (plataformas eleitorais e ideologias partidárias); b) **process-accountability** (processo de responsabilização): possibilidade de o eleitorado⁴⁷ comunicar as suas preferências às autoridades durante o processo de decisão; c) **output-accountability** (responsabilização na saída): possibilidade de o eleitorado remover autoridade pública ou alterar as suas decisões, caso não concorde com elas (como ocorre no Japão no que diz respeito à destituição de juízes da Corte Suprema conforme anteriormente mencionado).

No julgamento da ADI 3667 foi lembrado o ensinamento de Nicolás Trocker: “O privilégio da substancial irresponsabilidade do magistrado não pode constituir o preço que a coletividade é chamada a pagar em troca da independência dos seus juízes.”

No mesmo diapasão deste ensino, citou-se também Lima Lopes quando trata do perigo da independência absoluta:

⁴⁶ RAWLS, John. O liberalismo político. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000, p.274

⁴⁷ No nosso entender, poder-se-ia substituir a noção de eleitorado por governados, já que segundo uma visão mais atualizada, cidadania não está restrita ao processo eleitoral, mas tem a ver com uma noção ampla que inclusive viria a albergar aqueles que não são tidos como eleitorado, como bem lembra propiciamente o trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense de Luísa Carelli, sob a orientação do mestrando Siddharta Legale Ferreira, intitulado *Legitimidade Ativa da Ação Popular: Uma proposta de inclusão social e política do preso definitivo*, defendido no segundo semestre de 2011.

o Poder Judiciário não pode ser independente, no sentido de irresponsável, ou não prestar contas à sociedade, aos cidadãos, que diz respeito à máquina judicial. Se quisermos livrar os juízes do controle dos cartórios dos lobbies, das prestações corporativas, é preciso colocá-los ombreados com a cidadania.

Essas citações constam do voto e relatoria do Ministro Peluso, que se ocupa no zelo de reconhecer e reporta-se ao imperativo do regime republicano e da “própria inteireza e serventia da função”, ressaltando que “a necessidade de convívio permanente entre a independência jurisdicional instrumentos de responsabilização dos juízes que não sejam apenas formais, mas que cumpram, com efetividade, o elevado papel que lhes predica”.

Ainda neste sentido, faz-se menção, a qual também nos reportamos pela oportunidade do argumento, na lógica de criação e manutenção de um ambiente possível da desejável imparcialidade, por OWEN FISS, jurista norte-americano, que assim pondera:

“It is simply not true that the more insularity the better, for a judiciary that is insulated from the popularly controlled institutions of government the legislative and the executive branches – has the power to interfere with the actions or decisions of those institutions and thus has the power to frustrate the will of the people. (...) We are thereby confronted with a dilemma. Independence is assumed to be one of the cardinal virtues of the judiciary, but it must be acknowledged that too much independence may be a bad thing. We want to insulate the judiciary from the more popularly controlled institutions, but should recognize at the same time some elements of political control should remain.”⁴⁸

⁴⁸ (Simplesmente não é verdade que, quanto maior o isolamento, melhor, porque um Judiciário que está isolado das instituições governamentais sujeitas a controle popular – o Legislativo e o Executivo – tem o poder de frustrar a vontade popular(...) – não que isso não seja desejável, haja vista a necessidade de contramajoritariedade em dadas situações, principalmente no que diz respeito a direitos fundamentais e humanos, em que a maioria pode vir a desconsiderar o direito do indivíduo, quando a balança deve pender não para a sociedade mas para a proteção da pessoa – Estamos, portanto, diante de um dilema. A independência é tida como uma das virtudes cardinais do Judiciário, mas deve-se reconhecer que muita independência pode ser uma coisa negativa. Nós queremos isolar o Judiciário das instituições sujeitas a maior controle popular mas deveríamos admitir, ao mesmo tempo, que alguns elementos de controle político deveriam remanescer.”)

Defende-se desse modo que a instituição de um Conselho Nacional de Justiça não fere o princípio da independência judicial, nem “arranha” ou compromete sua observação e respeito, mas tem a ver com a concretização do ideal de um sistema republicano de governo.

O cerne da discussão não seria a questão da independência em si, mas, em outro nível, a responsabilidade, em etapa posterior, que cabe a todo e qualquer agente público na sua atuação.

No esteio da independência judicial e a ameaça que ela representa quando não conjugada com a devida exigência por responsabilidade, responsividade e controle que articuladas harmonicamente conferem legitimidade à própria independência e sua justificação, cabe também reproduzir a opinião de WILLIAM PRILLAMAN:

(...) an independent judiciary can degenerate not only into a politicized bureaucracy but also into an insular unaccountable one.

Quanto ao dito isolamento vale salientar que ele se apresenta tanto no corporativismo, em um primeiro momento, de uma entidade que se fecha em si mesmo, acarretando um desvirtuamento das finalidades e propósitos institucionais que a formaram, e conseqüentemente, essa auto-deferência gera uma surdez ao que exteriormente acontece, um isolamento social:

o Brasil é, nesta série de exemplos, um caso único, como se vê em que independência e autonomia estão mais próximas do sistema do antigo regime de patrimonialidade dos cargos, de exclusivismo corporativo até, do que de democracia propriamente dita. Aqui talvez se esteja confundindo, no debate atual autonomia do Poder Judiciário com capacidade de isolamento. É da maior importância, hoje, não confundir autonomia e independência do Judiciário com seu isolamento social.⁴⁹

Pode-se observar no Brasil a existência ainda que tímida e parca de mecanismo de prestação de contas na entrada, no tocante aos Tribunais Superiores quando se vislumbra o inter da sabatina pelo Senado, e um processo de responsabilização frente a institutos como de audiência e consultas públicas, *amicus curae* e ainda institutos da ACP e ADPF supririam o

⁴⁹ LIMA LOPES, JOSÉ REINALDO DE. Crise da norma jurídica e reforma do judiciário. In: FARIA, JOSÉ EDUARDO (org) Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002, p.75. Apud. no voto do Min.Peluso (ADI 3367)

déficit de legitimidade eventual do Judiciário, quanto às políticas públicas, e apontariam a uma postura ativa na verdade do cidadão.

Nota-se com cada vez mais pesar, que o sistema representativo, assentado essencialmente na figura do Parlamento vem sofrendo esvaziamento na qualidade de espaço de poder e representação popular, e muitas vezes perpetrando verdadeira traição ao eleitorado, quando os parlamentares se preocupam precipuamente com a possibilidade de reeleição do que em atender aos interesses coletivos ou mesmo se embaraçam com as pautas partidárias e não com as plataformas políticas que o elegeram inicialmente.

Contra a supremacia judicial na experiência norte-americana, em favor da fiscalização judicial, Robert Justin Lipkin⁵⁰ afirma que a supremacia do Judiciário em relação aos demais poderes não pode satisfazer as exigências de prestação de contas por meio do consentimento dos governados, o que é condição, segundo ele, *sine quo non* de legitimidade de uma democracia republicana. Tal alerta também se expressa nas palavras de Ana Paula de Barcellos⁵¹ *é um axioma verificável diariamente que o poder concentrado, sem controle, tende sempre ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa.*

Desta feita o contexto de supremacia judicial seria um *anátema à idéia de auto-governo e totalmente antitética à própria noção de democracia deliberativa.* Neste ponto, tal afirmação se coaduna com a assertiva de Nuria Belloso⁵² que enfatiza ser central à ideologia republicana a necessidade da participação ativa do cidadão no processo de tomada das decisões que serão aplicadas a todos, contrastando com a democracia liberal, praticada até então que se restringe à participação de poucas pessoas, procurando alijar os cidadãos em geral do processo deliberativo e de uma possibilidade de maior contribuição na elaboração de políticas e metas públicas.

Sem fiscalização dos demais atores da sociedade e a interação que permita o desenvolvimento e manifestação de cidadania plena, para só assim construir uma sociedade efetivamente pluralista, o que se terá é um grupo de ou agentes públicos e gestores per si sem qualquer “amarra” (positivamente tratada), o que vem a estimular uma postura de dominação,

⁵⁰ LIPKIN, Robert Justin. Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. In: Cardozo Law Review, 2006, v.28, n.3, p.1.067-1.068

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição Brasileira de 1988 e as formas de governo. Revista Forense, v.356, p.15, jul-agost 2001.

⁵² MARTÍN, Nuria Belloso. La regeneración de la Democracia y del Demos através de la deliberación: Democracia Liberal, Democracia Republicana y Democracia Neoconstitucional. JurisPoiesis, Rio de Janeiro, n.11

e que estes assim alçados não se enxergariam completamente embriagados com o poder que lhes foi ingenuamente ou indevidamente concedido.

Sobre *democracia participativa*, José Afonso da Silva já asseverava o seguinte considerando a sociedade pluralista e conflitiva, de interesses contraditórios e antagônicos:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I) em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º, parágrafo único); participativa porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade das idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício.⁵³

Adrian Vermeule em *Atrophy of Constitutional Powers*⁵⁴ aponta ainda para uma debilidade na articulação “viciada” entre os poderes: a miopia de poder, que seria uma realidade que envolve o comportamento míope por quem detêm o poder institucional, que atuam minimizando os efeitos pró-futuro e, assim, deixam de fazer os investimentos atuais em políticas (e mecanismos) necessárias para manter seu poder (típico) institucional em “bom estado de funcionamento”, a contento. Como se verifica, os interesses individuais e institucionais não estão perfeitamente alinhados, os indivíduos racionais refletem, que detêm o poder de forma pessoal, institucionalmente um comportamento míope, isto porque há o problema de focalização da realidade concreta, vê-se o que está próximo com nitidez (equiparando-se a uma visão de túnel e mais imediata), mas se perde de vista os efeitos sistêmicos e longevos, que no máximo são visualizados, se o forem, de forma distorcida, assim, acarretando, inclusive, atrofia institucional, uma disfunção. Existiriam dois subcasos diferentes de miopia.

⁵³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.119

⁵⁴ VERMEULE, Adrian. *Atrophy of Constitutional Power*. Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper n.º, 11-07. Harvard Law School. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1736124>

Na primeira hipótese, a instituição que se arvora de “poder-controladora” se apóia em ameaças creditáveis e da “lei de efeitos reacionários antecipatórios” para obter seu intuito, e dessa forma não exercer realmente o seu poder de forma nítida e clara ao público, atuando sob a superfície, esvaziando o aspecto mais relevante de seu poder típico, que vai sendo malogrado e afetado com maus resultados, o que depois acarretaria uma indisponibilidade das vias adequadas e normais do exercício legítimo do poder, levando à atrofia de sua força política.

Outra versão um pouco diferente da mecânica atrofiante é a seguinte variante, o Legislativo teria dois poderes/funções, o de "alimentação" (criação de leis) e "o poder de substituição" (às decisões da Corte). Inicialmente, Vermeule diz que o Legislativo obtém um fluxo de primeira ordem, o que faz como que a Corte se adapte às suas preferências, não por causa de uma ameaça latente credível ao exercício do poder principal da Corte, a jurisdição, mas através do uso ou ameaça crível do poder substitutivo, que o Legislativo pode exercer a baixo custo, politicamente falando, sem uma justificação extensa e ampla. Não há ônus político quando se faz uso e se lança mão de mecanismos sub-reptícios ou furtivos de reação, o que não conduz ao diálogo, antes a uma postura de surdez e indiferença.

No entanto, o Estado contemporâneo não é só identificável como plural, mas também de risco, da sociedade pluralista de risco, requer uma nova disciplina. Além de manter suas funções anteriores, é também papel do Estado, neste atual cenário, tratar e disciplinar os riscos criados pela modernidade. Não se trata de negligenciar ou dar menos importância a questões como a segurança jurídica, mas talvez de atribuir um outro olhar, ou mesmo um outro significado a estes institutos. E as decisões judiciais devem refletir o novo olhar que deve ser dado a determinadas questões, considerando a realidade do risco e a necessidade de se lidar com ele.

Além disso, a questão do risco traz consigo também a questão da responsabilidade. Um dos pontos importantes a serem considerados nos processos de avaliação dos riscos de produtos, serviços e atividades é justamente a quem caberá a responsabilidade sobre os riscos, sejam eles eventuais ou concretos, previsíveis ou imprevisíveis. Isso também impacta nas decisões judiciais. No entanto, a atribuição de responsabilidade deve ser precedida por alguns passos como a avaliação correta ou a mais próxima possível do risco, para que se conheça não apenas o tamanho e a proporção do risco, como também a sua probabilidade e previsibilidade. Neste sentido, Cass Sunstein propõe uma metodologia para se mensurar com mais exatidão a

proporção e probabilidade do risco, a qual ele chama de custo-benefício, e assim estabelecer políticas coerentes e acertadas e salvar mais vidas, ou evitar danos maiores.

A sua proposta tem como justificativa o fato de que as pessoas e os gestores privados e públicos cometem alguns equívocos em relação à avaliação de riscos nos diversos setores de atividade e produção, o que fatalmente conduz à propositura e implementação de políticas públicas e alocação de recursos também equivocados, que impedem uma gestão do risco razoável e adequada. Ele defende a participação dos experts, técnicos e especialistas no assunto a ser tratado, no processo de estudo e avaliação dos riscos, já que estes estão menos suscetíveis às idéias comuns a respeito dos riscos que levam ao erro, devido ao seu conhecimento técnico das questões colocadas à prova.

Ora, a correta avaliação do risco permite, por conseguinte, um correto tratamento do risco, ou até mesmo o seu não tratamento de forma consciente, uma vez que permite a opção por correr o risco, dependendo da sua previsibilidade, custo e proporção. Em alguns casos é possível que a decisão mais acertada em termos de custo-benefício para a sociedade, seja correr determinado risco de difícil previsibilidade ou de proporção pequena em relação ao todo, ao invés de impor um ônus demasiado grande de prevenção deste risco.

A regulação tem um papel de fundamental importância neste processo, pois uma vez feita a adequada análise do risco, é possível definir com mais acerto as políticas de regulação. Conhecendo melhor os riscos pode-se estabelecer uma regulação mais coerente e efetiva sobre as atividades que realmente requerem uma maior atenção dos órgãos reguladores, por apresentarem um potencial de risco maior. E a regulação, por sua vez, impacta na questão da responsabilidade. Quanto mais regulação, melhor gestão do risco, e menor responsabilidade para aqueles que exercem determinada atividade. A responsabilidade é dividida entre os agentes da atividade, o Estado, representado pelas Agências Reguladoras, e a própria sociedade: os indivíduos.

Quanto ao papel do Judiciário na dinâmica das decisões judiciais e a assunção do risco, dadas as considerações sobre a Sociedade de Risco, é importante ressaltar que a gestão do risco deve envolver todos os setores públicos e privados, como a cima destacado, assim, tanto o Legislativo, quanto o Executivo, e o Judiciário, com o auxílio das Agências Reguladoras (como frisa Sunstein). No âmbito das decisões judiciais, vale considerar o risco de cada procedimento, forma ou caminho para a tomada de decisão. Os riscos serão considerados no momento de adoção do critério ou teoria a ser aplicada na tomada de decisão.

Essas regras que norteiam e estabelecem procedimentos para tomadas de decisão são chamadas de regras de segunda ordem.

A análise ou avaliação do risco seria feita em momento anterior, prévio, ao da tomada da decisão per se no caso concreto, na realidade seria estabelecido um método de como lidar com os possíveis, prováveis ou eventuais riscos em um caso concreto, e a partir disso, obter diretrizes de como decidir em cada situação. Além disso, seriam avaliados os riscos de cada regra de segunda ordem em si, as possibilidades de perdas e ganhos na adoção de uma ou outra (custo-efetividade) dentro de uma gama de opções disponíveis. Deve-se considerar a possibilidade de se adotar uma teoria que permita ou não a análise do risco de cada caso, desde que se considere os riscos dessa opção.

O segundo aspecto encontra-se no momento da tomada de decisão, em que deve ser considerado o caso concreto, e verificar se há situações de risco concreto ou de avaliação de risco. O julgador, neste caso, deverá avaliar, no caso concreto, quais as conseqüências, sob o ponto de vista do risco, de uma decisão favorável ou não à determinada situação.

Voltando ao primeiro aspecto, cumpre aqui trazer algumas considerações importantes sobre o momento anterior à tomada de decisão, e ao estabelecimento ou não de regras para as tomadas de decisão em um Tribunal, que são as chamadas regras de segunda ordem. As regras de segunda ordem podem ser identificadas como aquelas regras utilizadas pelos juízes e Tribunais para orientá-los e ajudá-los a escolher quais teorias devem ser aplicadas nas tomadas de decisão. Podem também ser chamadas de meta-teorias.

Algumas meta-teorias ou regras de segunda ordem que podem ser consideradas são o formalismo e o particularismo. Fala-se também em pragmatismo jurídico, que pode também ser entendido como uma espécie de particularismo, pois a sua prática considera cada caso individualmente. As duas formas de se decidir apresentam vantagens e desvantagens, e podem se apresentar mais ou menos favoráveis, dependendo de como for o ambiente em que se tomam as decisões. Esse ambiente deve ser avaliado considerando as condições sociais, políticas e até mesmo econômicas da sociedade em questão.

A prática do formalismo faz com que a análise de variáveis seja feita necessariamente por quem faz a norma, por quem escreve o texto legal. Isso quer dizer que, tratando-se de risco, o modelo formalista retira do juiz a possibilidade ou a necessidade de se avaliar os riscos de sua decisão, já que ele somente fará aplicar a norma que já está escrita. O Poder Legislativo que deve, então, fazer todas as análises de risco e outras variáveis no momento de

elaboração do texto legal. Considerando o fato de que a gestão do risco pode ser melhor se todas as Instituições trabalharem com as questões referentes ao risco, o modelo formalista puro, por assim dizer, pode impedir este trabalho conjunto.

Não se pode, contudo, deixar de lado o ponto trazido por Arguelhes e Leal sobre o chamado pragmatismo jurídico, que, de forma bem sintetizada, tem como principal traço a centralidade das conseqüências. Embora o termo pragmatismo jurídico não seja muito preciso naquilo que se refere, pode-se dizer que um juiz é pragmatista por se preocupar principalmente com as conseqüências de suas decisões. Eles chamam a atenção para o chamado “compromisso com as conseqüências”, uma questão que já vem sendo muito debatida nos Estados Unidos, mas por aqui ainda não se apresenta muito familiar. É uma forma de pensar que “atribui às conseqüências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juizes”. Além disso, o pragmatismo tem a concepção do Direito com um instrumento para atingir finalidades sociais relevantes, daí a necessidade de considerar as conseqüências das decisões. No entanto, embora exista esse risco, o pragmatismo não incentiva a tomada de decisão sem qualquer respaldo ou compromisso com alguma coisa anterior. Deve existir o que pode ser chamado de “bolsões de formalismo”, que é justamente a consideração de normas e casos anteriores como parâmetro de decisão, para que se garanta a segurança jurídica.

Além disso, o pragmatismo não se configura pela simples análise das conseqüências. Para ser pragmático, neste sentido, não basta olhar para as conseqüências, é necessário analisar as conseqüências além do caso, a longo prazo, dado que, em determinadas situações, “uma postura não pragmática de curto prazo justifica-se por uma razão pragmática de longo prazo”. Deve-se pensar nas conseqüências de se analisar todas as possíveis conseqüências de uma decisão, e então, buscar as melhores conseqüências. A razoabilidade também faz parte desse processo, não só no sentido de proporcionalidade e equilíbrio, mas mormente no aspecto de razão.

À essa altura, cabe discorrer acerca de um aspecto vital do princípio do *Devido Processo Legal*, que vem ganhando maior visibilidade é seu **viés procedimental** ou *procedural*, que se relaciona com a realização de audiências públicas ou consulta pública, por exemplo, para validade de uma decisão, no intuito de correção não apenas no conteúdo da decisão, sob o prisma do justo puramente, mas no conceito de validade, quanto procedimento

ser justificável e legítimo na realidade do pluralismo – o que retomar-se-á mais adiante – em todas as etapas de sua elaboração.

Assim, há o seguinte desdobramento: análise do ponto de vista externo, ou seja, a (i) observância das etapas do procedimento, dos elementos que integram o rito para a tomada de decisão e sob o aspecto interno, (ii) considerando cada fase inserida nas etapas, a fim de que se afaste a ocorrência de qualquer vício ou irregularidade no procedimento; o que se identifica com a noção e necessidade de mecanismos de controle democrático na atuação do agente público, particularmente aqui, o julgador.

Analisando a atuação dos Poderes, sua dinâmica externa (como é percebida sua articulação) perante a sociedade e em contraste com outros Estados, e sua interação interna, salienta-se conforme destaca Daniel Sarmento, que quanto ao processo de tomada de decisão, objetivando a tomada de boas decisões, “pressupõe-se a capacidade do agente de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de conseguir no âmbito da jurisdição.”

No entendimento de Conrado Hübner Mendes, os poderes devem desafiar (positivamente) um ao outro, tal como um jogo de xadrez, sendo este desafio deliberativo garantidor e um meio de alcance de razões de melhor qualidade nas tomadas de decisões e interpretações constitucionais, a razão pública; o ponto ótimo proposto, que é muito importante no contexto do risco. Pode-se dizer que exigiria a precisão e seriedade do “arco e flecha”: atingir-se de forma mais aproximada a razão pública (o que é essencial), a melhor forma de lidar com o risco, que pressupõe a formação de “consenso sobreposto” em uma realidade de convívio e coexistência democrática e altamente cambiante. As razões para a tomada de decisão devem ser articuladas e reconhecidas como razoáveis a todos os participantes do debate, mesmo por pessoas que defendam doutrinas e posições abrangentes e/ou diversas, para garantia da estabilidade e perenidade dos elementos constitucionais essenciais, evitando-se o colapso e esgarçamento do tecido social.

É importante ressaltar que o exercício da gestão do risco e de suas avaliações não se pretende ao exercício de futurologia ou coisa que o valha. Antes tem a ver com a noção de *accountability*, vinculada à idéia de apuração e transparência do procedimento de tomada de decisão, frente a cada decisão tomada, e também com a responsividade, sendo esta caracterizada como um compromisso ético de resposta à sociedade – demonstração de resultados auferidos vinculada à responsabilidade inalienável do agente – diante do agir

específico do tomador de decisão, mesmo sem uma pergunta previamente suscitada, pela própria natureza e relevância da decisão pública endereçada à sociedade.

