

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

**LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER REGULAMENTAR DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

**CURITIBA
2008**

FERNANDA EDVIRGES SEGER

**LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER REGULAMENTAR DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA

2008

*Aos meus pais, Rose e Gerson, por
serem meus eternos mestres sobre a
vida.*

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar alguns aspectos do Conselho Nacional de Justiça, novo órgão administrativo do Poder Judiciário criado com a Emenda Constitucional n.45/2004. Inicialmente se faz uma breve reflexão sobre o novo papel assumido pelo Poder Judiciário brasileiro com a Constituição Federal de 1988, na busca pela efetivação dos direitos fundamentais. A presença cada vez mais ativa no cotidiano brasileiro tornou notório o problema da morosidade, da burocracia e da falta de transparência no Judiciário, gerando incontestemente descrédito nos jurisdicionados. Além das críticas à Administração da Justiça - como inadequada para atender às suas finalidades - questionada foi a legitimidade do Judiciário, pois suas decisões repercutem de forma relevante sobre diversas esferas de direitos, mas o distanciamento com a sociedade - refletida no corporativismo interno, na centralização das decisões nos tribunais e na falta de controle social - apenas corroborava com a falta de credibilidade no funcionamento desse Poder. Trata-se de aspecto relevante para compreender em que contexto foi debatida a questão da necessidade e conveniência da criação de um órgão de controle “externo” no âmbito do Poder Judiciário. O objetivo principal foi valorizar a magistratura perante a sociedade, fortalecendo o Judiciário como um *poder democrático e independente*. Expõe-se as características fundamentais para entender o modelo de controle implantado no Brasil, conferindo especial destaque a sua atribuição regulamentar. A questão principal desse trabalho se refere aos limites constitucionais ao exercício desse poder, devendo-se questionar sua extensão em relação ao princípio da legalidade, que deve orientar a atuação administrativa em nosso Estado Democrático de Direito. Apontam-se algumas resoluções expedidas pelo Conselho, com vistas a demonstrar que essa atribuição vem se desenvolvendo a partir da regulamentação direta de dispositivos constitucionais, sem a anterior previsão em lei formal. É necessário que o Conselho Nacional de Justiça busque – *na medida dos limites de seu poder* – a solução que permita atingir os resultados necessários. Resta, saber, pois, até onde pode ir seu poder regulamentar.

ABSTRACT

This present work aims to approach some aspects from “National Justice Court”, a new administrative agency from Justice Power created by the Constitutional Amendment no.45/2004. Firstly, a brief reflection is done about the new taken up roll by the Brazilian Justice Power with the Federal constitution since 1988, which is looking for the accomplishment of fundamental rights. With the more active presence of Brazilian people daily, the delay , bureaucracy and lack of transparency became a remarkable problem in Justice System, producing incontestable discredit among Justiciary. Beyond criticism towards to the justice Administration – as inadequate to serve its purpose – and which the legality of Justice has been questioned, because its decisions are reflected in a very important way over several aspects of law, the distance from society, which is reflected in the internal corporatism, in the centralization of decisions taken in courts and in the absence of social control – just confirm the lack of credibility in such work system. It deals about important aspects to understand in which context the matter of necessity and convenience for creating an “external control system” in Justice level. The objective was to value the magistracy towards society, to strengthen the Justice Power as a democratic and independent power. Some fundamental features have been showed in order to understand the model of control used in Brazil, calling special attention to its regulative attribution. The most important matter of such work deals with constitutional limits in the use of this power, which has to be questioned its extension towards legality, and has to lead the administrative actions in Democratic State of Law. Some resolutions were risen and taken by the court, looking forward to demonstrate that this attribution has been developed from direct regulatory constitutional bodies, without a preview, based on formal law. It is necessary that the National Justice Court looks for – in the limits of its power – the solution that allows it to get the necessary achievements. It remains to be seen and to know where the limits.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	06
2.	DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO.....	08
2.1	A ASCENSÃO INSTITUCIONAL COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO.....	08
2.2	DEFESA DE UM CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO	19
2.3	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	23
2.3.1	INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO	24
2.3.1.1	PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	26
2.3.1.2	PRINCÍPIO FEDERATIVO.....	26
2.3.1.3	DECISÃO DO STF NA ADIn.....	27
2.3.2	COMPOSIÇÃO HÍBRIDA	29
2.3.3	AMPLITUDE DA COMPETÊNCIA CONFERIDA CONSTITUCIONALMENTE	32
2.3.4	PROMESSAS DE REFORMA. ATUAÇÃO SERIA EFICAZ?	34
2.4	EXPERIÊNCIAS EM OUTROS PAÍSES	37
3.	O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SUAS ATRIBUIÇÕES	43
3.1	O CONSELHO.....	43
3.2	COMPOSIÇÃO.....	45
3.3	ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS E PREVISTAS NO REGIMENTO INTERNO	48
3.3.1	CONTROLE ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO.....	50
3.3.2	CONTROLE DISCIPLINAR	52
3.3.3	PODER REGULAMENTAR.....	58
3.3.4	PLANEJAMENTO.....	59
3.3.5	FUNÇÕES QUE O ESTATUTO DA MAGISTRATURA CONFERIR	61
4.	PODER REGULAMENTAR DO CNJ.....	61
4.1	CAPACIDADE REGULAMENTAR NO DIREITO BRASILEIRO	62
4.2	ATO ADMINISTRATIVO REGULAMENTAR.....	68
4.3	ATRIBUIÇÃO REGULAMENTAR NO CASO DO CNJ	75
4.4	FUNDAMENTO DO PODER REGULAMENTAR DO CNJ	87
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	94

1. INTRODUÇÃO

Antes da Constituição Federal de 1988 o Judiciário brasileiro estava sujeito às pressões do regime militar, com a restrição das garantias institucionais dos magistrados e a falta de autonomia administrativa e normativa dos tribunais. A partir da redemocratização foi reconhecida novamente a possibilidade do Judiciário se auto-governar, restaurando sua independência e autonomia, em benefício da eficiente tutela de direitos fundamentais.

Com o aumento das demandas e a presença mais efetiva do Judiciário no cenário político e social se tornou visível a insuficiência de sua estrutura excessivamente burocrática, a verticalização interna da gestão administrativa com força concentrada nos tribunais, as deficiências no aspecto disciplinar, os casos de tráfico de influências e corrupção. As constantes críticas à morosidade e à falta de acesso à justiça acabaram comprometendo a credibilidade do Judiciário, pois a prestação jurisdicional não se mostrava eficiente. Questionou-se a manutenção da autopreservação de seus membros, distantes da sociedade e o fato de não estar tutelando de forma efetiva os direitos garantidos pela Constituição. Ao tornar-se omissivo e ineficiente na compatibilização de suas atribuições constitucionais a sua legitimidade restou afetada.

Dentro desse contexto uma Reforma democrática do Judiciário foi proposta pelo governo e amplamente discutida pelo Legislativo. Surge, então, o debate sobre a necessidade de ser criado um órgão de controle 'externo' do Poder Judiciário. Tal medida gerou desconforto na magistratura nacional, suscitando questionamentos sobre a constitucionalidade de sua criação frente aos princípios federativo e da separação dos poderes, sobre a sua composição híbrida, e o alcance de suas atribuições sobre todas as esferas judiciárias. Na tentativa de impedir um órgão de 'controle externo' se argumentava que esse controle seria muito mais político do que administrativo, e com a presença de membros alheios à magistratura a prestação jurisdicional estaria completamente ameaçada, inclusive a independência dos magistrados. Na verdade, o principal fundamento para impugnar a sua criação foi a suposta inconveniência de um órgão administrativo nacional, hierarquicamente superior aos tribunais, nos quais se mantinham interesses corporativistas.