Vale ressaltar e ressaltar a posição do cientista político Robert Dahl (DAHL, 1957) que acerca da contramajoritariedade da Suprema Corte norte-americana em seu estudo traz pontos relevantes e até peculiares, onde afirma-se empiricamente que a Corte pouco proferiu decisões contrárias a leis recém-editadas⁵⁵, ou seja, no primeiro ano da presidência – período de grande espasmo legislativo- e as leis mais atacadas geralmente já se encontravam em descompasso com as expectativas sociais, por serem mais “antigas”, e assim não se vê caracterizada a contramajoritariedade; outro ponto importante é que mesmo nessas poucas decisões mais contramajoritárias da Corte, o Congresso reage, revertendo muitas vezes a posição da Corte.

No estudo de Dahl ainda destaca-se que o mecanismo de indicação de ministros (justices) ou juízes à Suprema Corte acaba por alinhar o órgão à política vigente, ocorrendo sintonia com o programa político empreendido, nas questões centrais e nevrálgicas. Partindo

⁵⁵ Sendo a decisão em *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905) um exceção rara de se repetir e um momento bem peculiar da interação entre Corte e Executivo. Sobre isso Randy Barnett profere a seguinte expressão “constitution in exile” em sua obra *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*. Princeton, Princeton University Press, 2004. O citado caso - como reportado em nota de rodapé (210) de *A Concorrência das Tradições Jurídicas*, Gaudreault-DesBiens (p. 109, 2011), que passamos a reproduzir - constitui a ponta de lança da sacralização jurídica do direito de propriedade e das liberdades econômicas que daí decorrem. A Suprema Corte dos Estados Unidos ali estatuiu que as leis que visam regulamentar as normas do trabalho atacavam indevidamente a liberdade contratual das partes no contrato de trabalho, a qual é garantida pelo ‘due process clause’ da décima-quarta emenda da Constituição Americana. Neste caso, a Corte invalidou uma lei que proibia concluir, no ramo de padarias, um contrato prevendo um número de horas de trabalho semanal superior ao limite fixado na lei. O acórdão *Lochner* foi finalmente derrubado pelo acórdão *West Coast Hotel c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), notadamente após ameaças de ‘court packing’ formuladas pelo presidente Roosevelt a fim de que o programa legislativo de seu ‘New Deal’ não fosse despedaçado pela Suprema Corte, com base na filosofia adotada no caso *Lochner*. Entretanto, a partir do meio dos anos 1980, juristas americanos, cuja influência desde então não cessou de crescer, começaram a preconizar uma volta ao espírito de *Lochner*. Foi Richard Epstein, professor na Universidade de Chicago quem relançou esse debate com a publicação de sua obra *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, no qual ele sustenta que do direito natural à autonomia dos indivíduos decorre um direito de adquirir bens e de dispor deles voluntariamente, isto é, sem obrigação imposta do exterior. Este direito fundamental tornaria ilegítima toda transferência involuntária dos bens sobre os quais um indivíduo detém um direito de propriedade. Assim, toda medida governamental que prescreva tal transferência só seria defensável se seu impacto sobre os indivíduos visados os deixasse numa posição que é pelo menos tão boa quanto aquela que eles ocupavam antes que a medida em questão lhes fosse aplicada. Toda medida que tivesse por efeito reduzir o patrimônio de um indivíduo é, portanto, a priori considerada uma forma de expropriação merecendo compensação. Epstein transpõe sua filosofia libertária no campo do direito constitucional arguindo que a ‘takings clause’ do artigo V do *Bill of Rights* (‘non shall private property be taken for public use, without just compensation’) tornaria inconstitucional toda medida governamental que implicasse uma espoliação total ou parcial do patrimônio privado, o que inclui toda medida que proceda da ideia de justiça distributiva. Nesta ótica, toda lei ‘social’, todo limite estatal à liberdade contratual, toda regulamentação urbanística ou de meio ambiente que restrinja direta ou indiretamente o uso de um bem imobiliário, até mesmo toda lei fiscal formada por princípios de progressividade, é filosoficamente ilegítima e potencialmente inconstitucional. A Suprema Corte dos Estados Unidos recentemente infligiu um revés aos adeptos dessas teses ao dar, a cinco votos contra quatro, uma interpretação ampla ao conceito de ‘public use’ por intermédio da qual ela concede às autoridades públicas uma grande latitude quando exercem, de boa-fé e no interesse público, os poderes que lhes confere seu ‘eminent domain’. Trata-se, efetivamente, de uma interpretação muito ampla já que o uso público em causa consistia no redesenvolvimento de um setor urbano ocupado por modestas residências de classe operária, e isto, por um promotor privado a quem a municipalidade devia revender os lotes expropriados pela módica soma de um dólar, sendo a ideia subjacente a de que esse promotor faria uso disso de um modo mais ‘produtivo’ e, portanto, mais rentável para a coletividade do que seus proprietários anteriores.

da indagação se os juízes independentes são realmente capazes de decidir diferentemente da maioria da população, Dahl chega à conclusão de que em larga medida a Suprema Corte é um braço da coalizão governamental. O que desloca a provocação para outro pólo: então a Corte será sempre majoritária?

Semelhante é o questionamento de Barry Friedman no que se refere à opinião pública e contramajoritariedade judicial, afirmando que a possibilidade de maior ativismo por parte do poder Judiciário se perfaz em situações e casos em que a sociedade ignora, quando não há espetacularização ou holofotes intensos e constantes, nem furor social.

Sabe-se que, e tendo em vista todo o exposto, a opinião pública pode entrar com orientação, mas também como restrição, para modulação de efeitos da decisão, de sua abrangência no tocante ao objeto, ao tempo e espaço.

Casos emblemáticos, para não classificar como teratológicos e aterradores à luz do atual estágio de civilização em que a Suprema Corte alinhou-se perfeitamente ao anseio social e a opinião pública instrui em tempos como os atuais: o que se observa em *Dread Scott* (pela manutenção da escravidão) e *Korematsu v. United States*, já no séc. XX, em 1944, que ficou notoriamente conhecida como uma decisão infame da Suprema Corte (que tratou da segregação em campos de concentração de cidadãos norte-americanos de ascendência japonesa).

Por outro lado, alegar que deve haver 100% de independência judicial é caminhar em colisão aos princípios do Estado Democrático de Direito, deve haver fiscalização e mais importante a introspecção do agente público de que sua atuação está sujeita à moderação e para ser legítima aos ditames da Constituição e exigências do Estado plural que gerencia os múltiplos conflitos e demandas. Verifica-se com maior convicção de que o Judiciário pode se colocar em uma “zona de indiferença” (uma atmosfera tanto quanto possível de isolamento e proteção de pressões inibidoras e entorpecedoras do discernimento no julgamento), no sentido de se colocar entre o Legislativo e Executivo, mas o que realmente vai garantir a manutenção de liberdade e a proteção de direitos fundamentais não é por si só o Judiciário, antes sim a formação e consolidação de uma cultura de direitos fundamentais.

Lembrando os dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que tão bem encerram em si toda a noção de controle e correção, *“a finalidade do controle é assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo*

*ordenamento jurídico, como o da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade [...]*⁵⁶

⁵⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª Ed, São Paulo. Atlas, 2007, p.636

CAPÍTULO II:

SOBRE O PODER REGULAMENTAR DO CNJ, A EXPERIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E AS DECISÕES REFORMADORAS OU REFORMULADORAS NA REALIDADE BRASILEIRA:

2.1 Apontamentos sobre os Conselhos de Justiça na Legislação Comparada⁵⁷

Em síntese, as principais democracias contemporâneas têm encarado e vem promovendo uma releitura da idéia de separação de poderes atrelada à função de controle, de prestação de contas de cada função, assim destaca-se que a existência e experiência dos órgãos semelhantes tanto dos modelos europeu continental, nórdico, o da Inglaterra e da América Latina dentre outros, que têm em comum a missão de garantir a independência do Poder Judiciário, mas não sua arbitrariedade ou qualquer inclinação ao absolutismo do Poder.

Variações e nuances diversas são percebidas nos vínculos institucionais, número de membros, forma e requisitos de sua designação e atribuições. No Brasil, é uma “instituição independente ou autônoma, e de natureza constitucional”, e como prossegue Sampaio⁵⁸ a maior ou menor lista de atribuições do conselho também é um traço que distingue os países, por suas influências culturais, sociais e políticas.

Na realidade nórdica, por exemplo, na Dinamarca e na Suécia⁵⁹, encontram-se as instituições dotadas de mais poderes e autonomia. Os Conselhos desses países têm o seguinte feixe de competência e atribuições: i) primários, assim entendidas as competências para auxiliar na seleção dos membros judiciais e na adoção de medidas disciplinares; ii)

⁵⁷ Esclarece-se que a sessão que segue refere-se tão somente a apontamentos e notícia sobre diversas instituições similares ao Conselho Nacional de Justiça no Brasil, em caráter eminentemente descritivo, não tendo a pretensão de tratar aprofundar metodologicamente sobre o tema à luz do Direito Comparado, visto que careceria de uma coleta mais vasta de dados, pesquisa e contrastes empíricos que não ocorreu no presente trabalho, além de uma compreensão dos sistemas jurídicos enfocados, o que não se exauriria em um capítulo apenas, assim restringiu-se o tópico a fim de observar a delimitação imposta pelo tema em destaque.

⁵⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 174

⁵⁹ Vê-se na Suécia, desde 1975, tal Conselho tendo em sua composição um Diretor-Geral, quatro Juízes, sendo dois presidentes da Corte Suprema e dois Presidentes das Cortes de Apelação, dois membros do Parlamento, um advogado e dois representantes sindicais. As principais atribuições do Conselho sueco são formular o projeto de orçamento para o Judiciário, distribuí-lo entre os diversos ramos da Justiça e ainda desenvolver e ordenar a política de custeio e investimento do Judiciário, além recrutar, treinar e nomear magistrados. Mais que uma agência reguladora e menos que um Poder Estatal, como se constata.

orçamentário-financeiros, para definir as prioridades orçamentárias, alocação e distribuição dos recursos, bem como o controle dos gastos; iii) administrativos, de modo a supervisionar a administração da Justiça, a promover a uniformidade das leis, e, eventualmente, das decisões judiciais, sem perder o objetivo de otimizar as respostas jurisdicionais; iv) regulamentar, de disciplina ordinária ou derivada; v) gestão das cortes, ao cuidar de suas instalações, recursos logísticos, seleção e treinamento dos juízes e dos demais funcionários da Justiça.

Na Europa continental, elencando-se, Espanha, a França, a Itália e Portugal, detêm os conselhos menos ‘poder’, cabendo-lhes apenas a indicação de nomes para os cargos e de medidas disciplinares que se venham a demonstrar necessárias às condutas censuráveis dos juízes em desacordo com a lei ou com o Código de ética. O autor José Adércio Leite Sampaio acrescenta que “história dos conselhos judiciais está umbilicalmente ligada ao processo de independência do Poder judiciário na Europa Continental e, mais especificamente, na França e na Itália”. O Judiciário não foi desenhado como um “Poder propriamente, senão como uma função especializada ou como um Poder invisível e nulo”. O principal foco de ‘poder’ era a Assembléia ou Parlamento, atrelado à idéia de soberania popular, contudo, ao longo do tempo e maturação das liberdades individuais pensou-se na necessidade de autonomia do Judiciário. Portanto, o Judiciário nesses países não nasce plenamente autônomo, mas por força das circunstâncias e necessidade ocorre um lento, contínuo e progressivo fortalecimento da instituição para tanto.

Romano apresenta um poder regulamentar geral que se consolidou na Itália e na França, onde o “chefe de Estado pode emanar regulamentos de execução, que contêm normas necessárias para executar as leis”⁶⁰.

Christiane Vieira Soares Pedersoli⁶¹ afirma que, segundo a análise comparativa, “destoam as finalidades de implantação dos conselhos da magistratura no contexto europeu e no brasileiro”, posto que “CNJ foi implantado não para garantir uma independência já consagrada, mas para controlar, fiscalizar a atividade administrativa e financeira do Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais, pelos juízes”.

⁶⁰ ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 355

⁶¹ PEDERSOLI, A atribuição Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça: um estudo sobre a concretização normativa (in)direta da Constituição da República Brasileira em nível regulamentar. Belo Horizonte, 2009. 93f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 64

Semelhanças no modelo latino- americano e europeu continental podem ser destacadas também, como o fato de existirem fortes laços do Judiciário com o Executivo, mormente no que se refere às formas de ingresso na Magistratura e das questões disciplinares e sancionatórias.

Na França, conforme destacado por Adércio Leite Sampaio, “decisões do Conselho Superior francês podem ser revistas pelo Conselho de Estado, o que o define claramente como órgão puramente administrativo”.

A atual constituição Francesa data de 28 de setembro de 1958, quando houve um referendo, sendo o texto submetido à aprovação dos eleitores franceses, e após dez anos, verifica-se forma mais acabada do texto a partir de 4 de outubro de 1968. Algumas emendas chamam a atenção, advindas de leis constitucionais, como a da Loi Constitutionnelle n° 2005-205, de 1° de março de 2005, que foi denominada do meio-ambiente (la Charte de l’environment).

A Constituição afirma ser a nação francesa uma república indivisível, laica, democrática e social, proclamando a todos a igualdade em face da lei, de todos os cidadãos, sem distinção de origem, raça e religião (l’égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d’origine, de race ou de religion)_ como dito, isso é “em face da lei”. Além de garantir que a república francesa respeita todas as crenças (elle respecte toutes les croyances).

Segundo a Constituição Francesa e todo o arcabouço do sistema constitucional cabe ao Presidente da República assegurar, através de arbitragem, o funcionamento regular dos poderes públicos, realizando o princípio da continuidade do Estado. Na figura do Presidente, Chefe do Executivo, repousa a garantia da independência nacional, da integridade do território e do respeito aos tratados nesse sistema. O mandato presidencial na França é de cinco anos, o que assemelha ao nosso sistema eleitoral é o fato de o voto ser também direto, exige-se a maioria absoluta dos votos válidos.⁶²

O Presidente da República nomeia o Primeiro-Ministro, e nesse ponto há um nítido afastamento do nosso regime presidencialista da experiência parlamentarista. Cabe ao Primeiro-Ministro indicar os demais membros do governo, a fim de compor um Conselho de Ministros, que será dirigido pelo Presidente.

⁶² Na medida em que candidato não alcance a referida maioria, organiza-se um segundo turno, a ser realizado quatorze dias depois do primeiro escrutínio. Regulamenta-se com pormenor a colmatação da vacância do cargo de presidente, por morte ou afastamento.

Há dispositivo que concede poderes excepcionais ao Presidente em casos indicados pela Constituição. Vale salientar que normalmente o Presidente dirige os Comitês e Conselhos responsáveis ou afeitos à segurança nacional, desempenhando a função de Chefe de Exército também. Quanto às excepcionalidades, trata-se de ameaças graves e imediatas às instituições da República, à independência da nação, à integridade territorial e à continuidade dos poderes públicos e constitucionais. Ao presidente conferiu-se o direito de perdão –graça- (le président de la République a le droit de faire grace).

Nesse período, para segurança da democracia a Assembléia Nacional não pode ser dissolvida, pois a existência deste contrabalança a concessão de poderes excepcionais ao Presidente. O parlamento é bicameral. Compreende a Assembléia Nacional e o Senado. Os deputados que compõem a Assembléia Nacional são eleitos pelo voto direto. A representação do Senado é escolhida pelo voto indireto, o sistema assim é projetado com o objetivo claro de assegurar a representação de coletividades territoriais na República⁶³, além dos cidadãos franceses que residam fora da França, já que são representados no Senado (les français établis hors de France sont représentés au Sénat).

O Conselho Constitucional é uma das instituições mais típicas do direito constitucional francês: composto de nove membros, que têm mandato de nove anos, não abrangendo recondução, a instituição assim se renova a cada três anos em um terço de seus componentes.

A dita renovação se perfaz da seguinte forma: três membros são indicados pelo presidente da República, três pelo presidente da Assembléia Nacional e três pelo presidente do Senado. O presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo Presidente da República, seu voto é de qualidade e sua voz é preponderante em caso de impasse (il a voix prépondérante en cas de partage), tal como um voto de “minerva”.

⁶³ O parlamento vota leis referentes a direitos civis e garantias fundamentais pertinentes aos cidadãos e ao exercício das liberdades públicas. Define leis relativas à nacionalidade, ao estado e a capacidade das pessoas, ao regime matrimonial, a sucessões e doações. Identifica tipos penais e respectivas penas. Trata do regime de emissão de moeda e legisla em matéria tributária. O parlamento francês determina regras relativas ao regime eleitoral de assembleias parlamentares e locais, a garantias fundamentais de funcionários públicos (civis e militares), identifica princípios fundamentais atinentes à organização geral da defesa nacional, à livre administração dos espaços públicos, matéria de ensino, preservação do meio ambiente, regime de propriedade, direitos reais e obrigações civis e comerciais, direito do trabalho, direito sindical e seguridade social. O parlamento tem competência para autorizar declaração de guerra (la déclaration de guerre est autorisée par le Parlement). O estado de sítio é decretado pelo Conselho de Ministros. A iniciativa no processo legislativo é concorrente entre o primeiro-ministro e os membros do parlamento. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O direito constitucional francês. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n.1656, 13 jan.2008. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/10851>>. Acesso em 21 fev.2013

Ocorre, por Lei Orgânica, a fixação de incompatibilidade entre as funções de membro do Conselho Constitucional e as de ministro ou membro do Parlamento, nos estritos termos da Constituição Francesa atual.

Dentre as funções do Conselho Constitucional, destacam-se: (i) velar pela regularidade da eleição para presidente da República, (ii) examinar reclamações e proclama resultados (il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin) relacionados as eleições.

No tocante ao controle de constitucionalidade exercido pelo Conselho Constitucional tem-se que acarreta efeitos concretos, uma vez que eventual dispositivo declarado inconstitucional não pode ser promulgado ou implementado (une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application), sem qualquer possibilidade de recurso para tais decisões do Conselho Constitucional (les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours). Nesse mister, estabeleceu-se que essas decisões devem ser acatadas pelos poderes públicos e por todas as autoridades administrativas e jurisdicionais, como efeitos vinculantes *erga omnes*, portanto.⁶⁴

Quanto ao poder Judiciário propriamente, observa-se que a autoridade é garantida pelo Presidente da República, segundo a Constituição Francesa (le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire), conferindo certo grau de dependência. O Estatuto da Magistratura Francesa é definido por Lei Orgânica. Há a garantia constitucional da inamovibilidade dos magistrados. O modelo do judiciário francês apresenta algumas peculiaridades em relação ao caso brasileiro, dentre as quais a sua bipartição: há os juízes propriamente ditos (les magistrats du siège) e os magistrados ligados ao Ministério Público (magistrats du parquet).

⁶⁴ No que se refere ao poder constituinte derivado ou revisional, i.e, proposição de Emendas à Constituição, indica-se que a iniciativa pertence concorrentemente ao Presidente da República, mediante proposta do primeiro-ministro e aos membros do Parlamento. A proposta de revisão deve ser votada pelas duas assembleias e posteriormente deve ser sujeita a aprovação por referendo, com exceções, a exemplo de projeto que o presidente submete ao Congresso, e que lá recebe maioria qualificada de três quintos dos votos válidos. A forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão constitucional, núcleo intangível, cláusula pétrea. Ocorre ainda a Alta Corte de Justiça (La Haute Cour de Justice), composta por membros eleitos pela Assembleia Nacional e pelo Senado. A própria corte elege seu presidente entre seus membros atuantes. Determinou-se que lei orgânica fixa a composição da Alta Corte, suas regras de funcionamento, além do modelo procedimental que a rege. No que toca à responsabilidade por atos políticos definiu-se que os membros do governo são penalmente responsáveis pelos atos praticados no exercício das funções. A competência para o julgamento dos componentes do governo é da Corte da Justiça da República. Essa corte é composta por 15 membros.

Nesse contexto e sistemática insere-se o Conselho Superior da Magistratura Francesa_ que exerce papel diverso do Conselho Constitucional, e muito específico_ sendo também presidido pelo Presidente da República, o Ministro da Justiça exerce a vice-presidência.

Como dito, o Conselho Superior da Magistratura Francês é presidido pelo Presidente da República, tendo por vice o Ministro da Justiça, além de 12 representantes do Judiciário e do Ministério Público por eles indicados, de um integrante do Conselho de Estado e de três nomes escolhidos pelo chefe de Estado. Uma das competências é a indicação ou recomendação de nomes ao Presidente da República para os postos judiciários. Não sendo incomum o pronunciamento público, de iniciativa exclusiva, a fim de “repudiar atentados contra a independência dos Juízes, como sucedeu no início de 2006 com a convocação de magistrados para deporem perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada para apurar a regularidade da prestação jurisdicional no affaire Outreau, objetando o poder da comissão para inquiri-los sobre a elaboração de suas decisões”⁶⁵.

Conforme se percebe não há uma rígida divisão ou separação de poderes que confira por si só autonomia e independência aos órgãos entre si tal como fixado por nossa leitura constitucional, haja vista a dependência e ligação do Judiciário ao Executivo francês, assim o Conselho Superior da Magistratura na França se incumbe justamente da função de garante da medida de independência possível e compatível com mandamento constitucional. A independência estrita consagrada nota-se entre o Executivo e o Poder Legislativo com maior clareza e deferência.

Por outro lado, o instituto italiano apresenta-se como órgão destinado à nomeação e função disciplinar dos magistrados, comungando das mesmas características administrativas do modelo francês, mas sua atribuição normativa é inexistente. Pedersoli informa que sua “atuação [“normativa”] ocorre, mormente, mediante cartas e pareceres destinados ao Presidente da República, bem como comunicações de caráter geral”.

No modelo italiano observa-se a seguinte composição: O *Consiglio Superiore della Magistratura*, tal qual o francês, é presidido pelo Presidente da República, integrado pelo Presidente da Corte de Cassação, do Procurador-geral, de dezesseis membros escolhidos pelo Judiciário dentre seus integrantes e de dez *renomados* juristas escolhidos pelo Parlamento para um mandato de 04 (quatro) anos. Suas atribuições estão previstas no artigo 10 da L. 24 marzo 1958, n. 195, destacando-se que o seu poder regulamentar se expressa como “atividade

⁶⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 183

paranormativa, a qual pode resultar na formulação de três atos distintos: regulamento interno, de administração e contabilidade; regulamento para a aprendizagem dos ouvintes judiciários; circulares, resoluções e diretivas”. Romano afirma que tal atribuição consiste em esfera muito limitada que “têm em geral eficácia apenas interna”.

Na Espanha, Javier Pérez Royo narra que o Consejo General del Poder Judicial é integrado pelo presidente do Tribunal Supremo, e por vinte membros nomeados pelo Rei, para um mandato de 05 (cinco) anos, sendo 12 (doze) deles oriundos do Judiciário. Entre competências estão: a seleção e a nomeação de Juízes, cursos de formação continuada (para aperfeiçoamento), definição de promoções, regime disciplinar e o sistema de inspeções judiciais, dar apoio aos Juízes que se sintam atacados em sua independência, manifestar-se nos anteprojetos de Leis que versam sobre o Judiciário e o exercício da função jurisdicional. O CGPJ está previsto no artigo 122 da Constituição Espanhola, e é definido como órgão constitucional autônomo encarregado do governo dos Juízes⁶⁶.

Na reforma operada em 1994, o legislador espanhol enfrentou o problema sobre os limites do poder regulamentar do conselho espanhol, incluindo no artigo 110, item 2.º, da LOPJ, uma extensa e concreta enumeração de matérias, de modo taxativo, a respeito do que podem versar os regulamentos do CGPJ, vedando a inovação de direitos e deveres ou qualquer outro tipo de alteração essencial ao listado exhaustivamente.

O caso brasileiro diverge dessa linha, já que não há explicitação e limitação exhaustiva das atribuições e competência do CNJ, em muitos casos busca-se como parâmetro a prática dos Tribunais Superiores, como citado anteriormente acerca da possibilidade de audiências públicas e abertura à participação e consulta popular em assuntos portentosos e polêmicos de grande repercussão.

Retornando ao contexto espanhol, Pedersoli descreve que o poder regulamentar externo “manifesta-se pela edição de regulamentos notadamente executivos”, sendo “importante demarcar não ter sido tal competência prevista originariamente pelo legislador quando da edição da *Ley Orgánica del Poder Judicial* em 1985, cabendo-a tradicionalmente ao Ministério da Justiça”. Concluindo ante o dado fático que, “obstaculizando-se a previsão concernente apenas à regulamentação interna, de fato já se podia constatar uma tendência *ad extra* nos regulamentos, o que evidencia o descompasso entre teoria e prática”. E continua na

⁶⁶ ROYO,. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2002. P. 874.

com o remarque de que o CGPJ não possui poder legislativo, nem mesmo tem acesso à Constituição espanhola, sua vez que há clara submissão às leis.⁶⁷

Passe-se à descrição da realidade de controle do Judiciário português, segundo a lição de Canotilho, onde os “os conselhos superiores de administração e gestão das magistraturas apresentam-se, no figurino constitucional, como órgãos de defesa da independência externa dos magistrados relativamente a outros poderes estranhos à organização judiciária”. Sustenta esta afirmação também em sua composição, o que indicaria que “não se trata de órgãos de autogoverno da magistratura ou do Ministério Público”.⁶⁸ Ressalta Canotilho que as “funções dos conselhos superiores não podem perturbar a independência interna dos magistrados, isto é, o livre exercício da sua atividade sem quaisquer vínculos perante os órgãos dirigentes da magistratura ou dos tribunais superiores (a não ser os prescritos nas leis)”.

Ainda acerca de Portugal, Adércio Leite Sampaio afirma que o Conselho Superior da Magistratura é o “órgão de gestão e disciplina da Magistratura judicial, salvaguardadas as garantias institucionais de independência, inamovibilidade e da não responsabilização pelas decisões tomadas pelos Juízes”. Sendo composto também por dezesseis membros ordinários ou vogais, dois dos quais nomeados pelo Presidente da República, sete pelo Parlamento e sete pelo Judiciário, sendo um Juiz do Supremo Tribunal de Justiça, que exerce funções de vice-presidente, dois Juízes dos Tribunais de Relação e quatro Juízes de Direito.

Como mencionado acima, o modelo da Europa Nórdica mostra-se com uma relativa independência do Executivo, bem como demonstra possuir atribuições de autogoverno do Judiciário em sua quase plenitude.⁶⁹

⁶⁷ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição ..., p. 67.

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª. Edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 598.

⁶⁹ Ademais, na década de 60, vislumbra-se a criação em diversos países de Conselhos de Justiça, chamando atenção para a implementação do Conselho Canadense em 1971, cujo objetivo principal é de promoção da eficácia e efetividade da prestação jurisdicional, a uniformidade e o aperfeiçoamento da qualidade dos serviços judiciários das Cortes, realizando também investigações por meio de suas comissões de inquérito. No hemisfério oriental, vale mencionar a experiência interessante do Japão, suso citado, que garante a independência dos magistrados sem Conselho de Justiça. No país, a Suprema Corte se encarrega de escolher os magistrados, submetendo listas de nomes ao Conselho e Ministros. Os juízes detém mandato de dez anos, prorrogável por igual período. A Corte, porém, possui forte caráter reconhecidamente político, sendo sua composição determinada pelo governo, em seguida às eleições, de tal forma que caso haja de queda de um Gabinete (modelo parlamentarista), ou a cada dez anos, ocorre a saída dos Ministros da Corte. Não há o que se cogitar também em autonomia orçamentária e financeira.

No que se refere à China: (...) nem juízes nem promotores precisam ser necessariamente formados em Direito, mas necessariamente tem forte ligação com o partido comunista. O que não significa outra coisa senão dizer que o Partido exerce o controle da atuação judicial, inclusive discutindo os casos mais importantes e sugerindo soluções ou encaminhamentos.

O continente Latino-Americano vem vivenciando um processo recente de reforma de suas instituições judiciárias com o objetivo de fortalecer a administração da Justiça, haja vista o contexto de redemocratização política concomitantemente vivenciado, tanto sob a forma de democratizar a prestação judiciária, mediante ampliação de vias de acesso e simplificação de procedimentos, quanto sob inspiração moralizante ou econômica, por meio da criação de mecanismos de transparência e de controle dos gastos dos Tribunais. A crítica feita por Sampaio é que a criação de tal órgão nos moldes europeus, “poderia incidir na ingerência do poder Executivo no governo do Judiciário, especialmente ante a intervenção do Ministro da Justiça, com a criação de um órgão censor ou de controle administrativo a possibilita a ingerência de outros poderes”.

Como já exposto, na Argentina, a reforma constitucional de 1994 previu a instituição do *Consejo de la Magistratura*, atribuindo-lhe a função de selecionar os magistrados e realizar a administração do Poder Judiciário. Os mandatos são de quatro anos, com possibilidade de uma recondução. Assim dispõe o artigo 114 da Constituição Federal Argentina:

Artigo 114 – O Conselho da Magistratura, regulado por uma lei especial sancionada pela maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara, terá a competência da seleção dos magistrados e a administração do Poder Judiciário. O Conselho será eleito periodicamente de modo que se procure o equilíbrio entre a representação dos órgãos políticos resultante da eleição popular, dos juízes de todas as instâncias e dos advogados de matrícula federal. Será integrado por outras pessoas do âmbito acadêmico e científico, no número indicado pela lei.

Serão suas atribuições: 1. Selecionar mediante concursos públicos os postulantes às magistraturas inferiores. 2. Emitir propostas em listas vinculantes, para a nomeação dos magistrados dos Tribunais inferiores. 3. Administrar os recursos e executar o orçamento que a lei assinala para a administração da justiça. 4. Exercer faculdades disciplinares sobre os magistrados. 5. Decidir a abertura do procedimento de remoção dos magistrados, e, se for o caso, ordenar a

Em 2000, apenas 9% dos magistrados chineses tinham curso superior. A seleção é feita pelo Comitê local do partido comunista e confirmada, invariavelmente, pelo Congresso do Povo da região. Não existem regras claras sobre o processo e critérios de escolha dos candidatos, sendo que a remoção dos Juízes segue mais a vontade dos líderes partidários do que apuração contraditória de descumprimento de deveres funcionais. Havendo divergência de um Tribunal sobre determinado assunto, o fato é relatado ao Comitê, admitindo-se a revisão do julgamento.

Na Índia, há ativismo da Suprema Corte e das instâncias judiciárias inferiores, mas o país não tem Conselho Judicial. Há notícia de um elevado índice de corrupção do Judiciário. Quanto ao Oriente Médio, verifica-se que quase todos os países possuem previsão constitucional de um Conselho da Magistratura, mas este possui dependência administrativa e orçamentária em relação ao Executivo.

suspensão, e formular a acusação correspondente. 6. Ditar os regulamentos relacionados com a organização, judiciária e tudo aquilo que seja necessário para assegurar a independência dos juízes e a eficaz prestação dos serviços da Justiça.

A Argentina, ainda, em 2006 levou a cabo reforma para aprimoramento desse Conselho. O que resultou na redução de seu poder regulamentar, bem como reestruturação em sua composição com redução no número de seus membros, que passaram de 20 para 13 conselheiros para evitar a invasão da seara de competência do Poder Legislativo.

As principais decisões do CNJ e a mais recente e polêmica proposta de Resolução _

À essa altura, faz-se necessário relacionar algumas das decisões e resoluções já editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, não somente à guisa de exemplo quanto a abrangência de sua competência e atribuições, mas também a fim de visualizar ou mensurar o quantum de contribuição (ou não) representa o órgão na dinâmica entre os Poderes e especialmente na estruturação e reformulação do Poder Judiciário, bem como os reflexos práticos e internos dessa inovação institucional.

Cabe mencionar as diversas frentes de atuação do órgão em tela, já que o CNJ tem como missão aprimorar o serviço prestado pelo Judiciário, e assim vem promovendo e incentivando tanto programas em caráter permanente quanto campanhas sociais, como os elencados:

Advocacia voluntária: programa que oferece assistência jurídica gratuita a presos e aos seus familiares que não têm condições de pagar um advogado;

Cadastro Nacional de Adoção: levantamento que auxilia juízes das varas de infância e da juventude na condução dos procedimentos de adoção, possibilitando agilidade nos processos;

Campanha Lei Maria da Penha: o CNJ trabalha divulgando a legislação entre a sociedade, para que mulheres que sofrem violência doméstica tenham acesso à justiça;

Casas de Justiça e Cidadania: iniciativa que visa implantar rede integrada de serviços e credenciar comunidades locais às casas. Os locais desenvolverão trabalhos destinados a promover a cidadania, a disseminar práticas voltadas à proteção de direitos fundamentais e à garantia do acesso à cultura e à justiça;

Começar de Novo: programa que pretende estimular órgãos públicos e a sociedade civil a oferecer vagas de trabalho e

cursos de capacitação profissional a presos e egressos do sistema carcerário;

Conciliação: projeto responsável por promover audiências conciliatórias para solucionar conflitos e estabelecer acordos, dando agilidade ao andamento dos processos;

Crack, Nem Pensar: A ideia é disseminar as informações por meio das Coordenadorias da Infância e Juventude dos tribunais.

Justiça ao Jovem: O Programa Justiça ao Jovem foi elaborado para que os adolescentes sob custódia do Estado tenham tratamento diferenciado dos adultos, hoje cuidados pelo Mutirão Carcerário.

Mutirão carcerário: o projeto objetiva fazer diagnóstico do sistema carcerário brasileiro para garantir o bom funcionamento da justiça criminal.

Pai Presente: O programa Pai Presente, coordenado pela Corregedoria Nacional de Justiça, objetiva estimular o reconhecimento de paternidade de pessoas sem esse registro.

A adoção do processo eletrônico também pode ser apontada como uma contribuição do Conselho no que tange à sistemática processual, no intuito de aprimorar e imprimir maior celeridade e dinamismo, além de atender à economicidade, diminuindo os volumes de papéis despendidos, caminhando-se assim pra tanto um melhor aproveitamento e agilidade com o ferramental virtual e digital, quanto à satisfação do imperativo e primado da *sustentabilidade*, consagrado em nossos dias, na atividade estatal.

Sendo assim, opta-se por selecionar dentre os atos normativos editados até então, as que pareceram nesta amostragem suficientemente relevantes e significantes para algumas conclusões:

Iniciando pela resolução que pôs fim ao nepotismo no Judiciário, e de certa maneira informou e orientou a observação prática do princípio constitucional imperativo a toda a Administração Pública e ao próprio Estado, no geral, uma vez que se conjuga com o princípio republicano, a Resolução n.º07 de 2005 veda o exercício de cargo comissionado ou função gratificada por parentes de até terceiro grau de magistrados ou de servidores com atribuições de direção ou assessoramento, ou seja, cargos comissionados e de confiança.

Houve ainda a preocupação em prever uma possível burla ou fraude ao enunciado, vedando também o denominado "nepotismo cruzado", que acontece mediante a “troca de favores” nas nomeações ou designações, além disso, coibiu a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço com empresas que tenham, entre os empregados, pessoas

com aquele grau de parentesco em relação a membros e juízes vinculados ao tribunal contratante, ou relacionados ocupantes de cargos de direção e assessoramento.

Com o intuito de não gerar um colapso na administração ou até descontinuidade do serviço público, ficou determinado à época um lapso temporal razoável para a implementação da medida, portanto, caberia aos presidentes dos tribunais, no prazo de 90 (noventa) dias, exonerar os então ocupantes de cargos de comissão ou função gratificada contratados sob condições descritas na Resolução em epígrafe.

Essa noventena começaria a correr a partir da data de publicação da resolução.

A medida representou um grande passo na ruptura com comprometimentos clientelistas e na mentalidade patrimonialista dentro do ambiente de *res publica* (que não significa de forma alguma coisa de ninguém, mas antes de todos e por isso não pode, nem deve ser apropriado por alguns) impregnado pela corrupção crônica em nossa realidade nacional.

Grande foi a grita e repercussão dessa Resolução entre os três Poderes e também socialmente ante a larga veiculação pela mídia da medida.

Outra contribuição significativa que tem provocado alguma mudança de mentalidade não só aos órgãos julgadores, mas no contexto social é o Movimento pela Conciliação iniciado em 2006., na esteira de projeto de modernização e efetividade da prestação jurisdicional.

Este é um movimento institucional do Conselho Nacional de Justiça que tem ocorrido em campanhas continuadas e anuais⁷⁰ desde 23 de agosto de 2006, com o fulcro de estimular a atuação do Poder Judiciário como um mediador em processos judiciais, buscando um melhor gerenciamento e administração dos conflitos, vez que se as próprias partes atingem o consenso possível, a tendência de apaziguamento ou pacificação social se expressa e intensifica.

Como manifesto nas razões da medida, o principal objetivo é transformar e reverter a situação de morosidade do Poder Judiciário brasileiro, vislumbrando aproximar os números

⁷⁰ Ainda em 2006, o slogan da campanha foi "Conciliar é legal e faz bem", e o dia 8 de dezembro foi escolhido como o Dia Nacional da Conciliação. No ano seguinte, em 2007, ocorreu a "Primeira Semana Nacional pela Conciliação" de 03 a 8 de dezembro, com a participação de mais de três mil magistrados e 20 mil servidores e colaboradores. Segundo dados oficiais, mais de 300 mil pessoas foram atendidas. [5] A então Presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, disse em discurso proferido em Belo Horizonte, dia 3 de dezembro de 2007, que a conciliação "permitirá alcançar no futuro uma sociedade menos litigiosa em que o Estado somente intervenha diante da impossibilidade de composição e de acordo", , segundo informações veiculadas pelo site Consultor Jurídico, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-dez-02/tj-mg_faz_campanha_incentivos_conciliacao> acesso em 25 de janeiro de 2013 e pelo site: <<http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=68159&titulo=mauriciomonteiro>> publicação de 05 de dezembro de 2007.

nacionais aos dos países desenvolvidos, onde a taxa de conciliação chega a 70% dos processos, conforme dados noticiados pelo site JusBrasil em 22 de novembro de 2007.

Foi editada a Recomendação n.º 8, que como orientação não tem força vinculante mas informativa, e de certo modo caráter pedagógico ao Poder Judiciário, sugerindo aos tribunais o planejamento e a viabilização das atividades conciliatórias.⁷¹

Outra Resolução que também expressa bem a que veio o órgão de controle sob foco é a que trata da definição de *atividade jurídica*.

Essa questão se suscitou tendo em vista a necessidade de experiência profissional para desempenho da atividade judicante.

Já através da Resolução Resolução n.º 11/2006, havia sido normatizada a matéria pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n.º 75, de 12 de maio de 2009, discutindo-se as finalidades e reflexos sociais da definição que manifestaria uma restrição, porém não irrazoada.

Na interpretação do CNJ a expressão *atividade jurídica* vem como requisito necessário ante a preocupação legítima de que o magistrado “iniciante” tenha preparação, experiência e maturidade profissional condizente ou minimamente exigível para a função.

A resolução em comento trouxe a seguinte redação, revogando em parte o teor da que a antecedeu:

“o Senhor Ministro João Oreste Dalazen assim proferiu:
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS À RESOLUÇÃO SOBRE
CONCURSOS PÚBLICOS PARA INGRESSO NA
CARREIRA DA MAGISTRATURA – Res n.º 75/CNJ
(...)

Atividade jurídica. Curso de pós-graduação. Conclusão ou início durante a vigência da Instrução Normativa n.º 11/CNJ. A resolução propõe que se revogue a Instrução Normativa n.º 11/CNJ e, portanto, que se desconsidere, doravante, para efeito de atividade jurídica, a participação em curso de pós-graduação promovido por Escolas oficiais de magistratura, na perspectiva de que essa experiência não traduz a vivência jurídica, na aplicação do Direito, de que cogita o mandamento constitucional. Pareceu-nos, enfim, que não é consentâneo com a Constituição Federal e tampouco conveniente equiparar à atividade jurídica atividades meramente acadêmicas, como os cursos de pós-graduação. Entretanto, a fim de preservar a boa-fé e para não surpreender o candidato que investiu nessa

⁷¹ Em 2008, o tema da campanha foi “Conciliar é legal e faz bem a si mesmo”, e o slogan foi “Conciliar é querer bem a você”. Em 2009, o tema foi “Conciliação - Com ela todo mundo ganha. Ganha o Cidadão. Ganha a Justiça. Ganha o País”., conforme constante dos sítios eletrônicos arrolados.

modalidade de qualificação, estimulado por norma editada pelo Conselho Nacional de Justiça (IN nº 11), ressalva-se, em norma de caráter transitório, a situação do candidato que concluiu ou iniciou curso de pós-graduação durante a vigência da Instrução Normativa nº 11/CNJ."

Nesta situação, diferentemente da Resolução acerca do nepotismo postou não com grande apoio e adesão social, muitas foram as críticas advindas do próprio meio institucional e acadêmico a medida. Esta foi acusada de demasiadamente restritiva e severa, sendo taxada até de desnecessária visto que a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n.º35, de 14 de março de 1979) já traria todas medidas/requisitos devido para a verificação da capacidade do candidato ao cargo de magistratura: trata-se das fases do concurso público para o aludido cargo e do estágio probatório, de 2 (dois) anos.

Outra decisão interessante é a veiculada na Recomendação 36, que diversamente das Resoluções, não tem força vinculante nem é oponível, mas opera como orientação sobre como agirem em situações difíceis, no nível da opinião expressa pelo Conselho Nacional de Justiça. Conforme consta no Portal Eletrônico do CNJ, primeiramente instituiu-se o Fórum do Judiciário para a Saúde, por meio da Resolução nº 107, em razão da crescente judicialização da saúde ocorrida recentemente, assim “decidiram criar um locus de discussão para auxílio aos magistrados”.

Ainda, segundo publicado no site, a avaliação dessa experiência e da própria idéia de criação de um Núcleo de Apoio Técnico aos magistrados nasceu de uma experiência bem sucedida ocorrida no Rio de Janeiro, que foi amplamente discutida no âmbito do Conselho.

O Conselheiro Ney de Freitas observou que:

O NAT pode auxiliar os juízes e desembargadores, principalmente na apreciação de um pedido de antecipação de tutela para fornecimento de medicamentos ou de tratamentos urgentes. A idéia é que, antes mesmo do pedido ser apreciado pelo juiz, o processo seja encaminhado ao NAT, que num prazo muito curto, no máximo 24 horas, elabora parecer manifestando-se sobre todas as questões técnicas suscitadas na ação. Assim, o magistrado terá elementos para melhor decidir sobre a questão.

Celeuma mais atual sobre o Conselho de Justiça se encontra instalada quanto a Proposta de Emenda Constitucional que deveria ou estava prevista para ser votada em novembro de 2012, de acordo com noticiado pela *Agência Senado*.

O Relator da Proposta, o senador Randolfe Rodrigues (PSOL-AP), que tornaria mais nítidas as competências do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Corregedoria Nacional de Justiça (PEC 97/2011), também em entrevista à Agência Senado, Randolfe disse ter acertado com o então presidente da Comissão de Constituição e Justiça, senador Eunício Oliveira (PMDB-CE), para que a matéria fosse em votação em novembro. Sabe-se que a PEC voltou para reexame, após audiência pública que discutiu a proposta, apresentada pelo (atual) ex-senador Demóstenes Torres.

Poucas foram as alterações perpetradas até o momento segundo o site institucional de notícias; a proposta de Emenda se estenderia também ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Apesar da PEC ter sido apontada como uma das prioridades para o Senado no princípio de 2012, até o presente momento não houve nada concreto, apenas debates e propostas de alteração do projeto. A polêmica e urgência da apreciação legislativa sobre as competências do CNJ veio à tona no final de 2011, quando o ministro Marco Aurélio determinou que, em decisão liminar⁷², o Conselho não poderia investigar magistrados antes das corregedorias da Justiça a que pertencesse o juiz, permanecendo na posição crítica que manifestou no julgamento da ADI 3667.

Em seguida, essa decisão do Min. Marco Aurélio foi revista pelo Plenário do STF, que, por seis votos a cinco, garantiu a autonomia e competência do CNJ para investigar os juízes, decidindo pela competência concorrente do CNJ para tanto. Antes, na liminar concedida o Ministro Marco Aurélio esposou que a competência do CNJ nos casos de desvio funcional praticado por magistrado seria subsidiária, ou seja, precisaria se aguardar que primeiro as Corregedorias locais examinassem a questão.