Não obstante todas as críticas, o Conselho Nacional de Justiça foi materializado pela Emenda Constitucional n.45/20004, em busca de um efetivo controle disciplinar e administrativo, bem como da possibilidade de democratizar sua

atuação de forma mais transparente e aberta aos anseios da sociedade, aumentando conseqüentemente a eficiência de sua atuação e o acesso à justiça. Sem, contudo, ter a possibilidade de interferir na atividade jurisdicional. Para permitir que o Judiciário assumira seu papel constitucional efetivando a ordem constitucional, o Conselho Nacional de Justiça surge como instrumento garantidor de que a estrutura judiciária seja aperfeiçoada para se compatibilizar com a função de tutela efetiva dos direitos fundamentais.

Após considerar os motivos no debate sobre a criação desse Conselho como corolário de uma Reforma do Judiciário, expõem-se os argumentos que se desenvolveram na doutrina, contrários e favoráveis a tal medida, e os modelos de controle utilizados na experiência estrangeira.

Em seguida, analisa-se brevemente as características fundamentais desse novo órgão administrativo do Poder Judiciário com ênfase em sua atribuição regulamentar, considerando-a como de maior relevância para a concretização dos fins para os quais fora criado esse Conselho.

Por fim, objetiva-se com esse trabalho tecer considerações sobre a importância, a natureza e o alcance do poder regulamentar conferido constitucionalmente ao Conselho Nacional de Justiça, sem desconsiderar os limites a essa atribuição presentes em nosso ordenamento jurídico.

Não há muita discussão doutrinária no Brasil que tenha se aprofundado nas possibilidades do poder regulamentar desse Conselho, especificamente. Portanto, foi necessário conjugar estudos sobre o poder regulamentar, de modo geral, no sistema brasileiro, frente ao limite do princípio da legalidade, com a análise do fundamento e alcance de algumas resoluções expedidas pelo CNJ. Dessa forma, busca-se refletir sobre os limites e a relevância de o Constituinte derivado ter previsto essa atribuição. Novas reflexões tornam-se imperativas para concretizar novas possibilidades.

Desde que a atuação do Conselho seja apropriada de modo a ajustar a organização judiciária às necessidades que a realidade impõe, é indispensável considerar que tais mudanças se verificam em prol de uma atuação mais democrática do Poder Judiciário. A sua gestão não pode ser vista como um fim em si mesmo, alheio aos anseios da sociedade e utilizada com finalidades corporativas, mas deve e pode ser aprimorada como instrumento apto a satisfazer a tutela efetiva de direitos.

2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

2.1. A ASCENSÃO INSTITUCIONAL COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

Desde 1967 o sistema judiciário estava sujeito ao regime jurídico de uma Constituição imposta, alterada constantemente pelos Atos Institucionais da ditadura militar. Entre as principais conseqüências desse regime militar estava a suspensão das garantias dos magistrados e a falta de autonomia administrativa dos tribunais. Tendo por finalidade garantir os interesses da 'segurança nacional', leia-se segurança do regime, restringida foi a autonomia normativa dos órgãos do Judiciário. Não cabia mais aos tribunais a elaboração de sua organização nos regimentos internos, retirando do Judiciário a condição de autônomo, afetando sua posição como um Poder da soberania nacional, para estar sujeito às pressões do Executivo.¹

Contrastando com esse contexto, a Constituição Federal de 1988 consagrou os anseios por uma redemocratização, e conseqüentemente por um Judiciário dotado de independência e autonomia. O autogoverno do Judiciário assumiu dimensões maiores com a nova ordem constitucional, em benefício de mais eficiente tutela de direitos dos cidadãos. Portanto, além de fortalecer o Judiciário como efetivo Poder do Estado brasileiro, recuperando as garantias institucionais de seus magistrados, a Constituição também pretendeu garantir que os comandos constitucionais fossem concretizados por esse mesmo Poder, através da prestação jurisdicional.

Dessa forma, o Judiciário com expressa possibilidade de se autogovernar e com 'capacidade' de dar a última palavra sobre a Constituição e o direito, passou a desempenhar um papel muito além de apenas técnico para resolução de conflitos, mas uma função essencialmente política, qual seja, contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Os fatores que desencadearam uma "*atuação mais intensa*" do Judiciário foram, principalmente, a crise de um Estado assistencial que não cumpriu sua função promocional de igualdade e equilíbrio social, e a conseqüente mudança do

¹ SAMPAIO, J. A. L. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 59-81.

foco de atenção para o *juiz, que, como representante desse Estado, deveria resolver o conflito social² mediante a concretização das leis.*³

O fortalecimento do Poder e a expectativa em torno de sua capacidade de concretizar direitos fizeram com que as demandas aumentassem, tornando visível a insuficiência de sua estrutura para fazer valer de forma efetiva todos esses direitos pretendidos. Tais fatores, conjugados, fomentaram a falta de credibilidade na estrutura judiciária, ainda mais porque o funcionamento desse Poder se encontrava alheio ao conhecimento da sociedade. Passou-se a questionar se havia um real comprometimento dos juízes na busca pela justiça, ou se apenas se mantinham intocáveis sob toda aquela aura de neutralidade.⁴ Conforme afirmou Dalmo de Abreu Dallari, sobre o distanciamento dos magistrados brasileiros,

*desde a insuficiência na formação dos juízes, [...] até os vícios institucionais que lhe dão margem ao lento, formalista, elitista e distante da realidade social, tudo isso compõe um quadro desfavorável ao prestígio da magistratura.*⁵

Adilson Abreu Dallari concorda que

a idéia predominante, desde longa data, sempre foi no sentido de que reconhecer publicamente a má conduta de um juiz ou a deficiência do serviço levaria a uma perda de credibilidade no Judiciário por parte da sociedade. A característica fundamental do Poder Judiciário sempre foi o isolamento, a opacidade, o tratamento de seus problemas internos como algo de interesse exclusivo dos magistrados, deslembrados do caráter

² 'Na realidade [...] a pacificação social é uma mera consequência da existência de um poder de resolução de conflitos que se sobreponha sobre os seus subordinados, e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional', [...] o que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo'. MARINONI, L.G. **Teoria geral do processo (Curso de processo civil, v.1)**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113 e 139.

³ MARTÍN, N. B. **El control democrático del Poder Judicial em España**. Curitiba: Universidad de Burgos/ Moinho do Verbo, 1999, p. 57.

⁴ "O Poder Judiciário [...] trata-se de órgão elitista que, quase sempre ocultado pelo 'pseudoneutralismo' e pelo formalismo pomposo, age com demasiada submissão aos ditames da ordem dominante e move-se através de mecanismos burocráticos-procedimentais onerosos, inviabilizando, pelos próprios custos, seu acesso à imensa maioria da população de baixa renda". WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3.ed.rev.e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 100.

⁵ DALLARI, D. de A. **O poder dos juízes**. 2. ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

*instrumental de sua atuação e de que o povo é a fonte de seus poderes e o destinatário final de suas ações.*⁶

Dentre as graves conseqüências da crise no Judiciário nacional – como a morosidade e as inúmeras decisões conflitantes - existe uma relação de reciprocidade com a estrutura burocrática e a verticalização interna com força concentrada nos tribunais,⁷ pois tudo isso fez manter a distância entre o funcionamento desse Poder e a realidade dos destinatários da função jurisdicional.

Essa distância gerou desconfiança e quanto mais presente no cotidiano do brasileiro o Judiciário obteve mais atenção da mídia e da sociedade em geral. Além de estar no foco das atenções, o Judiciário foi tido pelo Executivo e pelo Legislativo como o principal centro de soluções para os problemas sociais, o que gerou a “necessidade” urgente de reformas legislativas para tornar cada vez mais eficaz sua atuação, marcada pela demora e ineficiência da prestação jurisdicional.