Mas a tese vencedora na Corte foi a que reconhecia a viabilidade de, ante a notícia ou denúncia de um desvio funcional praticado por magistrado, poder iniciar processo administrativo disciplinar contra o juiz, sem ter que aguardar a respectiva Corregedoria local,

⁷² A Associação Nacional dos Magistrados Brasileiros – AMB ingressou perante o STF com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4638) contra a Resolução 135, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre o procedimento administrativo disciplinar aplicável às infrações praticadas por magistrados.

e mais, atestou-se que o Conselho teria competência de iniciar investigações contra os magistrados sem necessidade de expor seus motivos.

Os votos vencidos foram do já citado Min. Marco Aurélio, do Ministro Luiz Fux, Cezar Peluso e Celso de Mello, todos no sentido da subsidiariedade.

A Comissão de Constituição e Justiça em fevereiro de 2012 realizou audiência pública para discutir a proposta em comento.

Segundo o senador Randolfe Rodrigues, *“em sua maior parte, os dispositivos da PEC não fazem mais do que explicitar comandos que já existem na redação vigente do texto constitucional”*. E ainda de acordo com a interpretação do parlamentar, à luz da Emenda, estaria implícito que *“tal atribuição implica processar e julgar faltas disciplinares dos magistrados”*, prescindindo de qualquer ação prévia ou preliminar das Corregedorias Estaduais.

No entanto, algumas alterações foram encampadas, dentre as quais, consideradas “inovações substanciais” na PEC, destaca-se a (i) concessão de foro por prerrogativa de função aos membros dos dois conselhos, ou seja o CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público, com função similar ao do Conselho Nacional de Justiça dentro de sua área de atuação, que só poderão ser julgados e processados pelo STF; acresceu também no que diz respeito à competência com (ii) a ampliação da competência revisional do CNJ, para que seja exercida quanto a processos disciplinares de agentes dos serviços auxiliares dos tribunais; (iii) a necessária paralisação dos processos em curso nos tribunais assim que for instaurado procedimento de apuração ou processo administrativo pelo CNJ ou pelo CNMP; e (iv) a competência dos corregedores para requisitar informações e documentos, inclusive sigilosos, às autoridades competentes.

Entre as modificações na proposta original, Randolfe Rodrigues destaca a individualização das responsabilidades, uma vez que o texto apresentado se refere às faltas disciplinares de órgãos do Poder Judiciário, o que seria inconcebível.

Tanto na proposta original quanto no substitutivo, não foram incluídas as penas de demissão e cassação de aposentadoria para os membros da Magistratura e do Ministério Público, porque já estão previstas na PEC 89/2003, de iniciativa ex-senadora e atual ministra

de Relações Institucionais Ideli Salvatti, aprovada pelo Senado em 2010 e que se encontra na Câmara dos Deputados, conforme informações da Agência Senado.⁷³

Vale mencionar a eventual ocorrência de constrições do jogo político, “as conveniências e oportunidades”. O outrora líder do DEM no Senado à época da “denúncia”, Demóstenes Torres (GO), acusou os colegas Aécio Neves (PSDB-MG), Renan Calheiros (PMDB-AL) e Francisco Dornelles (PP-RJ) de terem arquitetado operação que impediu a votação de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) garantindo os poderes de investigação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O Parlamento encara como, ainda que simbólica, reação necessária à decisão do STF limitadora dos poderes do Conselho Nacional de Justiça, segundo liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio Mello.

Alguns pronunciamentos de senadores demonstram bem o tom da situação e revelam os ânimos dos envolvidos, bem como intrigas políticas presentes, sejam as internas ao Legislativo ou que se mostram entre os Poderes, e que emergem no processo de votação legislativa da proposta:

“Isso é o Brasil. O Eunício Oliveira (PMDB-CE, presidente da CCJ) fez um compromisso e não cumpriu sua palavra. Soube que ministros do STF contra o CNJ ligaram. O Aécio, Renan e Dornelles pressionaram o Eunício, e ele retroagiu. Vivemos um dia de Câmara de vereadores” (Demóstenes Torres).

No mesmo sentido protestou a senadora Ana Amélia (PP-RS) ante ao encerramento da sessão da CCJ sem qualquer votação significativa da chamada PEC do CNJ no final de dezembro de 2011, e em sessão do plenário do Senado, asseverou que “o surgimento do Conselho foi um sopro de esperança para mostrar que o Judiciário não está livre de controle”. Essa declaração encontrou apoio em pronunciamento do líder do PSDB Alvaro Dias (PR) que enfatizou ser a votação e aprovação da PEC um importante recado à sociedade, dando conta que o Senado estaria trabalhando para fortalecer o CNJ.

Houve dessa feita, à época, acusação de que o então presidente da Comissão de Constituição e Justiça, senador Eunício Oliveira (PMDB-CE), por pressão dos líderes de seu

⁷³ Informações contidas no site de notícias do Senado Federal, disponível em; <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/08/23/pec-do-cnj-deve-ser-votada-em-novembro-diz-relator>> Acesso em 25 de janeiro de 2013.

partido político, teria optado em não dar seguimento à votação. Na imprensa salientou que o episódio ocorreu uma semana depois de o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso, crítico de recentes ações do órgão de controle “externo”, garantir a posse do senador Jader Barbalho (PMDB-PA) no Senado, após ter votado duas vezes para desempatar o resultado do julgamento que o excluiu da lista de barrados pela Ficha Limpa.

Por mais que tais notícias e pronunciamentos soem sensacionalistas e os fatos denunciados não possam ser provados, uma coisa é certa e assim interessa a este trabalho, o caráter e influência política do Tribunal são evidentes, notórios e por vezes um aspecto mais sensível que o judicial, dada a proximidade visível entre os partidos políticos e o Judiciário, a “denúncia” se baseia na especulação de que o Ministro Peluso teria agido após ter recebido em seu gabinete, no dia anterior, integrantes da cúpula do PMDB.

Enquanto o Supremo tem se mostrado reticente e extremamente cauteloso quanto a confirmação das atribuições constitucionais do CNJ, outros segmentos sociais e como se percebe o Parlamento tem se mobilizado para reafirmar suas competências e o formato institucional conferido pela EC 45/04.

CAPÍTULO III

O CNJ E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: A GARANTIA DA PRESTAÇÃO DE JUSTIÇA EFETIVA E A EFETIVIDADE DE JUSTIÇA.

3.1. Atuação do Conselho Nacional de Justiça e o tema acesso à Justiça segundo Cappelletti

A Resolução do CNJ nº 70, de 18 de março de 2009, instituiu o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, segundo o qual a missão e a visão do Poder Judiciário é a realização da justiça, e de forma efetiva também ser instrumento e meio à equidade e paz social.

Sendo para tanto estabelecido 15 (quinze) objetivos que refletiriam tais ideais e princípios:

- a) Garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos;
- b) Buscar a excelência na gestão de cursos operacionais;
- c) Facilitar o acesso à Justiça;
- d) Promover a efetividade no cumprimento das decisões;
- e) Promover a cidadania;
- f) Garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades do Judiciário;
- g) Estimular a interação e a troca de experiências entre tribunais nos planos nacional e internacional;
- h) Fortalecer e harmonizar as relações entre os Poderes, setores e instituições;
- i) Disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva;
- j) Aprimorar a comunicação com públicos externos;
- k) Desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes dos magistrados e servidores;
- l) Motivar e comprometer magistrados e servidores com a execução da estratégia;
- m) Garantir a infraestrutura apropriada às atividades administrativas e judiciais;
- n) Garantir a disponibilidade de sistemas essenciais de tecnologia de informação;
- o) Assegurar recursos orçamentários necessários à execução da estratégia.

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas

proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.12).

A instituição CNJ representa, portanto, um avanço nas relações e diálogos não somente entre os Poderes estatais, para aprimoramento da prestação e funções do Estado, como também se mostra como progresso nas relações do Judiciário (e em última instância o Estado), com a sociedade. Concretizando o ideal de acesso à justiça, mais que direitos formais promulgados em uma Carta de Direitos, mas de fato promoção da tutela dos direitos fundamentais, bem como as garantias constitucionais, tais como segurança jurídica, devido processo legal, tratamento isonômico etc.

O trabalho de Mauro Cappelletti e Garth trata da, em uma perspectiva sociológica e processualista, demanda na modernidade por uma sistemática, instrumentos e mentalidade jurídica que assegurem o acesso à justiça, um direito social fundamental. Os autores definem tal expressão como:

“A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.08).

Em um Estado Democrático de Direito, a prestação jurisdicional deve caminhar orientada pela celeridade e eficiência, já que a “justiça” tardia é injustiça, ou a lentidão irrazoada pode sugerir a inexistência de justiça. Como denuncia o trabalho de Cappelletti *“nossa estrutura jurídica não dá suporte para que toda a população que, normalmente, seria parte em uma lide, tenha acesso a tal na resolução de seus problemas, nem garante que todos os direitos expressos sejam efetivamente postos em prática.”*

Nesta perspectiva acessibilidade ao Judiciário significa estreitar os laços e aproximar a sociedade do Judiciário, e nesta esteira o CNJ contribui para a coesão e estabilidade social na medida em que promove uma das ondas de renovação do Judiciário e sistema de acesso à justiça, na concepção mais ampla de acesso. Não só acessibilidade, que efetivamente muito significa, mas também possibilidade de participação, de ação na transformação e modernização dos meios jurídicos, do sistema e do Poder Judiciário, na ótica da cooperação e

controle, superando a realidade drasticamente seccionada entre o campo jurídico e o campo social.

Esse é o espírito que informa o trabalho que trata sobre o Movimento do Direito Alternativo publicado em 2004*⁷⁴, nos seguintes trechos:

(...) A noção, idéia de “justiça” buscada como um santo graal, na verdade soa mais como um sentimento, uma sensação. O sentimento de justiça articula a propensão de uma comunidade a agir conforme sua própria representação do campo jurídico. (...)

Dupla atuação: jurista-cidadão e cidadão-jurista; dupla visão: a do mundo das vivências jurídicas propriamente ditas e a do mundo das vivências não imediatamente jurídicas. Essas duas visões implicam-se mutuamente e também sugerem duas linhas de reaproximação da cisão entre esses mundos.

A reconciliação entre a ética da responsabilidade (sopesamento entre os meios e fins) e a ética da convicção (reside na eleição de uma causa), o dilema apontado por Weber, aponta para a superação do dualismo responsável por cindir a moralidade moderna.

A reconciliação possível entre a ética da convicção e a ética da responsabilidade, os compromissos entre as funções como jurista-cidadão e cidadão-jurista, fazem que a aposta na democracia e no direito seja ao fim e ao cabo uma só.

Sem um mínimo ético ser observado não há nem mesmo algo para ser designar de sociedade.

Como enunciado por Cappelletti, *uma concepção mais ampla de acesso à justiça contribuiu na conscientização das pessoas a respeito de seus direitos, para que estas desenvolvessem instituições efetivas no controle do acesso à justiça.*

Os cidadãos, aqueles que podem ser identificados como usuários da justiça, são para os quais o CNJ foi instituído e se dirige, justamente com a missão de combater as conhecidas mazelas institucionais como a irrazoada lentidão e problemas operacionais, bem como questões mais sérias e inadmissíveis, tais como os desvios funcionais e a corrupção no Judiciário.

Nesta tendência de ondas renovatórias identificadas como necessárias e conseqüências da própria modernização do sistema jurídico, há diversas tendências à reforma dos procedimentos judiciais como um todo, elencando-se desde os métodos alternativos de decidir causas judiciais, pela arbitragem; a iniciativa e estímulo à conciliação; o incentivo econômico

⁷⁴ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES; Marcus Fabiano. Direito: ordem e desordem, eficácia dos direitos humanos e globalização. Florianópolis: Editora IDA, 2004.

na solução dos litígios fora dos tribunais⁷⁵; as instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causa especiais, com a devida criação, por lei, dos tribunais especiais; a mudança nos métodos tradicionais utilizados na prestação jurisdicional por métodos “parajurídicos” e mais simplificados, a fim de que, conjugadamente tais medidas, façam com que o sistema e direito seja de fato acessível, seja compreensível a todos, ao homem médio e o homem do povo.

Não partiu da sociedade qualquer questionamento ao CNJ, como se verifica em relação às ADI’s existentes. Não constam também ações nesse sentido de partidos políticos.

Pleitear isso é buscar a satisfação do ideal de cidadania, e mais, da própria noção de cidadania participativa; de integração entre a sociedade e Estados, do cidadão com os Poderes do Estado.

Superada essa primeira fase quanto ao desenvolvimento e implantação do CNJ, sobre os limites de sua atuação, o próximo questionamento e ponto a ser debatido talvez seja, justamente o mais sensível à nova dinâmica e relacionamento do Estado com os indivíduos que se pretende, como destacou o ex-Ministro do STF e da Justiça Nelson Jobim, em discurso proferido no ato em defesa dos poderes do CNJ⁷⁶, realizado em 31 de janeiro de 2012 pelo Conselho Federal da OAB, em Brasília:

"A função macro do CNJ, em relação ao controle, operacionalidade e respeitabilidade, não está mais sob debate. Agora discute-se a

⁷⁵ Na tomada de soluções e decisões pacíficas, como disposto na Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, considerando que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos exatos da Resolução/CNJ n.º 70, de 18 de março de 2009, vislumbrando os outros mecanismos de solução de conflitos, os consensuais, que são menos dispendiosos também.

⁷⁶ O ato contou com a presença de cerca de 500 pessoas, segundo informações do próprio Conselho Federal da OAB, na sede do Conselho Federal da OAB, e participam diversas entidades representativas da sociedade, como CNBB e ABI, parlamentares e renomados juristas. Presidentes de Seccionais e conselheiros da OAB de todos os Estados e do Distrito Federal, além de caravanas de advogados de diversas partes do País também estão presentes.

Integram a mesa os juristas Hélio Bicudo e Miguel Reale Junior; o senador Demóstenes Torres (DEM-GO); o representante da CNBB, Carlos Moura; o presidente do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), Fernando Fragoso; o presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Renato Sant’Anna; além dos representantes da OAB no CNJ, Jorge Hélio e Jeferson Kravchychyn, e toda a diretoria do Conselho Federal da OAB, entre outros. Dados disponíveis no site da instituição: << <http://www.oab.org.br/noticia/23386/jobim-faz-relato-da-historia-de-criacao-do-cnj-e-defende-suas-atribuicoes>>> Acesso em 28 de janeiro de 2013.

possibilidade de o cidadão dirigir-se diretamente ao CNJ e oferecer denúncia.”

É claro que cabe ressaltar que o Judiciário tem avançado nos seus objetivos e atendido cada vez mais uma maior número de conflitos e indivíduos. Segundo, pesquisa elaborada pelo próprio CNJ entre os anos de 2004 e 2009, pode-se ter dimensão do reflexo e panorama do acesso à Justiça atualmente:

Segundo a PNAD de 2009, 12,6 milhões de pessoas maiores de idade (9,4% dos brasileiros desta faixa etária) vivenciaram situações de conflito nos cinco anos prévios a setembro de 2009, período de referência da pesquisa (tabela A-1, anexo I). Os dois conflitos mais comumente observados foram os de natureza trabalhista (23,3%) e também os familiares (22,0%). Aqueles relativos à prestação de serviços também estiveram entre os mais expressivos. Ao serem somadas as disputas referentes ao fornecimento dos serviços de água, luz, telefone e também aquelas advindas das relações de consumo com instituições de intermediação financeira e bancos, chega-se à estatística de 17,1% do total de conflitos registrados pela PNAD 2009. Os conflitos na esfera criminal foram responsáveis por 12,6% dos casos, seguidos daqueles que se referem ao relacionamento dos cidadãos com o Estado, expresso pelo fornecimento de benefícios previdenciários e pela tributação (9,8% dos conflitos), conforme a tabela B-3, anexa.

Chama a atenção a grande quantidade de respostas classificadas como “outros” (10,4% dos casos) entre as áreas de conflito apontadas. É óbvio que qualquer qualificação destes casos não passará de mera suposição. Entretanto, é possível conjecturar que tais casos sejam conflitos de vizinhança, de acesso a outros serviços públicos, como medicamentos e tratamentos de saúde, assim como conflitos relativos a dívidas ou danos morais.

No que tange à busca por soluções, a PNAD de 2009 revela que 92,7% das pessoas que viveram situações de conflito procuraram formas de resolvê-las (tabela B-4, anexo I). Do universo dos que se empenharam em solucionar seus problemas, o Judiciário (incluindo os Juizados Especiais) foi o caminho escolhido por 70,2% das pessoas, seguido da polícia (6,6%) e do PROCON (3,9%). Para a maior parte dos conflitos trabalhistas, familiares, de terras e de moradia, assim como para os casos de impostos, tributação e previdência social, as ações judiciais foram a principal medida procurada para a pacificação dos conflitos.

O Judiciário foi a solução preferencial para 87,4% de todos os que viveram conflitos trabalhistas, a maior taxa entre todos os tipos de conflito (tabela B-2, anexo I). Percentagem também muito alta é referente aos conflitos familiares, pois 81% tiveram como providência o apelo aos juizados especiais e às cortes de justiça. No que diz respeito aos conflitos de terras ou moradia, e também no que tange aos conflitos envolvendo impostos ou tributação, o Judiciário concentrou a demanda da população em 77% e 74% dos casos, respectivamente.

Os conflitos na esfera criminal e também os relativos ao consumo de serviços de utilidade pública sobressaem nesta análise, pois concentraram menos a demanda por soluções nas instituições do Poder Judiciário. De todas as pessoas que viveram conflitos na esfera criminal, 52,4% recorreram aos tribunais e juizados, sendo a polícia o segundo agente mais demandado (32,5% dos casos).

Observou-se na pesquisa em referência ainda um total de 22,1% dos casos e conflitos que buscam solução (junto às) e se reportam às instituições inseridas na categoria “outros”. Frente a tal percentual, construiu-se o entendimento e explicação dos números através do sabido crescimento do papel desempenhado pelas agências reguladoras dos serviços de utilidade pública, bem como do papel do Banco Central na regulação dos serviços de intermediação financeira, sem, contudo, tal assertiva estar inteira e indubitavelmente sustentada em dados e elementos empíricos mais robustos⁷⁷.

Cogita-se que a demanda social direcionada a instituições alternativas ao Poder Judiciário pode alcançar o nível de 40% do total de pessoas que buscaram solução de conflitos consumeristas, o que representaria uma diminuição de litigiosidade nessa esfera.

Há ciência de um percentual de chamados desalentados, um grupo minoritário que é composto por aqueles entrevistados no bojo da pesquisa que declararam não buscarem solução dos seus conflitos nem nas instituições públicas e mais tradicionais, tais como o Judiciário, a polícia e o PROCON, e nem o fizeram pela via dos entes privados como igrejas, sindicatos ou associações, nem com “ajuda” de indivíduos e contatos em círculos sociais mais restritos, tais como conhecidos, amigos e família:

Tal minoria merece atenção em vista do grau de desalento que demonstram ter ao deixarem de agir por quaisquer meios para tentar solucionar o conflito considerado mais grave ocorrido nos últimos cinco anos.

Considerando o desalento perceptível em quase 1 milhão de pessoas que viveram conflitos entre 2004 e 2009, a área campeã diz respeito

⁷⁷ Tais instituições não foram contempladas no questionário do suplemento da PNAD 2009.

Conforme já afirmado na seção anterior, o total de pessoas que agiu para resolver seus conflitos é muito superior ao daqueles que não agiram, pois apenas 7,3% dos que apontaram conflitos não procuraram solucioná-los. Ao detalhar a busca por soluções segundo as áreas de conflito, conforme demonstra o gráfico, percebe-se que alguns tipos de conflito estimularam mais as pessoas a atuarem à procura de soluções. Os destaques mais relevantes são as áreas trabalhista, familiar e relativa a impostos e tributação. Nas matérias criminais e nos conflitos que envolvem relações de consumo, a percentagem de pessoas que viveram conflitos, mas não tomaram nenhuma iniciativa para a solução do problema, chega ao patamar de 11%, ou seja, quase três vezes o indicador da área trabalhista, e cerca de duas vezes as áreas dos conflitos familiares e relativas a impostos e tributação.

ao direito do consumidor, pois conforme os dados apresentados no gráfico 2, a maior proporção de desalentados é composta por pessoas que viveram conflitos relativos aos serviços de fornecimento de água, luz, telefone e também aos bancos (28,3%). O segundo lugar em desalento é ocupado pelos que experimentaram conflitos na esfera criminal, com 22,4% dos casos, seguido dos conflitos familiares (20,1%). Entre as principais áreas de conflito, chama a atenção que a esfera trabalhista apresente-se dentre uma das que menos desalentados possui, pois apenas 14,3% do total de pessoas não buscaram soluções.

Na investigação dos motivos e razões desse considerável índice de desalento, observou-se que do "universo das pessoas que não procuraram o Judiciário, 6,6% (250 mil pessoas) responderam que o motivo principal foi a **descrença** em relação às instituições que as compõem." ⁷⁸

Pelos indicadores informados, fala-se que é assim perceptível que o Judiciário é, ainda, o principal demandado pela população para a solução de conflitos. Sendo visível também que uma parcela minoritária da população adota postura passiva frente aos conflitos, refletindo a necessidade de que se faça futuramente uma avaliação do perfil dos desalentados e a relação com o nível de vida desta categoria.

Outro ponto explicitado na análise do suplemento da PNAD 2009 é quanto o grau ou nível de resolutividade do Poder Judiciário sob a perspectiva da população que o acessa, bem como a análise comparativa com dados e índices de outros países sob mesma essa perspectiva.

Por resolutividade, aplicou-se à pesquisa a idéia de ser o alcance das soluções para os conflitos entre a sua ocorrência e a data de realização da pesquisa, setembro de 2009.

De acordo com os gráficos 13,14 e 15 que preferimos acostar em anexo (conforme pp.132-134), o maior grau de resolutividade apresentado refere-se aos conflitos familiares, dos quais (25% dos que buscaram o Judiciário) 55,2% obtiveram soluções até a data da pesquisa. Nota-se que o nível de resolutividade do Judiciário nesta matéria é especialmente relevante pelo fato de os Tribunais, Varas e Juizados concentrarem muito da demanda pela solução de tais conflitos, diferente dos litígios trabalhistas, onde o Judiciário, conforme indicativos, empenhou mais de 87% da demanda por sua pacificação, mas os resultados do Judiciário nas questões trabalhistas tão satisfatório, visto que do total daqueles que buscaram

⁷⁸ A maior parte dessas pessoas não buscou nenhum outro tipo de solução (43%), demonstrando que a descrença em relação ao Judiciário possui relação com o desalento em relação a qualquer outro tipo de agente. Em segundo lugar, está a polícia, com 22% dos casos. Percebe-se que o Judiciário foi identificado como o principal responsável pelas soluções para cerca de 78% das pessoas com conflitos trabalhistas e 79% para os casos dos conflitos familiares. O segundo maior responsável pela solução dos conflitos nas duas áreas de conflito foram os advogados ou defensores públicos com 20,9% e 14,7%, respectivamente. Considerando-se que advogados e defensores atuam eminentemente perante o Poder Judiciário, pode-se afirmar que na quase totalidade os conflitos nessas duas esferas foram solucionados no âmbito do Poder Judiciário. No que tange aos conflitos familiares, a polícia também é apontada como responsável pelas soluções para 5,5% daqueles que tiveram soluções até a data da pesquisa, o que pode ter relação tanto com os casos de violência doméstica, quanto com os casos de garantia do pagamento das pensões alimentícias dos dependentes menores de idade.

o Judiciário para solução dos conflitos trabalhistas, apenas 42,5% obtiveram sucesso, lembrando que é essa a esfera, a trabalhista, a que possui maior quantitativo de pessoas, *“pois soma 29% dos que buscaram o Judiciário, o que significa que há um contingente grande de pessoas (1,5 milhão) ainda a espera de soluções.”*

Nota-se que além do índice de desalentados, como categorizado anteriormente, muitos outros ainda não vislumbraram a solução de seus conflitos ou pacificação, mesmo tendo acessado as vias tradicionais conforme o grau de resolutividade demonstrado na pesquisa, que se coaduna com o resultado obtido no relatório denominado “Justiça em Números de 2010” (CNJ, 2011). O que salta aos olhos da publicação é a taxa de congestionamento⁷⁹ apresentada, no tocante às execuções fiscais da Justiça, por exemplo, constatou-se em 91%, enquanto a taxa de congestionamento da justiça no geral está fixada em 69,64%.

Das pesquisas e levantamentos de dados efetuados no âmbito do CNJ mais recentemente, tem-se procurado suporte para fixação de metas e objetivos que redundem no aperfeiçoamento do serviço público que é a prestação jurisdicional, bem como do sistema Judiciário, na mesma tônica do que tem ocorrido em diversos países, ante a cobrança de aprimoramento.

Como mencionado, o debate quanto à atuação judicial de forma recorrente e principalmente recai sobre as questões a celeridade e a efetividade dos serviços na relação dos recursos existentes e da demanda da população por sua prestação. Dessa feita, análises comparativas realizadas nesse aspecto se pautaram na disponibilidade das informações, e tiveram por base três eixos temáticos: (i) os recursos materiais e humanos do Sistema de Justiça, (ii) a litigiosidade dos países, e (iii) o processamento desta litigiosidade (gráficos indicativos do Estudo acerca Poder Judiciário do Brasil em relação a outros países no anexo às pp.120 a 131).

Atestou-se que um dado quase intuitivo, a quantidade de juízes influencia de maneira direta a taxa de congestionamento, na produtividade e na percepção da população a respeito do Poder Judiciário do respectivo país.

É pertinente frisar que, a estrutura física, material e o desenho institucional do Judiciário também são variáveis que podem e são determinantes na qualidade da prestação jurisdicional.

Curiosamente, longe do que poderia ser senso comum, o estudo em referência aponta que os países latinoamericanos revelam média de advogados por cem mil habitantes bem superior às nações européias. E dentro do universo europeu, os países tipicamente latinos da Europa (Itália, Espanha e Portugal) de igual modo revelam indicadores bem acima da média da européia. E nesses países, observou-se que a taxa e congestionamento é tão elevado quanto mais elevada for a proporção de advogados frente a de juízes. Além desse dado, ponderou-se que relevantes e determinantes ainda são, no que interfere nesse grau de congestionamento, o

⁷⁹ A Taxa de congestionamento é o indicador utilizado para aferir, em determinado ano, o percentual dos processos em tramitação que ainda não foram baixados definitivamente. Portanto, uma taxa de congestionamento de 91% significa que de cada 100 processos que tramitavam em determinado ano, 91 não foram definitivamente resolvidos naquele ano.

número de instâncias recursais e possibilidades de recursos, a ostentável inflação de leis e normas e a inexistência ou incipiência do expediente de uma orientação jurisprudencial clara e consolidada.

3.2. O Impacto da Nova Dinâmica d Design Institucional proposto na Articulação entre os Poderes

O CNJ surge no cenário institucional como órgão que orienta, coordena e executa políticas públicas para, segundo a própria definição do órgão, *o bom desempenho da atividade judiciária dos tribunais e juízes do país*. Conforme o disposto no §5º do art. 103-B da CRFB/, cabe à Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do CNJ, *receber reclamações e denúncias referentes aos magistrados e aos serviços judiciários, requisitar e designar juízes, exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral*.

A função de Corregedor Nacional de Justiça é ocupada por um ministro indicado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), aprovado pelo Senado Federal e nomeado pelo Presidente da República. Está prevista a possibilidade de, para auxiliar no trabalho desenvolvido pela Corregedoria, o Corregedor requisitar magistrados dos tribunais de 1ª e 2ª instância, nos exatos limites legais.

Os programas desenvolvidos no âmbito da Corregedoria vão desde o Cadastro Nacional de Condenados por crime de improbidade administrativa, que consiste em um sistema de consulta pública que contém informações sobre processos já julgados, ou seja, observando-se o devido processo legal e a presunção de inocência, através do trânsito em julgado, e também se identifica entidades, pessoas jurídicas e físicas condenadas pelo crime de improbidade administrativa, além da gerência de um outro recurso ferramental, o Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas.

Esse último sistema tem a ver com o controle e análise dos pedidos de interceptações telefônicas solicitados aos magistrados para casos de investigação criminal, permitindo a coleta de informações que atestam a legalidade da interceptação e, garantindo maior segurança e independência à decisão do magistrado acerca da interceptação, livrando-o das pressões ou pelo menos as mitigando.

Tais programas são exemplo de ações contundentes e estratégicas, de abrangência nacional, na perspectiva de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro (que financia o crime organizado e “nutre” as organizações criminosas dentro e/ou fora da máquina estatal).

Anualmente, desse modo, membros do CNJ reúnem-se com mais outros órgãos do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo, totalizando mais de setenta instituições, com o objetivo de estabelecimento conjunto de metas e diretrizes para o desenvolvimento de uma política pública de ataque à questão crônica da corrupção, bem como o próprio aperfeiçoamento institucional a fim de prevenir e não somente contingenciar o problema.

A citada Corregedoria Nacional realiza ainda inspeções e audiências públicas nos tribunais, cartórios extrajudiciais, unidades judiciárias e administrativas a fim de relacionar eventuais deficiências para atuações estratégicas.

A doutrina defende, como se vê, que as atribuições conferidas por força da EC 45/04 ao CNJ em nada atingem, suprimem ou descaracterizam o autogoverno do Poder Judiciário e, portanto, consequencialmente a cláusula pétrea de separação de poderes e independência destes (art.60, §4º,III da CRFB/88).

Seja o controle administrativo e financeiro do Judiciário, sob o aspecto da operacionalidade, seja o controle ético-disciplinar dos magistrados, sob o prisma da respeitabilidade e confiança, como destacou em discurso suso mencionado o ex-Ministro do STF Nelson Jobim, certo é que a competência privativa dos Tribunais, de acordo com a dicção do art.96 da CRFB/88 combinado com o art.103-B, §4º, III, da CRFB/88, remanesce incólume.

Análise da Decisão do STF quanto à constitucionalidade do CNJ _ ADI 3367-1/DF

A ADI em questão se insere na estratégia processual de ataque ao CNJ, denominada e identificada por Joaquim Falcão e Diego Werneck Arguelhes e Pablo de Camargo Cerdeira , como tática de guerrilha orquestrada por aqueles que perderam poder político com essa nova configuração⁸⁰. E como estes autores atestam “*Até que essa identidade se estabilize, a*

⁸⁰ A análise dos dados levantados no artigo *O diálogo entre o CNJ e o Supremo* evidencia dois pontos fundamentais. Primeiro, uma reiterada atuação das associações de magistrados, por meio de Adins, para obter do

judicialização permanente de demandas relativas à atuação do CNJ é nada menos que um novo round de desenho institucional.”

Por seis votos a cinco, colocou-se um ponto final nas discussões sobre os limites de poder de atuação do CNJ (pelos menos, um ponto final nessa primeira etapa, já que nosso entendimento é de que como inovação sem precedentes entre nossas instituições tradicionais, muito ainda será debatido e consolidado pela própria experiência e em consonância com as circunstâncias que se revelarem, em nítido exemplo de experimentalismo). Os ministros discutiram em sede de liminar, concedida por Marco Aurélio, a legitimidade por parâmetros constitucionais, do Conselho. Embora não se tenha julgado o mérito da ação movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) contra o Conselho. O que se vê, entretanto, apesar de uma decisão liminar, é que aquilo que já foi decidido e fixado como entendimento do STF à essa altura das discussões, dificilmente será alterado drasticamente.

Ressalta-se que os ministros apresentaram opiniões divergentes quanto ao órgão, as ministras Rosa Maria Weber e Carmen Lúcia, bem como os ministros Dias Toffoli, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Gilmar Mendes decidiram que o poder do CNJ é concorrente ao das corregedorias e para esses seis julgadores caberia perfeitamente, frente ao poder do CNJ, a atenuação de autonomia dos tribunais, já que nenhum poder está imune ao controle e fiscalização.

De forma geral e até por uma perspectiva prática, ou seja, tomando por base os fatos, as necessidades sociais e antecipação das possíveis conseqüências e resultados, tanto da “convalidação” quanto da “negação” da legitimidade do Conselho Nacional de Justiça, todos os ministros entenderam que o CNJ tem competência para atuar antes das corregedorias.

A divergência se deu em relação às formas, limites e peculiaridades dessa atuação. Para os ministros vencidos (não há consenso entre os Ministros do STF em nenhuma das ADI's sob exame) o Conselho deveria expor as razões de decidir atuar em determinados casos, afastando-se de uma postura que resvale na arbitrariedade, assim, para rechaçar

Supremo uma interpretação limitadora dos poderes do CNJ. Quase três ao ano. Segundo, mostra também que o Supremo utiliza de extrema cautela ao apreciar estas ações. Até hoje, cinco anos após o início dessas estratégias processuais, o tribunal não decidiu em definitivo em favor das interpretações constitucionais limitadoras da competência do CNJ, apesar de terem sido reiteradamente pleiteadas por uma pluralidade de associações de magistrados. Ao contrário, na única vez em que se manifestou de forma conclusiva sobre a constitucionalidade de alguma resolução do CNJ – na ADC nº 12 – o Supremo rejeitou de forma inequívoca as pretensões limitadoras que haviam sido levantadas.

Não se trata aqui, evidentemente, de negar a legalidade do uso destas vias processuais de acesso ao Supremo. A própria Reforma do Judiciário estabeleceu, como já discutido aqui, a possibilidade de se recorrer das decisões do CNJ junto ao STF.

qualquer suspeita, deveria que fundamentar a decisão e agir somente, adotando a auto-contenção, nos casos de “anomalias”, na mesma lógica da *ultima ratio*. Mas, como restou decidido, para a maioria dos Ministros, o órgão de controle do Judiciário em comento tem poder de abrir as ações sem precisar expor expressamente seus motivos, assim veja-se:

EMENTAS: 1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão

máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. Pendência de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional.

Assim, como se depreende dos votos e da decisão em si, um dos pontos evocados foi o fato de que o Conselho Nacional da Magistratura ser um órgão de caráter eminentemente administrativo, para controle financeiro, da atividade administrativa e disciplinar da magistratura.

Salientou-se ainda que o órgão sob análise não teria nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal, bem como seus ministros.

À época se destacou (pp.206-207) desde a necessidade de equilíbrio institucional, a divisão entre os Poderes e autonomia entre eles, “até a estrutura e independência do Judiciário”, os aspectos mais relevantes da reformulação institucional do Poder Judiciário.

Os fundamentos jurídicos do pedido podem ser reduzidos a dois argumentos substanciais: a instituição do Conselho Nacional de Justiça implicaria (a) tanto inegável violação ao princípio da separação e da independência dos poderes (art.2º da Constituição Federal) de que são corolários o auto-governo dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (artigos 96, 99 e parágrafos, e 168 da Constituição Federal), (b) como ainda a ofensa ao pacto federativo (artigos 18, 25 e 125), na medida em que há uma supervisão administrativa; orçamentária, financeira e disciplinar por órgão da União Federal.

Dessa forma, reproduz-se alguns trechos da decisão a fim de melhor compreensão do debate e identificação clara da problemática apresentada, começando pela relatoria confeccionada pelo Min. Peluso:

Mas consta outro, tendente agora à decretação conjunta de inconstitucionalidade específica do art.103-B, §4ª, inc. III, objeto da mesma Emenda: sua redação final não teria sido submetida “à discussão e votação nas duas Casas do Congresso Nacional, mas apenas do Senado Federal, daí resultando a ofensa ao § 2º, do art.60, da CF.(...)”

O tema nuclear da causa, a criação do CNJ, órgão supostamente destinado a controle externo do Poder Judiciário, foi e continua sendo objeto de amplos debates nas mais diversas instâncias da sociedade brasileira. Dada a natureza mesma do assunto, em cujas entranhas situam-se matrizes fundamentais da nossa ordem jurídico-constitucional que, com graves reflexos nas ações cotidianos, vão desde a diversão e o equilíbrio entre os Poderes até a estrutura e a independência do Poder Judiciário, não admira haja despertado e ainda desperte discussões fervorosas no ambiente político, no domínio acadêmico e, sobretudo, no seio da magistratura, da advocacia e, até, do Ministério Público.

Continua Peluso na sua relatoria: Eu próprio jamais escondi oposição viva, menos à necessidade da ressurreição ou criação de um órgão incumbido do controle nacional da magistratura, do que ao perfil que se projetava ao Conselho e às prioridades de uma reforma que a meu sentir, andava ao largo das duas mais candentes frustrações do sistema, a marginalização histórico das classes desfavorecidas no acesso à jurisdição e a morosidade atávica dos processos. Não renuncio às minhas reservas cívicas, nem me retrato das críticas pré-jurídicas à extensão e à heterogeneidade da composição do Conselho.

Mas isso não podia impedir-me, como meus sentimentos e predileções pessoais não me impediram nunca em quatro lustros de ofício jurisdicional, de atento à velha observação de CARDOZO, ter “aberto os ouvidos sacerdotais ao apelo de outras vozes”, ciente de que “as palavras mágicas e as encantações são tão fatais à nossa ciência quanto a quaisquer outras.” Julgo a causa perante a Constituição da República.

O argumento radical da autora vem da regra da separação, com os corolários da independência e harmonia entre os três Poderes da República (art.2º da Constituição Federal) (...)

Essa postura da autora já desvela toda a preocupação _ muito legítima; diga-se _ de que o advento do Conselho Nacional de Justiça traduza sério risco à independência do Poder Judiciário, no exercício de sua função típica , a jurisdicional. (...)

A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só pode ser considerada invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política. Ou, no que concerne ao Judiciário, quando outra forma de supressão de atribuições degrade ou estreite a imparcialidade jurisdicional. Fora dessas hipóteses, nada obsta a que o Constituinte Reformador lhe redesenhe a configuração histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competência no âmbito da estrutura interna do Judiciário, sem perda nem deterioração das condições materiais de isenção e imparcialidade dos juízes.

(...) Como consectário do princípio da unidade do Judiciário como Poder nacional, o Conselho recebeu ainda competência de reexame dos atos administrativos dos órgãos judiciais inferiores, ou seja, o poder de controle interno da constitucionalidade e legitimidade desses atos. Ora, tal competência em nada conflita com as competências de controle exterior e posterior, atribuídas ao Legislativo e aos tribunais de contas. E o argumento vale para todos os atos de autogoverno, cujo poder não é subtraído, mas cujo exercício é submetido a processo de aperfeiçoamento mediante revisão eventual de órgão superior. (...)

O Conselho não anula, antes reafirma o princípio federativo.

A autora invoca ainda, em socorro de sua pretensão, algumas decisões da Corte em ações diretas de inconstitucionalidade dirigidas à criação de conselhos estaduais de “controle externo” dos órgãos judiciais. De fato, chamado a avaliar a legitimidade constitucional de órgãos desse tipo, rejeitou-a sempre o Supremo Tribunal Federal; cuja invariável jurisprudência ao propósito consolidou-se na Súmula 649 (“é inconstitucional a criação, por constituição estadual, de órgãos de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades.”) (...)

Ora, não é esse o caso do Conselho Nacional de Justiça; que se define como órgão interno do Judiciário e, em sua formação, apresenta, maioria qualificada (três quintos) de membros da magistratura (arts.92, 1-A e 103-B). Desses caracteres vem-lhe a natureza de órgão de controle interno, conduzido pelo próprio Judiciário, conquanto democratizado

na composição por meio da participação minoritária de representantes das áreas profissionais afins.

Os conselhos criados pelos Estados da Paraíba, Mato Grosso e Pará, compunham-nos, ainda, membros originais do Legislativo estadual (deputados), cuja presença não deixava nenhuma dúvida quanto à forma de interferência direta doutro Poder. No Conselho Nacional de Justiça, dois dos quinze membros são apenas indicados pelo Poder Legislativo, mas escolhidos fora de seus quadros de agentes e políticos, dentre os cidadãos, sem nenhum vestígio de representação nem de interferência orgânica. É, pois, notável a distância que medeia entre uma coisa e outra.

Ao depois, e está aqui verdade jurídica que se deve antecipar e proclamar com toda a clareza, os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir conselhos, internos ou externos, destinados a controle de atividade administrativa, financeira ou disciplinar das respectivas Justiças, porque a autonomia necessária para o fazer seria incompatível com o regime jurídico-constitucional do Poder Judiciário, cuja unidade reflete a da soberania nacional.

O Poder Judiciário é nacional e, nessa condição, rege-se por princípios unitários enunciados pela Constituição, a qual lhe predefine ainda toda a estrutura orgânica, sem prejuízo das competências que delega a cada um dos grandes ramos nela previstos. Seu funcionamento obedece, em todos os níveis, a leis processuais uniformes, editadas exclusivamente da União (art.22, inc.I) e seus membros, os magistrados, assujeitam-se a um único regime jurídico-funcional (art.93, caput).

De modo que eventual poder de criação de Conselho Estadual, ordenado ao controle administrativo-financeiro e disciplinar da divisão orgânica do Poder, atribuída com fisionomia uniforme às unidades federadas, violentaria a Constituição da República, porque lhe desfiguraria o regime unitário, ao supor competência de controles díspares da instituição, mediante órgãos estaduais, cuja diversidade e proliferação, isto, sim, meteriam em risco o pacto federativo.

Ora, tal vício de inconstitucionalidade, que já mareava a criação daqueles esdrúxulos órgãos estaduais, não guarda nenhuma pertinência com a hipótese. O Conselho Nacional de Justiça é órgão judiciário de âmbito nacional com atribuições para atuar de maneira unitária e estratégica sobre todas as estruturas orgânicas do Poder.

É feita uma aproximação, portanto, entre o recém criado Conselho Nacional de Justiça e o tipo criado, nos Estados da Paraíba, Mato Grosso e Pará, na esfera estadual com o mesmo perfil de atuação para controle. A diferença entre uma e outra situação é que o precedente quanto aos Estados mostra flagrante inconstitucionalidade, na medida que desconsidera

cabalmente o princípio da separação de poderes e a garantia de independência judicial, vez que estes conselhos eram compostos por membros do Poder Legislativo respectivo.

Assim identifica-se de certo modo um “distinguishing” como pontuado na relatoria da ADI 3367, o que serve como parâmetro para a decisão posterior, naquilo que é essencial, assim prosseguindo o relator:

E colhe-se outro dado fundamental que remarca e exaspera a profunda diferença entre aqueles precedentes e este caso. O juízo de constitucionalidade das normas instituidoras do conselhos fez-se, é óbvio, à luz da arquitetura que assumia o princípio da separação dos Poderes, à época, na Constituição da República, cujas regras, escusaria dizê-lo, não podiam ceder a leis subalternas. No mais profundo daqueles julgamentos, realizado na ADI n.º 93, relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence, foi reconhecido o fato aqui já sobrelevado, de que:

“O princípio da separação e independência dos Poderes malgrado constitua um dos signos distintivos fundamentais do Estado de Direito, não possui formula universal apriorística: a tripartição das funções estatais, entre três órgãos ou conjuntos diferenciados de órgãos, de um lado, e, tão importante quanto essa divisão funcional básica, o equilíbrio entre os poderes mediante o jogo recíproco dos freios e contrapesos, presentes ambos, em todas elas, apresentam-se em cada formulação positiva do princípio com distintivos caracteres e proporções.” Sob tal luz, reputou-se que a criação do conselho estadual feria o postulado da tripartição dos Poderes, tal como desenhado pelo conjunto das normas constitucionais então vigentes.

(...)

Dissiparam-se-me as hesitações, quando, não podendo deixar de reconhecer, na ratio iuris da criação do Conselho, a necessidade sociopolítica de um órgão nacional de controle das atividades judiciárias, visto como um de muitos instrumentos hábeis de reforma, já não experimento nenhum receio racional de que sua estruturação, nos termos da Emenda, pudesse descambar, sem reparo nem remédio, para excessos esporádicos, mas passíveis de alimentar um clima de insuportável intimidação.

Como frisado, o risco e ameaça que poderia se vislumbrar seria o de intimidação ou pressão de/e sobre um Poder pelo outro, o que é insustentável e incompatível com o Estado Democrático de Direito. A autonomia do Judiciário, assim como dos demais Poderes, deve ser resguardada.