Nessa perspectiva de ascensão o Judiciário passa a ser mais conhecido e amplia-se a quantidade de usuários insatisfeitos com a demora, tendo como conseqüência uma crise na sua estrutura, pois não era eficaz o suficiente para atender às demandas sociais. Ademais, não há dúvidas que toda decisão judicial implica conseqüências na vida dos jurisdicionados e no desenvolvimento de políticas de um país.

Portanto, tornou-se imprescindível o reconhecimento da alta relevância da função jurisdicional, principalmente em um Estado constitucional e democrático, que pretende garantir a tutela efetiva de direitos do cidadão. Essa “responsabilidade social”⁸ repassada para o juiz pretendeu corresponder aos anseios e expectativas

⁶ DALLARI, A. de A. **Controle compartilhado da Administração da Justiça**. Revista jurídica virtual. Brasília, vol. 7, n. 73, junho/julho 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/index.htm. Acesso em: 22/09/2008.

⁷ “Os tribunais brasileiros, como entidades oligárquicas, que concentram em si todo o poder administrativo do Judiciário, não podiam fugir à regra geral do abuso e desvio do poder. Além disso, a participação crescente dos tribunais nas decisões que envolvem problemas de forte impacto político e social tornou-se um problema [...], pois] a expansão do poder dos tribunais se dá às expensas do poder dos políticos e administradores. A hierarquização e a distribuição dos magistrados em classes acabam aniquilando a independência dos juízes de primeiro grau. Cria na consciência dos juízes pouca importância de suas decisões, erros e omissões, já que serão reavaliados pelas decisões superiores. Acabam mais preocupados com as promoções, em detrimento dos deveres do cargo e do aprimoramento intelectual. UCHÔA, M. R. **Controle do Judiciário: da expectativa à concretização** (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça). Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 24-30.

⁸ MARTÍN, N. B. Op. cit., p. 73.

da sociedade por um Poder garantidor de um equilíbrio diante dessa complexidade de direitos. A repercussão das decisões judiciais não poderia ser desconsiderada e os juízes deveriam ter consciência dessa importância.⁹ A propósito da posição ocupada pela magistratura brasileira no cenário político, Oswaldo Agripino questionou que

*tais atores, em regra, desconhecem a importância política das suas funções, pois toda decisão que afeta a vida dos membros de uma sociedade (pessoas físicas ou jurídicas) é, sem dúvida, uma decisão política, por mais que o positivismo jurídico e o paradigma liberal-burguês queiram omitir tal caracterização.*¹⁰

Em um Estado Democrático de Direito *todo poder deveria ser representativo*¹¹, para ser exercido em nome dos cidadãos, devendo, pois, prestar contas à sociedade. A manutenção de uma auto-preservação do Judiciário materializada pela distância entre esta instituição e a opinião pública¹² só fez aumentar a incompreensão e o descrédito da sociedade acerca do papel desempenhado e da importância dos órgãos judiciais, gerando especulações sobre o ambiente interno dos tribunais e casos de tráfico de influências e corrupção.

⁹ Celso de Mello reconhece o poder-dever dos magistrados num regime democrático: “O papel desenvolvido pelos, que se qualificam como atores essenciais do processo político de desenvolvimento, expansão e reafirmação dos direitos humanos, reveste-se de importância decisiva [...] as prerrogativas constitucionais reconhecidas à pessoa traduzem valores fundamentais indisponíveis, caracterizados pela nota de um a dez a irrecusável inexauribilidade”. *Apud*: TEIXEIRA, S. de F. **A formação e o aperfeiçoamento do magistrado contemporâneo**. RT n. 746, p. 28

¹⁰ CASTRO JÚNIOR, O. A. de. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 58.

¹¹ Os membros dos Poderes Legislativo e Executivo são eleitos diretamente pela população para exercer a função por tempo determinado, sendo uma forma de controle popular a escolha ou não daqueles que bem exerceram suas funções ou deixaram a desejar. As atividades dos membros do Judiciário também se destinam à coletividade, mas nem por isso estão sujeitos a esse controle social, pois ocupam cargos vitalícios.

¹² Como sustentado por Luís Roberto Barroso a prestação de contas à sociedade pelo Judiciário não pode influir nas decisões judiciais, pois juízes e tribunais não podem ser populistas, nem devem as decisões ser discutidas em pesquisa de opinião. A decisão deve ser fundamentada racionalmente, mas os juízes devem seguir suas consciências sem se sentirem pressionados pela sociedade. BARROSO, L. R. **Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça**. Interesse Público, ano 6, n.30, março/abril de 2005, p.15.

A distância propositalmente mantida¹³ por esse Poder foi criticada nos debates que precederam a Revisão Constitucional de 1993, até mesmo pelos juízes Dyrceu Aguiar Cintra Junior e Carlos Henrique Trevisan. Estes reconheceram

um verdadeiro clamor da sociedade no sentido de, pelo menos, começar a conhecer mais de perto o poder estatal que lhe é mais remoto e mais estanque. Ignoram-se os critérios subjetivos pelos quais os juízes são promovidos, removidos compulsoriamente ou colocados em disponibilidade. Muito embora a gestão financeira do Poder Judiciário esteja sujeita aos Tribunais de Contas, os próprios juízes que não integram a cúpula dirigente desconhecem por completo o modo pelo qual seu orçamento é aplicado.¹⁴

A chamada “crise no Poder Judiciário” não é isolada, mas traduz uma crise no desenvolvimento da sociedade e do Estado, principalmente porque decorre de uma atuação mais intensa do Executivo nas esferas econômicas, antes reservadas às empresas privadas e à atuação dos monopólios e grupos econômicos.¹⁵ Essa atuação intensa do Executivo, principalmente através de políticas de estabilização econômica, assim como com o aumento da busca pela tutela dos direitos pelos cidadãos, acabaram multiplicando as demandas judiciais, criando uma sobrecarga de processos e uma maior desestabilização do Judiciário, que já contava com uma estrutura despreparada.

Sobre essa mudança no papel do Judiciário, sustenta Oriana Piske que

o debate proposto acerca da legitimidade da atividade jurisdicional é próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito. No paradigma liberal, o isolamento político-social do Poder Judiciário reduzia a legitimidade de suas decisões a [...] aplicar normas já previamente dotadas de uma legitimidade advinda do processo legislativo. Entretanto, a atividade jurisdicional [...] tem o seu próprio momento de legitimação,

¹³ “É certo, contudo, que o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. O Judiciário demorou a perceber isso. Em nome da isenção e da autopreservação, conservou-se pela vida afora como uma instituição distante e pretensamente asséptica. A intenção pode ter sido a da reserva e a da virtude, mas a consequência foi a incompreensão: com seu código de relação próprio, do vestuário à linguagem, o mundo jurídico tornou-se misterioso, temido e desamado”. BARROSO, L. R. O controle externo é favorável ao Judiciário. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15/02/2004, p. A3.

¹⁴ CINTRA JUNIOR, D. A. D. e TREVISAN, C. H. M. **Controle externo do Poder Judiciário**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 38, dez. 1992, p. 47.

¹⁵ CASTRO JÚNIOR, O. A. Op. cit., p. 19.

*que se identifica no grau de adequação do comportamento judicial aos princípios constitucionais.*¹⁶

Oswaldo Agripino afirma que uma crise de legitimidade no Judiciário decorreu dessa crise estrutural. O problema da legitimidade estaria no fato de o Judiciário estar sendo

*omisso e ineficiente na compatibilização das suas atribuições constitucionais com os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.*¹⁷

Portanto, os doutrinadores que alegam haver uma crise de legitimidade do Judiciário afirmam que ela decorre essencialmente das deficiências estruturais diante da mudança do papel dessa instituição acabam indo contra os anseios da sociedade, que exige mudanças sociais.¹⁸

Como pode ser observado, a prestação jurisdicional realmente não tem sido justa e rápida, o que corrobora com a premissa da falta de estrutura e de organização na administração da justiça. Ademais, a importância da justiça no cotidiano brasileiro não pode ser desconsiderada, visto que é até mesmo demonstrada em pesquisas de opinião pública¹⁹, pois é no Judiciário que acabam sendo reivindicados os direitos do cidadão.