È claro, no entanto, que mais que essa atitude de deferência e respeito às respectivas autonomias, da decisão e principalmente posições, como a do Ministro Relator Peluso se manifesta também uma medida de auto-preservação e fortalecimento institucional, o julgador julgando pela lente da própria instituição em que se insere, em uma postura que atesta a “superioridade” de sua posição constitucional, ora, que resvale em outro risco que se corre nesse estreito caminho de muitas possibilidades de deslizos e armadilhas à imparcialidade, superando o ponto cediço de que a neutralidade no ato de decidir simplesmente não existe:

Ninguém pode, aliás, alimentar nenhuma dúvida a respeito da posição constitucional da superioridade absoluta desta Corte, como órgão supremo do Judiciário e, como tal, armado de preeminência hierárquica sobre o Conselho, cujos atos e decisões, todos de natureza só administrativa, estão sujeitos a seu incontestável controle jurisdicional. É que logo notou a doutrina:

“Não bastasse a natureza do STF que, na estrutura do estado brasileiro, se põe acima de qualquer outro órgão administrativo ou judiciário, incumbido da guarda da Constituição (art.102, caput), a Emenda entregou a ele o controle jurisdicional das decisões do Conselho Nacional de Justiça, conferindo-lhe competência para as ações contra o órgão, mediante a adoção da alínea r do inciso I do art.102 da Constituição. Controlador do CNJ, não pode o Supremo ser, ou nenhuma modo, controlado por ele.”

E essa tranqüilidade fina do meu convencimento mostrou ainda quão inútil era o alvitre de recorrer ao expediente técnico-jurídico de redução teleológica do alcance da Emenda, para contornando dificuldades observadas alhures, sugerir interpretação que privasse os membros laicos do Conselho Nacional de Justiça de votar em matéria ético-disciplinar dos magistrados. O Supremo Tribunal Federal é o fiador da independência e imparcialidade dos juízes, em defesa da ordem jurídica e da liberdade dos cidadãos. (...)

No caso, a norma tachada de inconstitucional estabelece uma série de competências do Conselho Nacional de Justiça, cada uma das quais dotada de independência semasiológica e normativa. Amputada, no Senado, a expressão “perda do cargo”, o texto residual, aprovado em ambas as Casas do Congresso, manteve intacto o sentido nomológico, dada sua perceptível autonomia semântica. É o que basta por repelir a argüição de ofensa ao art.60, § 2º da Constituição Federal.

De todo modo, como reconhece a própria autora, a inclusão do poder de ordenar perda do cargo de magistrado vitalício, dentre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, essa é que poderia encher-se de vistosa inconstitucionalidade, perante o art.95, inc.I da Constituição da República, que restringe, taxativamente, as hipóteses em que pode dar-se a perda.

Nada valeria tornar a submeter a locução suprimida ao escrutínio da Câmara dos Deputados, se eventual norma resultante da aprovação estaria fadada a ser tida por inconstitucional, como bem alvitrou o parecer da PGR:

“(...) a supressão da expressão ‘perda do cargo’ comprometeu a aprovação do remanescente, vale dizer, do conteúdo temático do texto normativo, posto que (sic), reconhece-o a própria inicial, a expressão até então existente era flagrantemente inconstitucional, por indispor-se até mesmo ante a literalidade do artigo 95,I, parte final, da Constituição Federal, daí porque a supressão preserva o conjunto remanescente, para trilharmos o correto pensamento do Min. Octávio Galloti.” (fls.194)

A autora formulou, ainda, aditamento à petição inicial; para acrescer fundamento à pretensão. Encontra-se pendente de apreciação, na Câmara dos Deputados, proposta de acréscimo de mais um parágrafo ao art.103-B da Constituição, com o seguinte teor:

“§8º É vedado ao membro do Conselho, referido nos incisos XII e XIII, durante o exercício do mandato:

Exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

Dedicar-se a atividade política-partidária;

Exercer em todo o território nacional, a advocacia.”

Segundo a AMB, a falta de norma semelhante no corpo da Emenda Constitucional n.º 45/2004 significaria que as vedações propostas não se aplicariam aos advogados e cidadãos integrantes do Conselho Nacional de Justiça, daí resultando tratamento desigual entre seus membros, o que seria inconciliável com a Constituição da República (fls.130-132).

O raciocínio da autora, mas uma vez, não conduz a declaração de inconstitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça. A pendência da proposta voltada a incorporar aqueles impedimentos à ordem constitucional não implica que lhes não estejam sujeitos a advogados e cidadãos integrantes do Conselho. Basta juízo analógico baseado nos arts.95, § único, e 128, §5, inc. II, da Constituição Federal, para tirar-se a limpo que ninguém pode desempenhar atividades incompatíveis com a função de membro do Conselho, tais como as previstas naquele projeto e independentemente de sua conversão em regra constitucional específica. Da ausência desta não se infere inconstitucionalidade daquele, por insulto ao princípio isonômico.

Diante de todo o exposto, não conheço do pedido declaratório de inconstitucionalidade do art.125,§8º, haja vista a inexistência de tal dispositivo no texto da Emenda Constitucional n.º 45/2004 afinal promulgada,e, em relação aos demais, julgo improcedente a ação. (Cezar Peluso) **(grifo nosso)**

A crítica de Lênio Streck⁸¹ (2012) a esta postura da Corte se dá tendo por base citações com este mesmo sentir, que segundo ele, representam — simbolicamente — o passado recente, o presente e o futuro do Supremo Tribunal Federal.

Na seleção do jurista, são extraídas afirmações dos ex-ministro Eros Grau (Rcl 4.335 — STF), do ministro Marco Aurélio Mello (ADI 3.937/SP — STF) e da lavra do novo ministro do STF, Teori Zavaski (AI nos EREsp 644.736/PE, Rel. Ministro Teori Zavaski, Corte Especial, julgado em 06/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 170), respectivamente (a primeira, segunda e terceira citações reproduzidas):

Ato 1 (passado). “Não estamos aqui para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardamos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o Direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o contrário.”

Ato 2 (presente). “Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. É o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí contexto de justificação. Quando a solução mais justa, na concepção particular do intérprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe-se a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado.”

Ato 3. (futuro) “Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o

⁸¹ Comunicação apresentada sob o título *As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis* no **I Seminário Internacional de Teoria das Instituições: Diálogos Institucionais e Legitimidade**, a se realizar na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ, entre os dias 07 e 09 de novembro de 2012. Publicado em Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.10,n.10, p.2-37, jul./dez.2011

conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.”

Lênio Streck salientou que “a contundência dos enunciados possui um valor simbólico incomensurável”, porque representaria claro deslocamento do discurso de validade do Direito, da lei e da norma consensualmente pactuada em direção ao Judiciário, ao órgão de cúpula do Judiciário, a uma instituição só.

Dessa feita, alerta e anuncia sua preocupação que, também segundo Streck, deveria ser compartilhada por toda a comunidade jurídica. Afinal, o que é o Direito? – questiona. Seria o Direito, efetivamente, o que os três ministros, ou demais ministros, dizem que é ou pode/deve ser outra coisa, haveria alternativas? Do contrário, isso é democrático? – provoca Lênio Streck. E no tom dessa provocação, trata-se da relevância da contribuição que o órgão de controle CNJ pode corroborar. Nesse mesmo diapasão, a discussão da própria validade do órgão tem muito a dizer e vem propiciamente ilustrar o status quo de nosso sistema de Justiça.

Passando-se ao voto do Min. Eros Grau, soma-se ainda, e destaca-se assertiva sobre o que é a Constituição do Brasil, ou seja, é o que resulta da interpretação e aplicação da Corte:

Montesquieu jamais propôs a separação dos poderes. Sua exposição encontra-se no capítulo VI do Livro IX de O espírito das leis. As idéias que coloca inicialmente, neste capítulo, a sumariam: ‘Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo dos que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas.

Pelo segundo, estabelece a segurança previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, outro, simplesmente, o Poder Executivo do Estado. A liberdade política num cidadão é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança e, para que se tenha esta liberdade cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.’

Quanto ao até então explanado, e diga-se bem pontuado no voto em comento, vale destacar a advertência, ante o risco de tornar o Judiciário, na prática, subserviente às preferências e interesses advindos da política escusa e de partidos (essa política com “p” minúsculo mais que qualquer outra) e não necessariamente reflexos dos interesses do eleitorado, em tese, representado.

Não se pode perder de vista tais limites impostos virtuosamente entre os poderes, de forma legítima, que não tem a ver com o isolamento de maneira alguma, mas antes denuncia e afasta qualquer tentativa de constrangimentos anômalos à sistemática desejável, demonstrando um grave abuso para além das barreiras da simples conveniência, aproximando-se das raias da corrupção e toda forma de desvirtuamento. Notadamente, reportando-nos ao passado recente em que se teve a estruturação de um Judiciário, longe dos contornos democráticos que se pretende atualmente, onde vigia a falta de transparência.

É certo, ademais, que Montesquieu não sustenta a impenetrabilidade, um pelos outros dos poderes que refere. (p.272 do Acórdão): Assim, por um lado afirma que: “apesar de que, em geral, o poder de julgar não deva estar ligado a nenhuma parte do Legislativo, isso está sujeito a três exceções, baseadas no interesse particular de quem deve ser julgado.” Por outro lado, distinguindo entre faculdade de estatuir – o direito de ordenar por si mesmo, ou o de corrigir o que foi ordenado por outrem – e faculdade de impedir – o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro (isto é, poder de veto) -, entende deva esta última estar atribuída ao Poder Executivo, em relação às funções do Legislativo, com isso, o Poder Executivo faz parte do Legislativo, em virtude do direito de veto: “ Se o Poder Executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do campo Legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes.” “O Poder Executivo, como dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o quê seria despojado de suas prerrogativas.”

O que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva

separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devam atuar em clima de equilíbrio.

Isso fica bastante nítido na análise de outro trecho de sua obra: “Eis assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será, por sua vez, pelo Poder Legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo.” (...)

O alinhamento procedido, das colocações de Locke e de Montesquieu, permite-nos verificar que o primeiro propõe uma separação dual entre três poderes – o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro – e o segundo sugere não a divisão ou separação, mas o equilíbrio entre três poderes distintos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Mas ainda: de modo bastante nítido na exposição de Montesquieu – o que está implícito na postulação de Locke – visualizamos a necessidade de distinguir entre poderes e funções. Para que o equilíbrio a perseguir seja logrado, impõe-se, v.g., que o Poder Executivo exerça parcelas de função não executiva – mas legislativa.

A Constituição do Brasil afirma que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si...artigo 2º...ainda que o §4º do seu artigo 60 mencione “separação dos Poderes.” O vocábulo “separação”, neste parágrafo indica, no entanto, sem qualquer dúvida, independência e harmonia entre eles e não cisão entre os Poderes.

(...) (p.279) O modelo brasileiro de harmonia e independência entre os poderes é desenhado pela Constituição do Brasil, a Emenda Constitucional n.º 45 tendo a ele incorporado o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Esse controle em verdade não é externo. Diz com acuidade Sergio Bermudes, em ensaio há poucos dias publicado: “A instituição do Conselho Nacional de Justiça constitui vitória da ampla corrente, a que me filiei, contrária ao controle externo do Poder Judiciário.” Disse- o também recentemente Gilberto Bercovici, professor do Largo do São Francisco: “Como podemos perceber, toda polêmica gerada sobre o controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público não faz nenhum sentido. (...) no nosso caso não foi criado nenhum controle externo real.” (...)

Há mais, todavia, a ser considerado. É que esta Corte é um tribunal político. Político, sim, no sentido de que provê a viabilidade da polis.

Cumpra-nos compreender a singularidade de cada situação no âmbito da polis, isto é, do Estado. Por isso não estamos aqui para sacrificar a realidade em benefício de doutrinas. Não interpretamos apenas os textos normativos, mas também a realidade de modo que o significado da

Constituição é produzido; pelo intérprete, contemporaneamente à realidade.

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Daí porque tendo afirmado que não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte. (nosso grifo)

Claro deve estar que à Corte política nos termos apresentados no voto não se permite instrumentalizar-se a “mandos e desmandos” de uma política espúria, servindo com avalista e encampando tais comprometimentos de coalizões não publicizadas e opacas, estranhas a arena do debate político nas vias adequadas, legítimas e democráticas, ou seja, de acordo com as “regras do jogo” e em respeito das mesmas.

Neste ponto cabe o questionamento quanto à posição ocupam e autoridade detém hoje os Ministros da Corte que podem ser identificados, senão como os mais poderosos, como agentes públicos poderosos em nossa República.⁸² Como falado, o desenho institucional

⁸² PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2012

Altera o art. 101 da Constituição Federal, para estabelecer mandato para Ministro do Supremo Tribunal Federal. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 101 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 1º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República para mandato de oito anos, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, vedada a recondução em qualquer momento.

§ 2º No caso de vaga no decorrer do mandato, o Ministro que o substituir completará o mandato, independentemente do prazo transcorrido.

§ 3º Não se aplica aos Ministros do Supremo Tribunal Federal a compulsoriedade de aposentadoria estabelecida no art. 40, § 1º, II.

§ 4º O magistrado, membro do Ministério Público ou servidor público nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao encerrar o seu mandato, retornará ao cargo, independentemente de vaga, observado o disposto no art. 40, § 1º, II.” (NR)

Art. 2º É assegurado aos Ministros do Supremo Tribunal Federal em exercício na data da publicação desta Emenda Constitucional a preservação das normas referentes à permanência no cargo vigentes à época de sua nomeação, observado o disposto no art. 40, § 1º, II, da Constituição.

Art. 3º Observar-se-á o seguinte com relação às vagas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a que se refere o art. 2º surgidas a partir da publicação desta Emenda Constitucional:

I – na primeira, quarta, sétima e décima vagas, o sucessor terá mandato até 31 de junho de 2018, 2026, 2034 ou 2042, considerando-se a primeira data que ocorrer após vinte e quatro meses de sua posse;

II – na segunda, quinta, oitava e décima primeira vagas, o sucessor terá mandato até 31 de junho de 2022, 2030, 2038 ou 2046, considerando-se a primeira data que ocorrer após vinte e quatro meses de sua posse;

III – na terceira, sexta e nona vagas, o sucessor terá mandato até 31 de junho de 2026, 2034 ou 2042, considerando-se a primeira data que ocorrer após vinte e quatro meses de sua posse.

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

construído ao longo do tempo servia a um projeto avesso ao ideário democrático tal como defendido em nossos dias. Antes o Judiciário acolhava-se nas ditaduras, hoje haja vista todo o processo de abertura e transição democrática iniciado em nosso país desde 1988, encontrando-nos ainda como uma democracia imatura e em desenvolvimento, cabe configurar nossas instituições às exigências devidas e já faladas, como a transparência na atuação.⁸³

A preocupação maior que pareceu externar a Corte foi a de, assim como expresso nas palavras da então Ministra Ellen Gracie (fls.303 do Acórdão), em nosso sistema constitucional o Poder Judiciário teria uma independência qualificada, intrínseca à natureza “especialíssima” da função desempenhada por este Poder, posto que se trataria, além de função atribuída ao Estado, “de um dos mecanismos existentes na defesa do Estado contra o próprio Estado, manifestação do sistema e lógica dos freios e contrapesos originados nos

O Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional, tem uma posição diferenciada na estrutura do Poder Judiciário. Efetivamente, ainda que o órgão seja a mais alta instância judicial do País, trata-se de um colegiado que transcende essa característica e se impõe como órgão essencialmente político, na mais ampla acepção do termo.

Esse fato reflete na composição do tribunal que, diferentemente de todas as demais cortes judiciais do País, não tem elementos que o caracterizem como parte da carreira da magistratura. Essa característica da nossa Corte Suprema impõe que avancemos ainda, estabelecendo mandato para os seus integrantes. Trata-se de procedimento adotado em boa parte dos países democráticos do mundo, tendo em vista, exatamente, a essência das Cortes Constitucionais.

Assim, podemos citar as Cortes Constitucionais da Federação Russa, da República Federal da Alemanha e da República da África do Sul, cujos membros são nomeados para mandato de oito anos, sem direito a recondução. Os juízes do Conselho Constitucional francês e do Tribunal Constitucional português servem por nove anos, também sem direito a recondução. A Itália, igualmente, fixa mandato de nove, sem direito a recondução imediata. O mesmo mandato é adotado na Espanha, sem, entretanto, limitar o direito a recondução. Assim, propomos fixar mandato de oito anos para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, com renovação a cada quatro anos, de quatro, quatro e três de seus membros. Com essa sistemática, perde o sentido a fixação da aposentadoria compulsória para esses agentes públicos, enquanto permanecerem nessa qualidade.

Visando a evitar injustiças, é assegurado que o magistrado, membro do Ministério Público ou servidor público nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal ao encerrar o seu mandato retornará ao cargo, independentemente de vaga, observadas, no caso, as normas aplicáveis à aposentadoria compulsória. Para organizar a transição, propõe-se, além, de, certamente, assegurar o direito dos atuais Ministros, o estabelecimento de regra para a fixação do mandato dos novos membros da Corte, até que a sua composição seja substituída pela nova sistemática.

Além de tornar a organização de nossa Corte Suprema mais consentânea com a sua função precípua, essa alteração ainda viabilizará distribuir a renovação de sua composição, de forma equitativa, por três mandatos presidenciais, dificultando a possibilidade de um Presidente da República alterar toda a composição do Tribunal. Temos a certeza de que tal modificação significará a democratização da composição do Supremo Tribunal Federal e possibilitará sua renovação periódica, mantendo a identificação do Excelso Pretório com a sociedade brasileira.

Sala das Sessões, Senador ROBERTO REQUIÃO (PMDB/PR)

⁸³ Expressa-se na idéia de controle social que tem a ver com o princípio da accountability, que exige a prestação de conta e publicização, bem como no princípio co-relacionado da responsividade, que significa, em contrapartida, o compromisso com a auto-responsabilização e busca de eficiência, na medida que sob a exigência deste princípio, aquele que atua procura responder e atender de modo mais adequado e racional as demandas sociais, objetivando resultados positivos no desempenho da função que se investe.

Estados Unidos da América e também adotados pelo nosso Estado, sob a concepção do que seria um Estado Democrático de Direito.

Evocou-se a lição do anteriormente Ministro Octavio Galloti, quando no julgamento da ADI 135 (DJ de 15.08.97) afirmou que tanto a ciência do Direito Constitucional quanto a “observação histórica dos costumes políticos”, portanto, da empiria e mecânica política, mostrariam ou demonstrariam que “a independência de um Poder é inseparável da autonomia administrativa e da segurança proporcionada pela conquista da gestão autônoma dos meios postos pelo Estado à sua disposição para garantir a administração e a distribuição da Justiça, papel destinado pela Constituição à responsabilidade de um Poder”, sendo este poder mencionado, o Judiciário, sem concorrência com outros órgãos ou entidades.

Transparece dessa menção a intenção de restringir a atuação do CNJ, certificando e reafirmando a posição “constitucionalmente privilegiada” do Judiciário Nacional, visto que o termo “controle” careceria de certos limites, sendo passível de cotejo, a fim de que não abrangesse as acepções possíveis no vernáculo pátrio, quais sejam *exercer ação restritiva sobre, conter ou regular*.

O Ministro Marco Aurélio frisou que a competência do CNJ, pela abrangência conferida por força da EC 45/04, seria ímpar, e em tom profético e de retórica vigilante alertou que “seria ingenuidade pensar que não haveria influência” pelo CNJ na autonomia e ofício judicante

O Ministro Joaquim Barbosa lembrou que, à época, não existiria um conceito a priori de separação de poderes, que tal noção sofre e é passível de releituras e contextualizações para sua concretização em dado tempo e espaço:

Como já reiterado diversas vezes por esta Corte – e o Ministro Sepúlveda Pertence tem insistido nesse ponto -, não existe um conceito apriorístico de separação de poderes. É apenas na positivação desse princípio na Constituição que se pode visualizá-lo concretamente. Noutras palavras, o conceito de separação de poderes foi ao longo do tempo de adaptando a circunstâncias e necessidades históricas, de sorte que não é admissível extrair a visão que dele se tinha há 300 anos e simplesmente aplicá-las às necessidades atuais. (...) Com isso quero dizer que separação de poderes não implica uma “estagnação” absoluta de um poder em relação a outro. (...)

O voto mais crítico contundente foi expresso pelo Min. Marco Aurélio, que se colocou frontalmente contra a criação do Conselho com esse viés:

“O Tribunal, mesmo a sacramentar o que aponto muito embora não haja definição legal, como jurisprudência, editou verbete que passou a integrar a Súmula e, talvez neste julgamento, esteja ele vendo alvo de cancelamento: “É inconstitucional a criação, por Constituição Estadual – e seria inconstitucional também, a meu ver, por constituição Federal, as premissas são idênticas – de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades.”

(...) Peço vênia aos Ministros relator, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Gilmar Mendes para reafirmar o que, sem a toga, externei quando o Supremo Tribunal Federal resolveu levar ao Congresso o ponto de vista institucional sobre o tema, a partir da mesma Constituição, que não foi alterada nesse meio tempo.

Com o aditamento quanto ao pacto federativo, considerada a organização dos Estados, reafirmo o convencimento exteriorizado na sessão administrativa – e que revelou ser o da maioria – e declaro a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 45, no que versado o Conselho Nacional de Justiça, com a abrangência de atuação prevista e a composição constante do artigo 103-B analisado.

É como voto.

O mesmo Ministro aponta ainda, às fls.312, a polêmica composição do Conselho, indagando como haveria homogeneidade ou “espírito de corpo” dentro da entidade, vez que seus membros teriam perfis e formações díspares constituindo um mosaico inconciliável de posturas e lentes segundo as instituições de origem, o que ocasionaria em ausência ou impossibilidade de uma chamada “atuação equidistante”.

Alegou-se que a presença de membros da Advocacia e do Ministério Público atentariam, no CNJ, contra a missão constitucional primeira de suas respectivas instituições, que seria a busca pela realização da Justiça. Assim, defendeu-se que o Conselho seria antes de tudo, tendo em vista sua composição, contraproducente.

Sobre a composição do Conselho Nacional de Justiça cabe a seguinte exposição de seu atual quadro⁸⁴ de quinze membros, com mandato de 02 (dois) anos, possibilidade de recondução, definido constitucionalmente:

- o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), que membro, preside o Conselho (EC 61/2009);
- um ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), indicado pelo respectivo tribunal e com a função de Corregedor Nacional de Justiça;
- um ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), indicado pelo respectivo tribunal;
- um desembargador de Tribunal de Justiça (TJ), indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- um juiz de Tribunal Regional Federal (TRF), indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- um juiz de Tribunal Regional do Trabalho (TRT), indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- um membro do Ministério Público da União (MPU), indicado pelo procurador-geral da República;
- um membro do Ministério Público estadual (MP), 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 (OAB);
- dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal

Voto interessante por sua abordagem do tratamento atualmente dado ao estudo do direito público e questões institucionais foi o do Min. Carlos Velloso, reportando-se ao magistério de Geraldo Ataliba:

⁸⁴ A composição atual para o biênio 2012/2013, na ordem da composição institucional, é: Joaquim Barbosa, presidente do CNJ; Francisco Falcão, ministro do STJ, Corregedor Nacional de Justiça; Carlos Alberto Reis de Paula, ministro do TST; José Roberto Neves Amorim, desembargador do TJ/SP; Fernando da Costa Tourino Neto, desembargador do TRF/1ª região; Ney José de Freitas, desembargador do TRT/9ª região; José Guilherme Vasi Werner, juiz de direito do TJ/RJ; Sílvio Luís Ferreira da Rocha, juiz federal do TRF/3ª região; José Lúcio Munhoz, juiz do trabalho do TRT/12ª região; Wellington Cabral Saraiva, procurador regional da República da 5ª região (membro do MPU); Gilberto Valente Martins Promotor de Justiça do Estado do Pará, membro do MP/PA Jefferson Kravchychyn e Jorge Hélio, advogados; Emmanoel Campelo (Câmara dos Deputados) e Bruno Dantas (Senado Federal) informações disponíveis em <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/competicao/composicao-actual>> página visitada em 25 de janeiro de 2013.

Cito Geraldo Ataliba, hoje mencionado com tanta justiça neste julgamento. Ele dizia que a formação do jurista brasileiro, infelizmente, é de direito privado. Uma lástima.

Questões eminentemente de direito público, como a que estamos examinando, não são tratadas como tal. Caem no desvio: não se sabe se está-se falando em direito privado ou em direito público. O Conselho Nacional da Magistratura, por exemplo, é uma dessas questões. São invocados os conselhos da magistratura europeus. O Ministro Sepúlveda Pertence, em conferências e nos seus votos, já advertiu muitas vezes que os Judiciários europeus não são poderes políticos. O Judiciário francês não é um poder político. O Judiciário italiano, também não, não obstante tratar-se de uma Justiça respeitável. E justamente por não ser um poder político, nasceu lá a questão do direito alternativo. O juiz, não podendo realizar o que é fundamental, básico – ajustar a lei à Constituição – criou o direito alternativo, do qual o juiz brasileiro não precisa.

É possível, na Europa Continental, existirem conselhos da magistratura, indicados os seus membros pelo Congresso Nacional, mesmo que – é outra questão – os países europeus adotam como sistema de governo o parlamentarismo, em que há a predominância do parlamento. No sistema parlamentar puro, constituição rígida não deveria existir, e isso ocorre na Inglaterra, onde é adotado sistema parlamentar puro. O parlamento compreende a consciência da nação e, nesse sistema, ele pode tudo. Já se disse, pitorescamente, que o Parlamento inglês pode tudo, só não pode transformar homem em mulher.

Mas, Sr. Presidente, esses conselhos da magistratura foram criados na Europa com a finalidade: conferir independência à magistratura.

O Sr. Saulo Ramos, homem perspicaz, notável advogado, escreveu um artigo recentemente, em que mostra como a idéia de conselho surgiu no Brasil. Um advogado entrou no gabinete de um juiz, com este teve um “bate-boca” e saiu falando, a partir daí, que o Judiciário precisava de um Conselho; e a coisa pegou. A idéia nasceu na França. O eminente ministro Eros Grau, professor visitante da Sorbonne, sabe que o Judiciário francês não é essas coisas.

Chama atenção não só a acidez do comentário acerca dos Conselhos da Magistratura na Europa Continental, bem como a motivação do Conselho pátrio, como também pela lucidez da análise e distinção entre os respectivos sistemas de governo, que albergam estruturas institucionais diversas. E assim prossegue em sua exposição, aproximando a realidade institucional brasileira muito mais da experiência norte-americana, após interpelação do Ministro Nelson Jobim:

[O Sr. Ministro Nelson Jobim (presidente)] – Cuidado, porque eles ficam no direito de dizer a mesma coisa. Cuidado com essas comparações, Ministro.

(...)

Ministro Carlos Velloso continua: (...) Hoje, a França evoluiu. Perceberam que um conselho integrado de não magistrados não prestava bons serviços. Hoje, na França, quando as questões dizem respeito aos magistrados, não vota quem não é magistrado. Vejam como evoluíram. Mas, como eu disse, no Brasil, a formação não é de direito público infelizmente. Geraldo Ataliba dizia isso; Dalmo de Abreu Dallari viva dizendo isso.

É preciso dizer isso, para que possam as nossas faculdades desenvolver mais os estudos de Direito Constitucional, de Teoria Geral do Direito Público.

O Judiciário brasileiro tem como padrão o norte-americano, que é o Judiciário mais eficiente do mundo e que é poder político. E por que poder político? Porque é um Judiciário de um sistema de governo presidencial, no qual a separação entre os Poderes há de ser nítida, existindo independência entre uns e outros, realizando o Judiciário o controle de constitucionalidade das leis. (...)

Dessa forma, debateu-se a natureza das agências, importadas da prática institucional americana, e a natureza do órgão fiscalizador do Judiciário, conforme diálogos que transcrevem-se:

[O min. Nelson Jobim (Presidente)]– Discutimos, no Plenário, as agências. Na questão dos Estados Unidos, as agências são órgãos que fiscalizam e exercem funções em vários Poderes. Ou seja, o conceito da divisão de Poderes dos Estados Unidos é completamente diverso do nosso. Tem, inclusive, poder quase judicial e poder legislativo.

[O min. Carlos Velloso] – Esta é uma afirmativa que não encontra apoio na realidade.

[O min. Nelson Jobim (Presidente)] – Quem fez essa afirmativa foi o ministro Vitor Nunes Leal, não eu.

[O min. Joaquim Barbosa] – Ministro Carlos Velloso, detesto cabotismo, mas tive a oportunidade de escrever um artigo sobre “agências reguladoras” em que mostro precisamente isso: como a concepção de separação de Poderes dos Estados Unidos evoluiu.

[O min. Carlos Velloso] – Ministro, as agências reguladoras, que, aliás, estamos a copiar, dizem respeito a questões técnicas atinentes a serviços; agência reguladora quanto à água; agência para regular e disciplinar; por exemplo, serviços de telefones, energia elétrica, etc; questões técnicas. Estamos

cuidando aqui de questão política no seu mais alto sentido. Não estamos cuidando de regulamentação de serviços. Pode ser até que haja quem queira fazer do Poder Judiciário brasileiro um mero serviço. Um administrador já disse que é como se fosse um serviço, tipo INSS; mas não é, e não o será. Vou buscar uma frase do juiz Holmes, da Suprema Corte norte-americana, quando se referiu à famosa frase de Marshall que o poder de tributar envolve o poder de destruir. E Holmes disse cem anos depois: envolve sim, se inexistente a Suprema Corte.

Tenho muita esperança na mesma Suprema Corte, que jamais vai permitir que o Judiciário brasileiro, poder político, seja transformado em mero serviço. A Justiça brasileira tem história. Tem, também, detratores, inimigos ocultos. É que o juiz agrada e desagrade. A sentença tem sempre um vencido. E quando desagrade a certos políticos, é um Deus nos acuda.

Como fica evidente, o órgão de controle do Judiciário e capaz não só de fiscalizar esse Poder, mas operar e viabilizar uma maior aproximação com os demais Poderes, posicionando-se na interface entre estes, tem sido “alvo” de sucessivas interpretações e delimitações por parte do STF, desde 2005, sendo re-modelado sob esse panorama de constantes ações, mandados de seguranças e ADI’s⁸⁵ pela anulação de suas Resoluções e medidas mais contundentes e expressivas, (re) construído como experimento desde então, no que diz respeito às suas atribuições, competências e constrictões.

Vozes se manifestaram, principalmente da OAB, contra a ADI 13, afirmando ser um retrocesso grave do Poder Judiciário, e a restrição aos poderes e competências do CNJ representaria a negação da transparência exigida na atuação pública, um flagrante retorno ao status de irresponsabilidade geral.

Em relação ao argumento de não observância da cláusula pétrea da separação e independência dos Poderes, pedra de toque e argumento recorrente no ataque institucional às

⁸⁵ Entre 2005 e 2011, foram ajuizadas 32 Ações Diretas de Inconstitucionalidade nas quais o CNJ era o requerido, segundo o sistema de processamento adotado pelo Supremo, no pólo passivo da ação, tendo por parâmetros de busca “CNJ”, “Conselho Nacional de Justiça” ou “Presidente do Conselho Nacional de Justiça”. Como destacado no artigo de Joaquim Falcão e seus co-autores que se baseou na pesquisa empírica e não abrange necessariamente todas as Adis que envolvem a constitucionalidade de questões ligadas ao CNJ. Primeiro, porque o sistema de classificação adotado pelo STF possui algumas falhas no que se refere à uniformidade da digitação. É possível que um espaço a mais entre “Conselho” e “Nacional”, por exemplo, separe uma Adin específica do universo aqui identificado. Segundo, porque nem sempre o CNJ figura no polo passivo. Por exemplo, a famosa Adin nº 3 367, mencionada acima, não entra em nossa análise porque em seu polo passivo constava o Congresso Nacional, e não o CNJ. A lógica é a de que, segundo o argumento da inicial da Adin nº 3 367, a inconstitucionalidade teria sido praticada pelo Congresso quando criou o Conselho Nacional de Justiça – e, portanto, não poderia ter sido o próprio CNJ a figurar como requerido.

atividades do órgão de controle, cabe a consideração de que não foi vilipendiado o núcleo essencial de tal princípio como expressa Luís Roberto Barroso (2005):

A garantia contra interferências externas é conferida pelo princípio constitucional ao Poder Judiciário em face do Executivo e do Legislativo, não a órgãos do Judiciário em face de outros órgãos do próprio Judiciário, nem de instâncias judiciais superiores em face de instâncias inferiores.

O Conselho Nacional de Justiça é um experimento institucional que, como ressaltam Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelles e Pablo de Camargo Cerdeira, se apresenta como transformador sendo mecanismo de aperfeiçoamento da democracia. Os autores do artigo intitulado *O diálogo entre o CNJ e o Supremo*⁸⁶ parafraseiam, conforme destacam, Abraham Lincoln em sua assertiva de que o regime democrático pressupõe que nenhum poder seja totalmente independente de todos os demais, “o tempo todo e em todas as matérias”.

Reafirmam os citados autores que, conforme o já expresso neste trabalho, o CNJ tem sido resultante de “*ativa, ampla e convergente negociação entre os três Poderes, envolvendo todos os partidos políticos, com a participação também ativa de diversos setores da sociedade, da universidade, da opinião pública e inclusive da mídia.*”⁸⁷

A criação do CNJ resultou de um consenso e compromisso da sociedade, contribuindo para o desenho de um ambiente propício ao diálogo e maximização dos ideais democráticos.

É claro que a majoritariedade aferível no compromisso não significa unanimidade, há certo dissenso, sempre há; tanto que a parcela “perdedora” e insatisfeita com a modernização por meio dessa instituição transformadora das vetustas estruturas tem ingressado com ações pela sua inconstitucionalidade.

⁸⁶ Artigo veiculado pela Revista Eletrônica *Interesse Nacional*, de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: << <http://interessenacional.uol.com.br/2012/01/o-dialogo-entre-o-cnj-e-o-supremo/>>> Acesso em 28 de janeiro de 2013.

⁸⁷ Vide Joaquim Falcão, “O Dano Está Feito”, artigo publicado em O Globo de 28.9.2011: “Durante mais de 15 anos, impacientes com o nepotismo e a lentidão, a sociedade, o Executivo e o Congresso defenderam o controle externo do Poder Judiciário. O país se mobilizou. O Judiciário foi contra. Negociou-se a criação do CNJ, o controle de juízes, feito por uma maioria de juízes, com representantes de outros setores. O CNJ resulta deste acordo. É um contrato entre Congresso, Executivo, sociedade civil e o próprio Judiciário, a favor da ética e da eficiência judiciais”.

O risco é, apontado inclusive segundo doutrina, o de prevalência na seara judicial, através das decisões prolatadas pelo STF⁸⁸, de posições e concepções acerca do papel e do CNJ que foram debatidas e derrotadas na arena plural do legislativo, a arena da Política, com “P” maiúsculo, na edição da EC 45/04.

Os autores do citado artigo após levantamento de dados e atenta observação relatam, em 2012, o impasse em que se encontra a Corte atualmente:

O Supremo na verdade está entre a cruz e a espada. De um lado, a permanente pressão dos desembargadores e ministros insatisfeitos e que têm acesso institucional privilegiado, quase diário, aos ministros do Supremo, e que defendem Adins e mandados de segurança largamente ligados a interesses corporativos. De outro, a difícil decisão de restringir o formato institucional que o Congresso Nacional deu ao CNJ. Há que bem avaliar a possibilidade de uma reação do Congresso, da opinião pública e da mídia. O Congresso pode responder a interpretações limitadoras do poder do CNJ com novas emendas ao texto constitucional, por exemplo. Seria um processo, se não de retaliação entre os poderes, pelo menos de renovação de uma tensão que vinha sendo democraticamente administrada. Afinal, eventual decisão unilateral do Supremo de retirar competências do CNJ implicaria o rompimento do pacto político-institucional que permitiu a aprovação da Emenda 45.

O que se tem atualmente é um cenário de insegurança jurídica, que antes de significar entrave e paralisação às atividades do CNJ ou por si um ponto negativo, no entanto, apresenta-se como um momento de expectativa, isto é, de uma intensa expectativa e observação atenta, com aspectos positivos também, na medida que, permite a experimentação nesta fase inicial e abre espaço para a evolução das instituições e suas funções, tanto do ponto de vista político, quanto social e jurídico.

⁸⁸ Até o presente momento o STF não proferiu nenhuma decisão em caráter definitivo, apenas em sede de liminar.

CONCLUSÃO

O ponto de partida e de chegada do presente vem a ser, portanto, a certeza de que ninguém tem o primado da última palavra, cabendo a necessária interação e controle entre os órgãos e instituições afeitas a este mister. E de outro lado, deve haver a clareza de que não há também procedimento que garanta soluções e resultados irrepreensivelmente justos. Não há ainda, por suposto, instituição que seja infalível, e assim se coloque ou possa se colocar acima e impassível do menor controle e fiscalização.

A democracia pressupõe diálogo, pelo menos, a manifestação livre de muitas vozes e, logicamente, a oitiva dessas vozes na tentativa de consenso e de acordos razoavelmente harmônicos. Por isso o nível de sofisticação e desenvolvimento democrático, pelo alcance dessa finalidade de interlocução, se reflete no desenho institucional que se adota e constrói em cada realidade democrática.

O diálogo e aprimoramento que se pretende e que surgiu com o advento do CNJ, entre os poderes instituídos e principalmente entre esse órgão e o Poder Judiciário, se coaduna com a visão de separação de poderes que se imprimi e pela qual se demanda atualmente: significando circularidade e complementaridade, seja pela controle na via da fiscalização pela legitimidade democrática do órgão, seja pelas orientações que profere, de igual forma balizadas no princípio democrático e republicano.

Eleva-se desse modo, como exposto e perfilhado pela doutrina constitucional mais arrojada e atual, o potencial epistêmico de deliberação, no âmbito do próprio Judiciário, seja no gabinete do magistrado, seja no Plenário dos Tribunais Superiores (que muito embora não se subordinem ao CNJ), “sofre” influência positiva no diálogo com este órgão, com maior ou menor ruído na comunicação. O que acarreta assim um espaço maior potencial epistêmico de deliberação inter-institucional.

Como traçado no primeiro capítulo do presente trabalho, quanto aos instrumentos de controle frente à atuação do Judiciário no cenário de expansão deste poder e da judicialização da política, há como exemplo desse ferramental, para citar apenas um, a Súmula vinculante, equiparando-se a política de precedentes americana quanto à sua força de vinculação, e garantindo segurança jurídica e isonomia em casos assemelhados, no que tange a mecanismo de revisão e aprimoramento endógeno do Judiciário.

E no tocante aos demais mecanismo de controle, nesse particular suscita-se a análise da inovação institucional que significa a criação e atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ na esteira do aperfeiçoamento institucional, que se insere como órgão de controle semi-autônomo, e bem da verdade se revelando um mecanismo ainda endógeno de controle, inserto na própria estrutura do Judiciário, conforme se verifica no estudo que segue, nem representando ingerência externa à atividade jurisdicional e nem tampouco se equiparando ou restringindo-se a órgão meramente correicional, busca-se antes de tudo a satisfação do conceito de Macro Justiça, identificada com efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Considerando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), verificou-se que, como descrito no portal eletrônico da própria instituição, é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

Há que se estabelecer os limites, ou pelo menos tê-los à vista, da Jurisdição Constitucional e da atuação dos Tribunais. Dentro desse contexto de reconhecimento da necessidade de um poder Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas,⁸⁹ insere-se paralelamente a demanda por controle externo da atuação dos órgãos e poderes estatais na perspectiva de aprimoramento, segundo informa os princípios da responsividade e accountability, conforme tratado no primeiro capítulo.

Assim , passando ao capítulo II, neste ponto, buscou-se descrever e contrastar tanto a atuação, lógica e atribuição de competências dos diversos Conselhos de Justiça existentes nas tidas democracias contemporâneas, identificando as semelhanças e distanciamentos ante ao que se pretendeu instituir com o nosso órgão de controle nacional. Em síntese, procedeu-se a identificação e análise da fundamentação teórico-argumentativa esposada pela doutrina especializada, tanto a brasileira quanto a estrangeira (sob a ótica do Direito Comparado) no que diz respeito ao tema desenho institucional e legitimidade na atuação dos Poderes.

Procurou-se, para os fins do presente, relacionar as principais e mais impactantes decisões e regulamentos publicados pelo CNJ, a fim de identificar não apenas as formalidades no que tange ao seu poder regulamentar, normativo, mas também os limites quanto ao conteúdo do que lhe cabe e é reservado constitucionalmente apreciar e/ou orientar, tendo em vista o experimentalismo a que nos “expomos” nessa nova estrutura institucional. Exposição,

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política No Brasil Contemporâneo*. p.7

pesquisa e levantamento da jurisprudência pátria mais recente, na análise de maior ou menor ativismo judicial, e definição em quais situações é mais perceptível tal postura, bem como as decisões no âmbito do CNJ que denotem “freio” ao fenômeno ativista judicial.

Por tudo o que se constata, o tema imbricado com um processo e projeto macro de democratização do Poder Judiciário propiciado pelas reformas realizadas como a ampliação do acesso à Justiça das classes mais baixas, a racionalização e redução dos custos dos serviços judiciários, a simplificação e modificação do processo jurídico nas áreas cível, penal e trabalhista, a representação jurídica de causas coletivas, bem como a mudança na formação e no papel do juiz e dos demais atores jurídicos (advogados, promotores, defensores). Houve, de fato, a emergência de uma cultura democrática e sucessivas “ondas” apontando para o acesso, efetividade e eficácia da Justiça. A opinião pública tem importância crescente e voz mais potencializada nesse cenário. De tal forma assim, criação do CNJ se coaduna com as expectativas de cidadania participativa e ativa, e consolidação do Poder Judiciário democrático bem como criação de Estado realmente Democrático de Direito.

Ao término deste estudo, o que se pretendeu foi ponderar entre a necessidade (qual o equilíbrio e medida ótima) do Poder Judiciário impor limites aos demais Poderes e a necessidade de se impor limites ao próprio Poder Judiciário, legitimando sua atuação e fortalecendo, por conseguinte, a própria instituição, à luz e tendo por parâmetro a inovação institucional do CNJ e sua missão que encontra guarita no art.103-B, §4º, II, da CRFB/88.

O que se tem da análise histórico-comparativa das entidades fiscalizadoras na experiência de sistemas judiciários alienígenas e a respectiva sistemática constitucional no que tange à separação de poderes, questões como independência e controle/fiscalização é que a nova leitura do princípio da separação de poderes impõe inexoravelmente também à nossa realidade aprimoramentos e rearranjos estratégicos para observância dos imperativos próprios da atual noção de Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. 2ª Tiragem. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009

ARGUELHES, Diego; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, janeiro/junho de 2011.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES; Marcus Fabiano. *Direito: ordem e desordem, eficácia dos direitos humanos e globalização*. Florianópolis: Editora IDA, 2004.

BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separations-of-Powers doctrine. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. *Revista Jurídica da Presidência da República*. Brasília, Vol. 12, nº96, Fev/Mai 2010.

_____. *Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/luis_roberto.html. Acesso em 25 de janeiro de 2013.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue. In: *Brooklyn Law Review*, v.71, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=852884>> Acesso em: 01 de julho de 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª edição. Malheiros Editores, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Editora Lumen Iuris. Rio de Janeiro:2012.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. Tradução: Eduardo Brandão. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2005.

COUTO, Devisom. *Escândalos comprovam necessidade de mudança. Reforma Política*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-28/escandalos-politicos-comprovam-necessidade-evolucao-leis>> Acesso em: 29 de julho de 2011

DA GAMA, Gustavo Vital de Oliveira. Estado Democrático de Direito e Correção Legislativa da Jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 73, p. 160-191, out./dez. 2010.

DREIFUSS, René Armand. *Política, poder, Estado e força: uma leitura de Weber*. Editora Vozes, Petrópolis, 1993.

DUGUIT, Léon. *La Separación de Poderes Y La Asamblea Nacional de 1789*. CLÁSICOS POLÍTICOS. Presentación y traducción: Pablo Pérez Tremps. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Madrid, 1996.

FALCÃO, Joaquim ; WERNECK ARGUELHES, Diego e CAMARGO CERDEIRA, Pablo de. *O diálogo entre o CNJ e o Supremo*. Artigo veiculado pela Revista Eletrônica *Interesse Nacional*, de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: <<<http://interessenacional.uol.com.br/2012/01/o-dialogo-entre-o-cnj-e-o-supremo/>>> Acesso em 28 de janeiro de 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e sua divergência da realidade*. Artigo em *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Editorial Trotta, Madrid, 1996, sob a direção de Perfecto Andrés Ibáñez.