¹⁶PISKE, O. **Legitimação democrática do Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/artigo%20-20Legitimação%20democrática%20do%20Judiciário.doc>. Acesso em: 17/08/2008.

¹⁷ CASTRO JÚNIOR, O. A. Op. cit., p. 26.

¹⁸ “[...] uma das conclusões da pesquisa Barômetro de Confiança nas Instituições Brasileiras, apresentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) nesta terça-feira (10/06), [...] mostra que, apesar das tentativas de aproximar a Justiça da população, a grande maioria das pessoas desconhece sua estrutura. Enquanto apenas 8% dos entrevistados disseram conhecer bem o funcionamento do Judiciário, 45% afirmaram conhecer mais ou menos e 18% reconheceram desconhecer totalmente sua forma de atuação. “Esse é o nosso grande desafio, levar ao conhecimento da opinião pública o que é o Poder Judiciário e qual sua missão constitucional”, avaliou Mozart Valadares Pires, presidente da AMB”. Disponível em: <http://carlosalbertocastro.wordpress.com/2008/06/11/pesquisa-revela-desconhecimento-do-judiciario-pela-populacao/>. Acesso em: 12/07/2008

¹⁹ O CNJ pesquisou a crescente importância do Judiciário no cotidiano do brasileiro. “E como tem sido esse relacionamento? A imensa maioria afirma que foi tratada de forma respeitosa (82%) pelo Poder Judiciário. Da mesma maneira positiva, com respostas um pouco acima da média (5.0), o brasileiro diz que a atuação do Poder Judiciário foi independente (5.7) e com honestidade (5.9). O único item que fica abaixo da média é, justamente, a agilidade da prestação, o que evidencia a lentidão da Justiça (4.9). Problema crônico. Na verdade, esses dados positivos não surpreendem. Afinal, temos mais de 12 mil juizes na ativa. O cotidiano da Justiça é feito pela primeira instância. E, como opina o brasileiro, é feito de independência e honestidade, ou seja, de atitudes não

O fato de os membros desse Poder serem investidos sem a manifestação da vontade popular, mas serem concursados não pode ser alegado como fator determinante de uma crise de legitimidade, como se não possuíssem compromissos com a sociedade. Nem por isso se tem defendido a eleição dos juízes no Brasil, pois a experiência norte-americana permite afirmar que juízes eleitos não são por si só mais independentes.²⁰ Ademais, o nosso ordenamento jurídico impede que os membros do Judiciário participem de atividade político-partidária e os Tribunais Superiores são formados por escolha dos representantes do povo, possuindo, então, interferência indireta do eleitorado. Seus membros são nomeados pelo Presidente da República, sendo um dos mecanismos dos freios e contrapesos.

Desse modo, pode-se afirmar que não é a forma de investidura a questão central do questionamento da legitimidade do Judiciário, mas as decisões fundamentadas racionalmente e o *acesso à justiça* é que são os fatores que podem legitimá-lo em um Estado Democrático de Direito.²¹

Segundo sustenta Marinoni a legitimidade da jurisdição no Estado Constitucional não pode ser considerada da mesma forma como era concebida no Estado Liberal. Do mesmo modo que se afirmava que a jurisdição tinha a função de atuar a vontade concreta da lei, atualmente

*o Judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.*²²

A partir da redefinição do conceito de jurisdição a função do Judiciário também restou alterada, implicando na exigência de que a estrutura desse Poder se adeque à nova realidade, para ser capaz de promover a efetiva tutela dos direitos fundamentais. Somente dessa forma – promovendo a concretização dos direitos

corporativas, sem nepotismo, ou corrupção como regra.” O Barômetro da Confiança. **Correio Braziliense** - 17/06/2008, 29. Disponível em: http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4226&Itemid=129. Acesso em: 15/07/2008.

²⁰ CLÈVE, C. M. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. Editora Acadêmica, 1993, p. 42.

²¹ **Idem**, p. 44.

²² MARINONI, L.G. **Teoria geral do processo (Curso de processo civil, v.1)**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 44.

fundamentais, para além da previsão na Constituição – é que o Judiciário se legitimaria, pois estaria efetivamente realizando sua tarefa constitucional.²³

Seria um equívoco afirmar que a jurisdição não conta com legitimidade. Segundo Luigi Ferrajoli,

*o vínculo da verdade processual é [...] a principal fonte de legitimação externa, ético-política, ou substancial do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivos da sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais.*²⁴

Destaca, ainda, o mencionado autor, que as fontes de legitimação democrática do Poder Judiciário são duas: 1) legitimação formal²⁵, que fica assegurada pela legalidade; e 2) legitimação substancial, que ‘provém da função judiciária e da sua capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais do cidadão’.²⁶

Os Poderes Executivo e Legislativo se legitimam pela sua origem e o Judiciário possui uma legitimidade de exercício. Aqueles são controlados pelo voto e este pelo procedimento e pela atuação de acordo com a lei, restando a expectativa de que os comuns desvios do Executivo e do Legislativo não se repitam no âmbito jurisdicional. A atuação da Justiça se legitima apenas na medida em que possa ser efetivada em prol do interesse público.

Nuria Beloso Martín releva que com a transformação do Estado de liberal em social ampliaram as funções dos juízes, que passaram a controlar também o Executivo e a Administração Pública. O constitucionalismo posterior à Segunda

²³ O Judiciário se torna legítimo na medida em que efetivamente promover a tutela dos direitos fundamentais previstos na Carta Maior. Por conseguinte, se o CNJ atuar em favor do Judiciário, em busca da defesa do acesso à justiça e de uma melhor prestação jurisdicional não pode ser considerado como retrocesso político e jurídico. Poderá, pois, desenvolver novas possibilidades no aperfeiçoamento da estrutura judiciária, adequando-a à nova redefinição de jurisdição e ao novo papel do Judiciário.

²⁴ FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. rev. e ampl. Trad.: Ana Paula Zomer Sica [et all]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 500/1.

²⁵ Para Luiz Flávio Gomes, que considera somente a legitimidade formal, uma vez que a jurisdição é uma atividade cuja validade de seus atos está ligada à busca da verdade processual, ela não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas uma legitimação de tipo racional e legal, que se fundamenta na vinculação do juiz à lei e à Constituição. Para ele, a legitimação do Judiciário se encontra nesse aspecto. GOMES, L. F. **Poder Judiciário: controle...**, p. 83/4.

²⁶ FERRAJOLI, L. Op. cit., p. 845.

Guerra Mundial enfrentou o problema de encontrar um modo para conferir legitimação democrática ao poder estatal, obrigando a aumentar o reforço das instituições de controle de suas atividades.²⁷

A representatividade democrática do Judiciário não se bastaria na subordinação à lei de um modo geral, não se tratando de um poder que emana do povo *para* uma classe de profissionais, isolada da sociedade. Deve, pois, realizar da melhor forma possível os valores democráticos sobre os quais tal sociedade se assenta.²⁸ Seria, pois, uma legitimidade funcional destinada à concretizar uma vontade geral, definida nas leis e principalmente na Constituição.²⁹

Além de criticar essa legitimidade pela vinculação à lei, Beloso Martín ressalta que a legitimidade democrática do Judiciário diverge de necessidade de representatividade popular, pois aquela se define pelas características na atuação do Poder Judicial. Para tanto, a alegada falta de legitimidade democrática desse Poder estaria na escassa comunicação entre o juiz e o povo, pois para a autora é imprescindível assegurar um acesso à justiça não somente economicamente, mas também funcionalmente evitando tantos formalismos desnecessários; e, inclusive intelectualmente, permitindo uma linguagem acessível àquele que busca a tutela de seu direito.³⁰

A independência judicial adquiriu uma nova dimensão, também como um direito subjetivo do cidadão a um processo imparcial, o que para ela fez exigir um autogoverno do Poder Judiciário. Com sua importante posição constitucional, o Judiciário em um Estado social e democrático de Direito³¹, como os demais poderes do Estado, deveria estar sujeito a um mecanismo de controle do funcionamento de sua estrutura.