FREUD, Sigmund. *O Mal- Estar na Civilização*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Vol.XXI. Rio de Janeiro. IMAGO. 1974

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v.84, n.2, 2005.

GAUDREAULT-DESBIENS, Jean-François. *A Concorrência das Tradições Jurídicas: Perspectivas e Prospectivas a partir do Caso do Bijuridismo Canadense*. Organizador Evandro Menezes de Carvalho. Curitiba, Editora Juruá, 2011.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Experiências no Controle de Constitucionalidade – O diálogo institucional canadense e a Constituição Brasileira de 1937*. Publicado em 06.05.2010 disponível em :
<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/800/669>>
acesso em 18 de março de 2012

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O direito constitucional francês. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1656, 13 jan.2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10851>
Acesso em 21 fev.2013.

ALON HAREL. *Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification*. *Law and Philosophy*, 2003

HÜBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada em 2008 sob orientação do Prof.º Álvaro de Vita. Universidade de São Paulo – USP. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH. Departamento de Ciência Política.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción.* (editor), (aut.) Editorial Trotta, S.A.: 1ª ed. (03/1996). Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Direitos Sociais – Teoria e Prática*, Editora Método, 2006.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo.* São Paulo: Martins Fontes, 2005

_____. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.* Introdução de J.W. Gough. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *Ensaio sobre o Entendimento Humano. Volume I (Livro I e II).* Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. 1999, Lisboa.

_____. *Ensaio Político*; organizado por Mark Goldie; tradução Eunice Ostrensky. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

The Cambridge Companion to LOCKE. Edited by Vere Chappell. Cambridge University Press. 1994

KELSEN, Hans. *A Democracia.* Editora Martins Fontes BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural. Brasília: UnB, 1997

KELSEN, Hans. *A Democracia.* Editora Martins Fontes. São Paulo. 2000

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise. Uma contribuição à patogênese do mundo burguês.* Tradução do original alemão: Luciana Villa-Boas Castelo-Branco. EdUERJ, Contraponto, Rio de Janeiro, 1999.

MACKENZIE, Iain. *Política: conceitos-chave em filosofia*. Tradução: Nestor Luiz João Beck. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MADISON, James. *República y Libertad. Escritos políticos y constitucionales*. Edición, estudio preliminar y traducción de James Nicolás Muñiz. Colección Clásicos Políticos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução: Ruy Jungmann. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 1994.

PLATÃO. *A República* (texto integral), tradução: Nasseti, Pietro. Editora Martin Claret, 2006.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *A Atribuição Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça: um estudo sobre a concretização normativa (in)direta da Constituição da República Brasileira em nível regulamentar*. Belo Horizonte, 2009. 93f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª Ed, São Paulo. Atlas, 2007

PORFIRIO FREITAS, Geórgia Bajer Fernandes de. *Artigo Decisões políticas e controle jurisdicional de constitucionalidade: os atos políticos no direito comparado*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6176674/Decisoes-politicas-e-controle-jurisdicional>> Acesso em: 29 de julho de 2011.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

ROYO, Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

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

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (coord. Daniel Sarmento). Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009.

_____. A Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbujm (coord.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SUSTEIN, Cass R. Risk and Reason. Safety, Law and the Environment. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

_____. *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*. 2007

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. (Ed.) The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.

STRECK, Lênio. *As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis*. in Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.10,n.10, p.2-37, jul./dez.2011.

Estudo de alguns indicadores do Poder Judiciário do Brasil em relação a outros países: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília, novembro de 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf Acesso em 17 de fevereiro de 2013.

Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, julho de 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf Acesso em 17 de fevereiro de 2013.

ANEXO
(GRÁFICOS E INDICATIVOS)

Tabela 1 – Número de advogados por cem mil habitantes do Brasil e de Países da Europa - 2008

País	Advogados por 100.000 habitantes
San Marino	463,7
Luxemburgo	352,0
Grécia	350,6
Itália	332,1
Brasil	330,4
Espanha	266,5
Portugal	260,2
Islândia	228,0
Malta	217,6
Andorra	165,7
Bélgica	155,9
Bulgária	151,8
Albânia	126,2
Suíça	123,3
Noruega	122,6
Hungria	98,1
Dinamarca	95,8
Holanda	94,8
Macedônia	92,9
Eslováquia	88,9
Turquia	88,8
Áustria	86,7
Croácia	84,7
Mônaco	83,6
Montenegro	83,0
Romênia	81,7
República Tcheca	80,6
França	75,8
Polônia	71,6
Eslovênia	57,7

Estônia	49,6
Suécia	49,4
Lituânia	47,3
Irlanda	45,7
Federação Russa	43,9
Moldova	36,4
Irlanda do Norte	35,1
Finlândia	34,4
Bósnia e Hezergovina	32,3
Armênia	24,4
Azerbaijão	9,0
Escócia	5,4
Média⁸	168

Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepei/series/default_en.asp
<http://www.ceja.cl/reporte/2008-2009/>

Tabela 2 – Número de advogados por cem mil habitantes do Brasil e de Países da América Latina e dos Estados Unidos - 20089

País	Advogados por 100.000 habitantes
Estados Unidos	371
Brasil	330,4
Colômbia	354,4
Argentina	305,5
Peru	248,1
Uruguai	196,4
Média	327

Elaboração: DPJ

Fonte: <http://www.ceja.cl/reporte/2008-2009/>

Tabela 3 – Razão do número de advogados pelo número de magistrados

País	Razão
Brasil	39,42
Itália	32,56
Malta	25,01
Espanha	24,91
Portugal	14,46
Dinamarca	13,88
Albânia	10,26
Turquia	8,79

Suíça	8,74
França	8,33
São Marino	7,63
Andorra	6,09
Áustria	4,36
Romênia	4,26
Armênia	3,59
Eslováquia	3,46
Estônia	2,80
Polônia	2,76
Montenegro	2,09
Croácia	1,99
Finlândia	1,98
Federação Russa	1,81
Mônaco	1,30
Eslovênia	1,08

Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/default_en.asp

<http://www.ceja.cl/reporte/2008-2009/>

Tabela 4 – Número de juízes por cem mil habitantes do Brasil e de Países da Europa - 2008

País	Juízes por 100.000 habitantes
Mônaco	64,3
São Marino	60,8
Eslovênia	53,5
Croácia	42,5
Montenegro	39,7
Luxemburgo	37,4
Sérvia	34,1
Grécia	33,3
Macedônia	32,2
República Tcheca	29,2

Hungria	28,9
Bulgária	28,3
Andorra	27,2
Polônia	25,9
Eslováquia	25,7
Federação Russa	24,2
Lituânia	22,5
Bósnia e Herzegovina	22,3
Áustria	19,9
Romênia	19,2
Portugal	18
Estônia	17,7
Finlândia	17,4
Ucrânia	15,5
Bélgica	15,2
Islândia	14,7
Suíça	14,1
Holanda	13,3
Moldova	12,9
Chipre	12,5
Albânia	12,3
Noruega	11,3
Suécia	11,3
Espanha	10,7
Itália	10,2
Turquia	10,1
França	9,1

São Marino	97
Albânia	77
Média	736

Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.coe.int/t/dgh/cooperation/cepej/series/default_en.asp

Justiça em Números

Tabela 5 – Número de juízes por cem mil habitantes do Brasil e de Países da América Latina e dos Estados Unidos - 2008

País	Juízes por 100.000 habitantes
Uruguai	14,6
Colômbia	11,7
Bolívia	9,1
Estados Unidos	9,0
Brasil	8,3
Peru	8,3
Venezuela	6,8
Chile	6,5
México	3,6
Média	8,1

Elaboração: DPJ

Fonte: <http://www.ceja.cl/reporte/2008-2009/>

Justiça em Números

Tabela 6 – Orçamento destinado ao Judiciário em relação ao PIB total do Brasil e de países da Europa - 2008

País	Orçamento % PIB
Brasil	1,46%
San Marino	0,65%
Montenegro	0,64%
Bósnia e Hezergovina	0,59%
Eslovênia	0,42%
Polônia	0,40%
Macedônia	0,39%
Bulgária	0,38%
Portugal	0,31%
Romênia	0,28%
Hungria	0,27%
Mônaco	0,26%
Islândia	0,25%
Reino Unido Irlanda do Norte	0,25%
Andorra	0,24%
Federação Russa	0,24%
Suíça	0,22%
Estônia	0,21%
Eslováquia	0,21%
República Tcheca	0,20%
Latvia	0,20%
Lituânia	0,19%
Geórgia	0,18%
Itália	0,18%
Moldova	0,18%
Malta	0,17%
Ucrânia	0,17%
Holanda	0,15%
Turquia	0,15%
Escócia	0,15%
Finlândia	0,14%
Suécia	0,14%
Armênia	0,13%
Albânia	0,12%
Reino Unido, Inglaterra e País de Gales	0,12%
Azerbaijão	0,10%
Dinamarca	0,10%
Irlanda	0,07%
Noruega	0,05%
Média¹³	0,18%

Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepei/series/default_en.asp

Justiça em Números

Tabela 7 – Orçamento destinado ao Judiciário em relação ao PIB total do Brasil e de países das

Américas - 2008

País	Orçamento % PIB
Costa Rica	5,48%
Brasil	1,46%
Panamá	0,73%
Equador	0,36%
Argentina	0,18%
México	0,03%
Média	1,16%

Elaboração: DPJ

Fonte: <http://www.ceja.cl/reporte/2008-2009/>

Justiça em Números

Tabela 8 – Processos por juiz no Brasil e em países da Europa – 2008

País	Carga de Trabalho
Dinamarca	8.483
Brasil	4.616
Áustria	2.151
Itália	1.989
Estônia	1.639
Macedônia	1.509
Espanha	1.333
Croácia	1.205
Malta	1.196
Portugal	1.186
Eslovênia	1.095
Polônia	941
França	825
Finlândia	787
Turquia	774
Montenegro	674
Andorra	643
Sérvia	638
Hungria	579
Romênia	561
Federação Russa	518
Bósnia e Herzegovina	501
Latvia	474
Eslováquia	438
República Tcheca	384
Holanda	347
Armênia	230
San Marino	219
Geórgia	209
Mônaco	161
Suíça	150
Albânia	104
Média	1.926

Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/default_en.asp

Justiça em Números

Tabela 9 – Casos novos por cem mil habitantes no Brasil e em países da América Latina - 2006**

País	Casos novos por 100.000 habitantes
Chile	12.829
Costa Rica	11.331
Brasil	4.034
Panamá	3.900
Guatemala	3.049
Argentina	2.634
Nicarágua	2.049
República Dominicana	1.076
El Salvador	1.002
Honduras	811
México	659
Média	4.809

Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=878

Justiça em Números

Tabela 10 – Casos novos por cem mil habitantes no Brasil e em países da Europa - 2008

País	Casos Novos por 100.000 Habitantes
Dinamarca	56.383
Áustria	36.541
Croácia	33.122
Eslovênia	31.627
Estônia	23.323
Polônia	22.166
Macedônia	18.267
Montenegro	16.500
Hungria	14.397
Sérvia	13.313
Andorra	12.221
Federação Russa	12.084
Finlândia	11.974
Itália	10.224
Romênia	9.217
República Tcheca	9.068
Latvia	8.673
Espanha	8.555
Portugal	6.758
Eslováquia	6.532
Mônaco	6.369
Turquia	5.500
França	5.244
São Marino	5.197
Malta	4.700
Brasil	4.464
Bósnia e Herzegovina	3.847
Suíça	1.827
Armênia	1.373
Albânia	1.025

Geórgia	919
Média	20.628

Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/default_en.asp

Justiça em Números

Tabela 11 – Taxa de Congestionamento do Brasil e de países da Europa - 2008

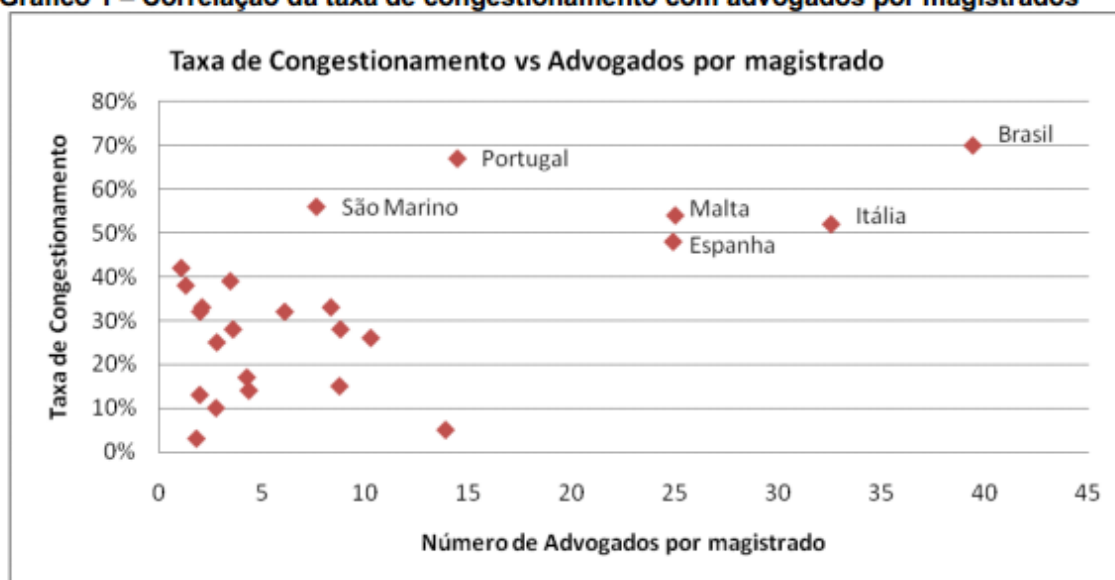
País	Taxa de Congestionamento
Brasil	70%
Bósnia e Herzegovina	68%
Portugal	67%
São Marino	56%
Macedônia	54%
Malta	54%
Itália	52%
Espanha	48%
Eslovênia	42%
Eslováquia	39%
Mônaco	38%
Montenegro	33%
França	33%
Croácia	32%
Andorra	32%
Armênia	28%
Turquia	28%
Latvia	28%
Sérvia	26%
Albânia	26%
Estônia	25%
República Tcheca	19%
Geórgia	18%
Romênia	17%
Hungria	15%
Suíça	15%
Áustria	14%
Finlândia	13%
Polônia	10%
Dinamarca	5%
Federação Russa	3%
Média	47%

Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/default_en.asp

Justiça em Números

Gráfico 1 – Correlação da taxa de congestionamento com advogados por magistrados



Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.coe.int/t/dgh/cooperation/cepej/series/default_en.asp e Justiça em Números.

Tabela 12 – Produtividade do Brasil e de países da Europa

País	Produtividade
Dinamarca	8.075
Áustria	1.848
Brasil	1.616
Estônia	1.223
Itália	959
Polônia	849
Croácia	816
Holanda	812
Macedônia	691
Espanha	689
Finlândia	682
Eslovênia	638
Turquia	558
França	553
Malta	551
Federação Russa	504
Hungria	492
Sérvia	469
Romênia	463
Montenegro	451
Andorra	436
Portugal	397
Latvia	344
República Tcheca	313
Eslováquia	269
Geórgia	172
Armênia	166
Bósnia e Herzegovina	159
Suíça	127
Mônaco	100
São Marino	97
Albânia	77
Média	736

Elaboração: DPJ

Fontes: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/default_en.asp

Justiça em Números

Gráfico 13 - Percentagem de pessoas que vivenciaram conflito entre 2004 e 2009 segundo o tempo até a solução, pelo espaço institucional que solucionou o conflito, Brasil, 2009

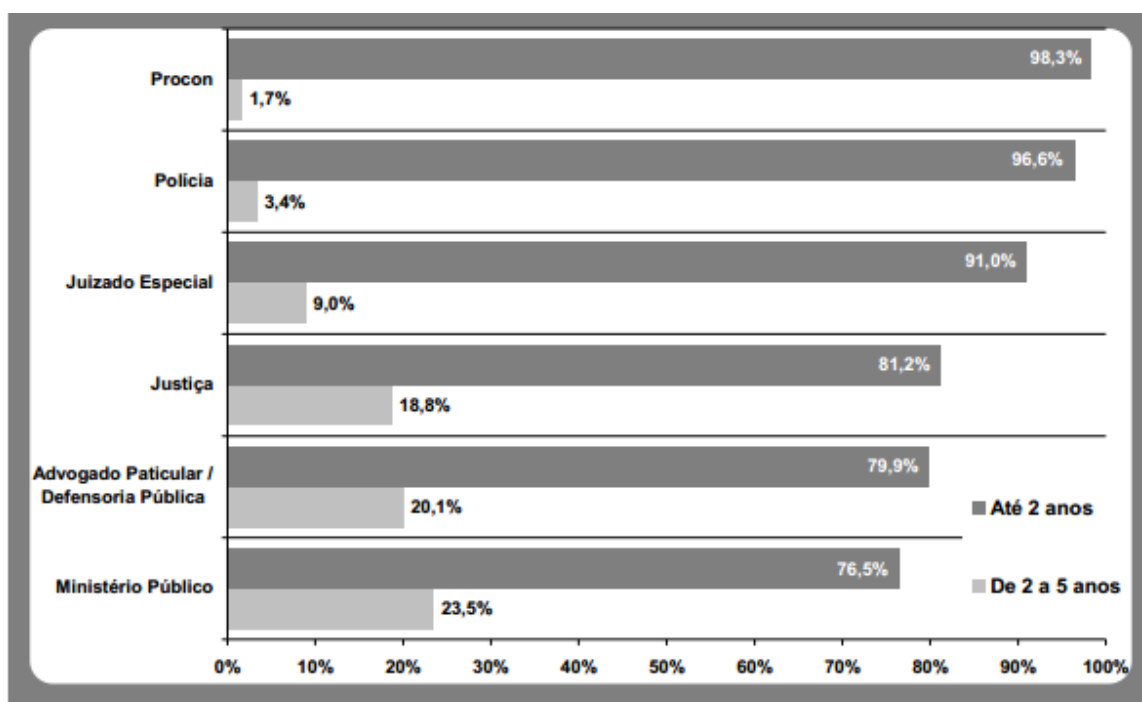


Gráfico 14 - Percentagem de pessoas que vivenciaram conflito entre 2004 e 2009 segundo o tempo até a solução, pela área da situação de conflito, Brasil, 2009.

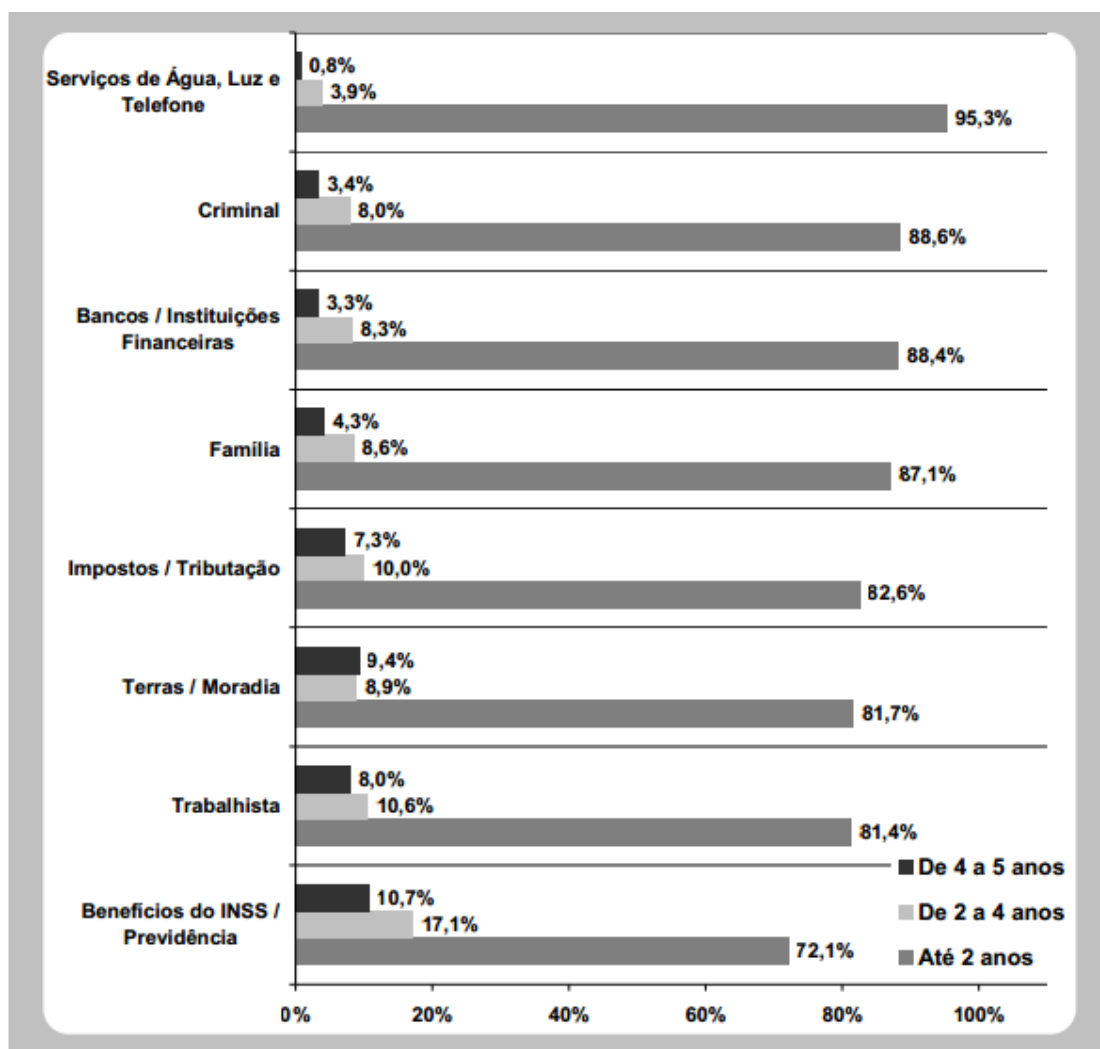


Gráfico 15 - Percentagem de pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009 e buscaram o Poder Judiciário segundo a área da situação de conflito e se houve ou não solução, Brasil, 2009.