²⁷ MARTÍN, N. B. Op. cit., p. 25.

²⁸ Idem, p. 9-16.

²⁹ Idem, p. 39.

³⁰ Idem, p. 59-60.

³¹ Para Nuria, a partir desse momento o Estado de Direito e o Estado Democrático se convertem, ou seja, um Estado que não buscasse ser democrático não seria de direito. Com a incorporação de outras classes sociais no processo político o Estado se transformou mais ainda, alcançando o status de provedor de necessidades sociais, e não somente de repressor. O Estado social foi, pois, uma consequência do processo de democratização, tendo que atender e dar respostas às demandas de todos os setores da sociedade e não somente a uma parte dela. Idem, p. 24/6.

O Judiciário, então, passou a ser alvo de intensas críticas, tendo em vista que a sociedade não crê que a decisão jurisdicional, quando proferida, ainda seja eficaz para proteger seus direitos. Essa situação se tornou mais evidente com a dificuldade de acesso à justiça, a morosidade dos trâmites processuais, a falta de transparência na administração e a distância com os jurisdicionados. Cláudia Maria Barbosa reafirma que

*um poder distante da sociedade é um poder constantemente ameaçado, e a autonomia assegurada pela Constituição ao Poder Judiciário de nada servirá se a sociedade não vir nesse Poder a garantia de seus direitos.*³²

Adverte Belloso Martín que o Poder Judicial possui uma dupla função: como garantidor dos princípios constitucionais e transformador, cooperando com os demais poderes públicos para transformar a sociedade, o que implicaria na independência desse Poder, sem que, contudo, queira significar falta de controle democrático nem absoluta despolitização.³³ A autora reafirma a importância da independência judicial a ser respeitada, mas também considera que alegar a pura vinculação da decisão jurisdicional à legalidade não se basta atualmente com a configuração ativa ocupada pelos juízes. A legitimidade do Judiciário não pode ser remetida somente à legalidade produzida pelo representante do povo, mas deve-se considerar a atividade criativa do juiz e as possibilidades de atuação que a estrutura judiciária permite.³⁴

Segundo o ponto de vista de Ferrajoli os magistrados precisam estar conscientes de sua função como tutores dos direitos fundamentais e também da crítica à prestação jurisdicional pela opinião pública. Este fator deve ser tolerado em

³² BARBOSA, Cláudia Maria. **O Supremo Tribunal Federal e as condições de independência do Poder Judiciário brasileiro.** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 4, ano 2003, p. 60.

³³ “De todo ello puede deducirse la doble función que le corresponde desempeñar al Poder Judicial: por una parte, como poder garante, em cuanto garante que es de los principios que informan la Constitución; por otra, como poder transformador, em la medida em que debe cooperar con los demás poderes públicos em la transformación de la sociedad. Ello, necesariamente implica su independencia de los demás poderes. Independencia que no quiere decir ausencia de control democrático ni absoluta despolitización. Así pues, la independencia, del Poder Judicial, el control democrático del mismo y su función transformadora de la sociedad constituyen presupuestos, y a la vez exigencias, del Estado social y democrático de Derecho.” MARTÍN, N. B. Op. cit., p. 3.

³⁴ Idem, p. 64/5.

função da posição política que ocupam, mas também é importante valorizar essa opinião como relevante para que o juiz assuma o seu novo papel político.

*É por estas duas vias que o Poder Judiciário se coliga à soberania popular: a garantia dos direitos fundamentais de todos, enunciados formalmente pela Constituição, mas concretamente verificados e substanciados pela sua tutela e possibilidade de serem judicialmente exigidos; e a crítica e o controle popular sobre a justiça. E é unicamente sobre essa base que se pode novamente fundar uma cultura não corporativa da independência do poder judicial como contrapoder institucional, é dizer, como instrumento de tutela do cidadão em conflito potencial com os demais poderes do Estado.*³⁵

Para Beloso Martín a separação dos poderes assegurada pela Constituição democrática, entendida de maneira flexível, não é contraditória à existência de controles orgânicos diversos sobre o modo em que sejam exercidas as diversas funções estatais.³⁶

Por essas razões as propostas de reforma legislativa na estrutura do Poder Judiciário foram amplamente debatidas como necessidades urgentes³⁷, chamando a atenção da classe política para a necessidade de buscar alternativas para recuperar a credibilidade de uma instituição de grande importância para o Estado Democrático de Direito brasileiro. Esse debate sobre a democratização interna do Judiciário^{38 39}

³⁵ 'Conforme a sujeição do juiz à lei, enquanto sujeição à lei constitucional, mudou assim de significado: já não mais o fetichismo e tecnicismo legalista, que esgotava na lei o horizonte axiológico da jurisdição, senão a aproximação constantemente crítica ao direito vigente para comprovar o seu eventual contraste com os valores elevados e difíceis – igualdade substancial e os direitos fundamentais – incorporados na Constituição e nunca plenamente realizáveis'. FERRAJOLI, L. Op. cit., p. 773.

³⁶ MARTÍN, N. B. Op. cit., p. 19.

³⁷ O governo Lula estabeleceu como uma de suas prioridades a Reforma do Poder Judiciário, tema colocado frequentemente em pauta na agenda política. Por conseguinte em 2003 criou-se uma secretaria especial no Ministério da Justiça, pelo então Ministro Márcio Thomaz Bastos, para discussão do tema. Esta secretaria teve como missão a articulação de iniciativas e propostas para desenvolver um debate em âmbito nacional. O objetivo declarado era o de fortalecer e aperfeiçoar a instituição, modernizando-a e provocando reformas legislativas. Realizaram diagnósticos do funcionamento da estrutura judiciária, demonstrando que existem inúmeras peculiaridades em cada localidade. Foi a partir desses estudos que o projeto de emenda constitucional de 1992, de Hélio Bicudo, foi retomado e rediscutido, tendo sido mantida o argumento da necessidade de democratizar o Judiciário através de um controle externo, tornando a estrutura administrativa mais aberta aos anseios dos jurisdicionados. RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. **A reforma do Poder Judiciário sob a ótica do Governo Federal**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 5, 2004, p. 423/431.

passou também por alguns temas absolutamente sensíveis e relevantes, como a implantação de um controle externo do Judiciário.

2.2. DEFESA DE UM CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO

Esse contexto de mudanças na função e de percepção da distância do Judiciário com a sociedade, aliado às denúncias, veiculadas pela imprensa, de nepotismo, corrupção⁴⁰, má-gestão de recursos e ineficaz correição dos membros que cometem faltas disciplinares, foram os argumentos de defesa da criação de um órgão de controle externo⁴¹ do Poder Judiciário, tendo como pressuposto a solução desses problemas institucionais, a otimização da prestação jurisdicional e a aproximação dessa instituição com a sociedade.

A independência e harmonia entre os Poderes da República *não prescinde* de controle efetivo entre eles. O nosso ordenamento jurídico reconhece o modelo de “freios e contrapesos”, ao qual o Judiciário está sujeito quando da indicação dos membros dos tribunais superiores ou da votação de seu orçamento. Contudo, esse

³⁸ Seguindo as palavras de Dalmo de Abreu Dallari sobre a relação entre o Judiciário e o princípio democrático: “Há, portanto, uma estreita ligação entre Direito e Judiciário, mas raramente se fala na necessidade de democratizar o próprio Poder Judiciário, sem o que ele não atenderá aos requisitos éticos, jurídicos e organizacionais indispensáveis para o cumprimento de uma tarefa democratizante”. Duas exigências seriam necessárias para democratizar o Judiciário: mudança de atitude no relacionamento com o povo e mudança na estrutura interna, excessivamente burocrática. DALLARI, D. A. Op. cit., p. 146.

³⁹ Ao defender um órgão de controle do Judiciário Dalmo Dallari afirma que “o controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia e, além disso, será a garantia da eliminação de ações e omissões que, ocultas ou protegidas pelo pretexto da preservação da independência, impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático.” Idem, p. 76/7.

⁴⁰ Em 1999 as denúncias de corrupção e desvios de verbas públicas no TRT de São Paulo, envolvendo o juiz Nicolau dos Santos Neto ex-presidente daquele tribunal, com ampla circulação na mídia e a instalação de uma CPI, fizeram com que a discussão sobre uma melhor forma de controle sobre o Judiciário voltassem à pauta legislativa. Certamente a reforma do Judiciário “responderia” aos anseios da população indignada com as denúncias, mas não vingou. A reforma somente foi considerada como plano de governo quando em 2004, coincidentemente, aumentaram as controvérsias entre membros do Judiciário e do Executivo. A anatomia do crime. **Revista VEJA**, edição 1660, 02/08/2000. Notícia disponível em: http://veja.abril.com.br/020800/p_038.html. Acesso em: 30/07/2008.

⁴¹ Fala-se em órgão de controle externo porque não seria composto somente por membros do Poder Judiciário. Na verdade, a nossa Constituição não concebe o CNJ como um órgão de controle externo, pois ele integra a própria estrutura do poder a ser fiscalizado. Há sim uma composição heterogênea, mas a expressão não seria a mais adequada, pois transmite a impressão de que o Judiciário estaria sendo controlado diretamente pelo Executivo e pelo Legislativo.

controle, na maioria das vezes, é meramente formal em nada se assemelhando à função de planejamento do Judiciário⁴², independente das cúpulas, capaz de definir orientações administrativas, como pretende atuar o CNJ.

Paralelamente à atividade jurisdicional, o Judiciário também realiza atividades administrativas, tais como, organização de licitações, concursos públicos, concede férias aos seus servidores, instaura processos administrativos⁴³. Enfim, o Judiciário administra e essa função atípica está ligada ao princípio da separação dos poderes⁴⁴, pois garante a autonomia do poder. Além disso, decorre de uma boa administração um efetivo desempenho da jurisdição⁴⁵, e, para tanto há a previsão constitucional de garantias especiais aos magistrados⁴⁶ para que exerçam a função jurisdicional da forma mais eficiente, em busca da defesa do interesse social.

Assim como todos os Poderes, o Judiciário deve contar com uma boa estrutura administrativa para poder desempenhar adequada e eficientemente o seu “serviço”. Aqueles que administram a estrutura judiciária deveriam assumir responsabilidades

⁴² GENOÍNO, José. **O controle externo do Poder Judiciário e a questão democrática**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/respostagens/x/16/33/163/>. Acesso em: 14/03/2008.

⁴³ Seabra Fagundes diferencia a função jurisdicional da administrativa nos seguintes termos: ambas definem situações jurídicas individuais, mas a jurisdicional somente é exercida quando existe o conflito a respeito da aplicação das normas jurídicas e tem por objetivo resolve-lo a partir da interpretação. SEABRA FAGUNDES, M. O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 1984, p. 4/13. Apud: BARROSO, L. R. **Constitucionalidade e....**, p. 16.

⁴⁴ “A tríplce divisão das funções estatais não se confunde com a assim chamada ‘teoria da divisão dos poderes’ de Montesquieu, de fato, aquilo que denominamos de divisão dos poderes não passa de um processo técnico de divisão do trabalho entre os órgãos do Estado”. ROCHA, J. de A. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 12. Desse entendimento cabe afirmar que a Constituição de 1988 assegurou a separação funcional tripartida dos poderes, e não separação dos poderes em si, preconizando a independência e a harmonia recíprocas entre eles. “A separação dos poderes é, em Montesquieu, um mecanismo imediatamente voltado à promoção da liberdade do indivíduo; para os federalistas norte-americanos, diversamente, ela está imediatamente voltada à otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho”. Para Eros Grau, Montesquieu não cogitou uma efetiva separação dos poderes, mas apenas uma distinção entre eles, devendo todos atuar em equilíbrio. GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 226-230. “Montesquieu não foi, como querem os juristas, o eminente gênio sistematizador da doutrina da tripartição dos poderes. [...] não se tratava de separação, de independência, mas de combinação, ligação e cooperação de poderes”. CLÈVE, C. M. **O direito em relação (ensaios)**. Curitiba: Veja, 1983, p. 68-71.

⁴⁵ BARROSO, L. R. **Constitucionalidade e....**, p. 16/7.

⁴⁶ Art. 95, CF: “Os juízes gozam das seguintes garantias: I-vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II- inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III- irredutibilidade de subsídio, ressalvado o dispositivo nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I”.

como agentes públicos que devem contas à sociedade. Trata-se muito mais de imposição dos princípios que devem reger a Administração Pública, do que de boa vontade legislativa para resolver os problemas no Judiciário.⁴⁷

Dessa visão, Barroso conclui que um controle social bem planejado não deve ser visto de forma negativa como externo à administração, mas como característica essencial da Administração Pública, prevista constitucionalmente.⁴⁸

Apesar dos questionamentos sobre a constitucionalidade de criar um órgão com membros alheios ao Poder a ser fiscalizado, que pudesse pressionar o Judiciário e afetar sua independência como havia ocorrido na ditadura militar, alguns autores entenderam que a separação dos poderes sairia reforçada com esse controle. Os poderes, mesmo no presidencialismo, não poderiam se manter isolados, e a previsão de mais um mecanismo de contenção de abusos do poder somente seria favorável à idéia dos pesos e contrapesos, prevista no sistema constitucional brasileiro.⁴⁹

A composição heterogênea do órgão do Judiciário tampouco infringiria a sua independência, tendo em vista que a maioria dos integrantes seria representante da magistratura e os demais ou exercem função considerada essencial à justiça brasileira ou são membros que indicados pelo Legislativo, legitimamente representam a sociedade. A pretensão foi conjugar os interesses da classe dos magistrados com os interesses daqueles que buscam alternativas para possibilitar mais acesso à justiça.⁵⁰

Mesmo permanecendo a necessidade de um controle mais efetivo sobre a administração do Poder Judiciário e de um planejamento capaz de facilitar o acesso à justiça, um órgão com todas essas funções nunca foi efetivamente instituído e as corregedorias internas dos tribunais e o Tribunal de Contas da União é que ficavam

⁴⁷ BARROSO, L. R. **Constitucionalidade e...**, p. 17.

⁴⁸ Art. 37, §3º, CF: "A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando essencialmente: I-as reclamações relativas às prestações de serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II- o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III- a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública".

⁴⁹ SAMPAIO, J.A.L. Op. cit., p. 250/2.

⁵⁰ BERMUDES, S. **A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 132/3.

encarregadas de algumas dessas atribuições, sem, contudo, apresentar todos os resultados necessários para aperfeiçoar a estrutura judiciária.

Até mesmo aqueles juristas que se posicionavam contra a criação desse modelo de controle afirmavam que quanto mais fraco e ineficaz o controle interno realizado pelas corregedorias dos tribunais, mais legítima e forte a idéia de criação de um órgão de controle externo para tornar mais transparente a função disciplinar dentro do Judiciário.⁵¹

O temor de que o poder disciplinar do CNJ pudesse servir para atingir a independência do julgador é justificável, porém é necessário considerar que a atuação das corregedorias dos tribunais afetou a credibilidade da magistratura em razão do constante corporativismo e da falta de transparência. A influência de interesses corporativos pode também atingir o Conselho, mas as dificuldades se tornaram maiores em virtude do distanciamento do órgão disciplinar dos que serão censurados.⁵²

A expansão da atuação jurisdicional, motivada pelo processo de redemocratização, colocou o Judiciário no dilema de manter ou não o formalismo exacerbado frente à necessidade de assumir a tarefa de promover a concretização das garantias constitucionais. Dessa forma, não foi mais possível o Judiciário se encobrir sob o argumento da neutralidade e da técnica.

Ocupando essa posição questionada foi sua legitimidade para atuar com tanto poder, principalmente diante da falta de transparência de como funcionavam suas atividades e da lentidão da justiça. Além de exigir um controle mais efetivo do seu funcionamento, também se fez necessária a uniformização das condições materiais de toda a estrutura nacional, com as devidas considerações para as peculiaridades e falta de investimento. O Conselho seria capaz de otimizar o gerenciamento dos recursos humanos, e financeiros, fiscalizar e modernizar o funcionamento interno dos tribunais, além de estabelecer um sistema integrado de gestão.⁵³

⁵¹ GOMES, L. F. **Controle Externo do Poder Judiciário**. RT n. 668, junho 1991, p. 235.

⁵² SAMPAIO, J. A. L. Op. cit., p. 253.

⁵³ Idem, p. 259-260.

A instituição que sempre defendeu arduamente a criação de um Conselho Nacional de Justiça foi a Ordem dos Advogados do Brasil⁵⁴, que afastou desde logo a hipótese desse órgão controlar a atividade jurisdicional, sobre o conteúdo ou modo de julgar, mas propugnou somente o controle sobre o aspecto administrativo do Judiciário, principalmente para combater o nepotismo e o corporativismo que contaminavam esse poder.

A proposta apresentada pela OAB sugeria a inserção do Conselho através de emenda constitucional, independente de revisão constitucional, como realmente foi feito, com composição majoritária de membros do próprio poder advindos do âmbito federal, regional e estadual, além de sete advogados eleitos pelo Conselho Federal da OAB e um representante escolhido pelas universidades brasileiras.⁵⁵

2.3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Apesar da constatação dos problemas na estrutura do Judiciário, desde o início dos debates para a implantação de um controle social sobre seu funcionamento, com integrantes externos à magistratura, muitos foram os argumentos de resistência. Das diversas posições contrárias ao controle externo, citem-se as seguintes: o controle violaria os princípios da separação dos poderes e do pacto federativo; a independência do juiz e a autonomia do Judiciário ficariam comprometidas, o que também comprometeria a imparcialidade das decisões judiciais⁵⁶; as experiências estrangeiras se inserem em países com sistema

⁵⁴ Segundo dados obtidos nos pareceres n. 26, 27 e 39/93 e 06/94 elaborados pelo IAB a OAB desde 1976 já detectava falhas na estrutura judiciária e apresentou um projeto de reforma do Judiciário, que culminou com decretação de recesso e edição do chamado “Pacote de Abril”. A discussão foi renovada antes da Assembléia Nacional Constituinte, com apresentação de modelos para um eficaz acesso à justiça. ALVARENGA, L. B. F. de. **O Controle Externo do Poder Judiciário: uma visão crítica sobre o tema**. Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n.15, abr.-jun 1996, p. 156.

⁵⁵ Idem, p. 156.

⁵⁶ “O caráter independente da atividade jurisdicional depende estritamente da coragem do juiz ao proferir sua decisão sem se constringer com as pressões, internas e externas, e da sua consciência quanto ao papel de representante do povo, ainda que não tenha sido assim constituído através de manifestação popular direta”. FONSECA, W. L. da. **O controle social do Poder Judiciário, a independência da magistratura e o caráter político da função jurisdicional**. RT n. 841, novembro 2005, ano 94 p. 115.

parlamentar e não presidencialista, e não têm demonstrado eficiência dos órgãos criados para tal fim.

2.3.1. Inconstitucionalidade da criação

A discussão sobre a possibilidade de criação de um órgão como o CNJ foi superada no âmbito legislativo com a deliberação majoritária do Congresso Nacional aprovando a Emenda Constitucional n. 45/2004. No plano jurídico, todavia, os debates sobre a constitucionalidade dessa medida⁵⁷ permaneceram e foram levados ao Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.367 - DF) pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

A AMB questionou a constitucionalidade da criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário, sustentando que uma emenda constitucional não poderia violar as cláusulas pétreas da separação dos poderes⁵⁸ e do princípio federativo.

Deve-se considerar que esses princípios não foram inseridos pelo constituinte originário para engessar o texto constitucional, impedindo a adaptação para atender novas demandas sociais. São princípios que devem reger o nosso ordenamento jurídico para desenvolvimento do sistema jurídico conforme a ordem constitucional originária.

Como argumenta Barroso, esses princípios não se tratam de

*proibições pontuais, destinadas a conservar um determinado status quo e restringir caprichosamente a deliberação democrática.*⁵⁹

⁵⁷ “Entendo que a cláusula pétrea diz respeito à independência consagrada na Constituição, ou seja, a uma separação dos poderes que, como plasmada na lei maior, não pode ser substituída. Por esta razão, considero que qualquer emenda objetivando o controle externo do Judiciário é inconstitucional”. MARTINS, I. G. da S. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol. 4, tomo I. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 366/9.

⁵⁸ “O princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado para consolidar a fragmentação do próprio Estado e justificar a impossibilidade de controle social sobre uma atividade que é pública e de mais alta relevância social. Não há Estado Democrático de Direito sem uma atividade jurisdicional independente e autônoma, assim como não há Estado Democrático de Direito sem que a sociedade civil possa controlar as suas instituições políticas, legislativas e judiciais”. GENOÍNO, J. **Emenda Constitucional de controle do Judiciário: proposta de Emenda à Constituição N. 112 de 1995**. Disponível em: http://www.genoino.org/1982_2002_ver.php?idOutro=477. Acesso em: 13/05/2008.

⁵⁹ BARROSO, L. R. **Constitucionalidade e...**, p. 21.

Estipulam limitações ao poder reformador para evitar a ruptura total da Constituição, porém seu núcleo essencial também possui um espaço de conformação que pode ser preenchido por deliberação democrática, como através de emenda constitucional.⁶⁰

Conforme afirma Adriano Sant'Ana Pedra

*embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir [...] o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, o engessamento que elas proporcionam muitas vezes não atende às novas demandas da sociedade. Justifica-se assim o aprofundamento dos estudos sobre a possibilidade de realizar certas transformações constitucionais, apesar dos lindes impostos pelas cláusulas pétreas, quando tais mudanças forem necessárias para acompanhar a evolução da sociedade brasileira.*⁶¹

Para Ingo Wolfgang Sarlet o que importa é que se mantenha preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção. A garantia de determinados conteúdos assume dúplice função

*já que protege os conteúdos que compõem a identidade e estrutura essenciais da Constituição [...] e assegura estes conteúdos apenas na sua essência, não se opondo a desenvolvimentos ou modificações que preservem os princípios naqueles contidos. Com efeito [...] não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes serem esvaziados por uma reforma constitucional.*⁶²

Um sistema constitucional demasiadamente elástico prejudicaria a segurança jurídica. Dessa forma, a rigidez conferida à Constituição com a previsão de cláusulas

⁶⁰ “A garantia de determinados conteúdos da Constituição por meio da previsão das assim denominadas cláusulas pétreas assume, desde logo, uma dúplice função, já que protege os conteúdos que compõem a identidade e estrutura essenciais da Constituição, proteção esta que, todavia assegura estes conteúdos apenas na sua essência, não se opondo a desenvolvimento ou modificações que preservem os princípios nele contidos. Com efeito [...] as cláusulas pétreas de uma Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes serem esvaziados por uma reforma constitucional.” SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 427.

⁶¹ PEDRA, A. S. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, ano 43, n. 172, out/dez 2006. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_172/R172-11.pdf. Acesso em: 27/09/2008.

⁶² SARLET, I. W. Op.cit., p. 427.

pétreas importa em estabelecer um modo mais difícil de modificá-la, a fim de que não fique à mercê de alterações que visem a sua aniquilação. Portanto, é possível sim que o legislador realize reformas ao texto constitucional, porém desde que sempre observe e respeite *o núcleo essencial* desses princípios constitucionais.

2.3.1.1. Princípio da separação dos poderes

A separação dos poderes possui como núcleo essencial o entendimento de que as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a diferentes órgãos, havendo necessidade de instrumentos para controles recíprocos entre estes.⁶³ A cada Poder são atribuídas funções típicas e atípicas, e estas servem para conservar a sua independência. Esse princípio veda modificações que provoquem a concentração de funções em um só poder e um esvaziamento da independência orgânica dos Poderes ou de suas competências privativas.

No caso do CNJ o STF concluiu que não houve concentração de poderes, pois seu poder não é absoluto e suas decisões podem ser revistas pelo STF. Não houve também alteração no exercício da função jurisdicional e não foram retiradas competências administrativas do Judiciário. A independência conferida pela Constituição não se destina aos órgãos do poder, mas ao Poder Judiciário como um todo, pois a forma de organização interna pode ser reformulada. Além disso, a composição do CNJ com a presença de advogados e membros do Ministério Público, enquadrados constitucionalmente como funções essenciais à Justiça, e cidadãos não viola a separação dos poderes. Considere-se que não haverá interferência e pressão política sobre a atuação jurisdicional do magistrado, e a forma pela qual o Executivo e o Legislativo participam da escolha dos membros do CNJ integra o sistema de controles recíprocos já utilizada para a composição do Supremo Tribunal Federal, por exemplo.

2.3.1.2. Princípio federativo

O princípio federativo procura conciliar a diversidade das entidades políticas e lhes confere autonomia. Os elementos que caracterizam a Federação brasileira

⁶³ BARROSO, L. R. *Constitucionalidade e...*, p. 25.

seriam a descentralização política com a repartição constitucional de competências, e a participação da vontade dos Estados representados no Congresso Nacional. Além desses elementos a Constituição teria previsto instrumentos para a manutenção do núcleo essencial do princípio federativo, quais sejam: a rigidez constitucional e a existência de um órgão constitucional para controlar a constitucionalidade das leis.⁶⁴

O núcleo essencial desse princípio exige a manutenção da autonomia dos entes da Federação e a possibilidade de participação deles na formação da vontade nacional. As normas que versam sobre a distribuição de competência, e sobre sua auto-organização seriam apenas alguns conteúdos que essa cláusula pétrea federativa pretende 'proteger' de uma supressão de sentido pelo legislador.

A criação do CNJ não teria esvaziado ou restringido a autonomia dos órgãos judiciais dos Estados-membros. A Constituição prevê não apenas órgãos nacionais, mas também princípios nacionais e uma competência legislativa de caráter nacional, que pode regular o Poder Judiciário em âmbito nacional.⁶⁵ Apesar da alegação de que a centralização das atribuições em um órgão central atentaria contra a forma federativa de Estado, procurou se considerar a autonomia do Judiciário como um todo; e o CNJ foi tido como um órgão nacional, não um órgão federal que poderia exercer pressão sobre a autonomia dos tribunais estaduais. Não pretenderia aniquilar a autonomia administrativa do Judiciário estadual e nem teria sido criado para atuar somente em favor do Judiciário Federal.

2.3.1.3. Decisão do STF na ADIn

O STF rejeitou a afronta à separação dos poderes, tendo em vista que o CNJ foi concebido como órgão administrativo interno do Poder Judiciário e a maioria de seus membros advém do próprio Judiciário. Além disso, o pacto federativo não teria

⁶⁴ TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 13.ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 57-69.

⁶⁵ "Embora haja órgãos e organismos federais e estaduais predispostos ao exercício da jurisdição, isso não significa que exista uma suposta jurisdição estadual. [...] Ela é simplesmente nacional e, como expressão do poder estatal soberano da República brasileira, seu exercício é distribuído pela Constituição Federal segundo os critérios reputados convenientes. As competências jurisdicionais atribuídas aos Estados integram-se na fórmula federativa brasileira." DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, vol. I, p. 368.

sido violado, tendo em vista a função jurisdicional no Brasil que tem um perfil nacional e os Estados, Municípios e o Distrito Federal não possuem a competência constitucional para criar órgão interno ou externo para realizar essa fiscalização judiciária.⁶⁶

Assim, o STF manifestou-se pelo reconhecimento da constitucionalidade das normas que instituem e disciplinam o CNJ, julgando improcedente a ADIn, por maioria de votos. Portanto, teria havido ofensa às cláusulas pétreas, pois permaneceram intocáveis os seus núcleos essenciais.

Luís Roberto Barroso reafirmou a decisão do STF, tendo em vista que a ascensão institucional do Judiciário e a necessidade de preservar a independência⁶⁷ desse poder é que levaram à concepção de um órgão misto de controle, para promover uma adequada aproximação com a sociedade brasileira.⁶⁸

Os argumentos que levaram à sustentação de um controle de constitucionalidade tiveram a questão da inconveniência de um Conselho Nacional de Justiça como razão implícita para criticar sua criação, principalmente pelo temor de que poderia afetar a independência dos magistrados. Na verdade, as questões de conveniência sobre um órgão de controle não perpassam pelo Judiciário, mas seriam opções discutidas no âmbito legislativo para o desenvolvimento de novas estruturas no Estado.⁶⁹

⁶⁶ A propósito ver ADIn 3.367, STF, Rel. Ministro Cezar Peluso, DJ de 17/03/2006: “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.” Também havia a súmula 649 do STF que considerava inconstitucional a criação de um órgão de controle administrativo do Judiciário pelas Constituições estaduais.

⁶⁷ “O Conselho seria um mecanismo tendente a reforçar a independência do juiz no desempenho de suas funções jurisdicionais. [...] a liberação do juiz (*de primeiro grau*) da subordinação administrativa aos tribunais anula a interferência deste na função jurisdicional”. ROCHA, José Albuquerque. Independência do juiz e estrutura do Judiciário. In: CARVALHO, Hamilton Bueno de (org.). Revista de Direito Alternativo, n. 2. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 146. *Apud*: UCHÔA, M. R. Op. cit., p. 50/1.

⁶⁸ BARROSO, L. R. **Constitucionalidade e...**, p. 15.

⁶⁹ *Idem*, p. 35.

2.3.2. Composição híbrida

A presença de membros estranhos à magistratura no CNJ suscitou questionamentos sobre a constitucionalidade da interferência dos demais poderes⁷⁰ na atuação do Judiciário, o que implicaria violação à regra da separação dos poderes, contida no art. 2º da Carta Magna. Alegou-se também que magistrados de uma determinada instância ou justiça poderiam interferir em outra instância, diversa de sua competência, além de uma possível subordinação de juízes de instâncias superiores aos de graus inferiores.

A constituição de uma instituição híbrida teve como motivo justamente prevenir contra o constante corporativismo de isolamento, que acabava amenizando as punições ou as evitava. A presença de membros de todas as instâncias pretende garantir a própria carreira da magistratura de 1º grau diante de um controle autoritário por parte de suas cúpulas.

A participação das instituições essenciais ao funcionamento da justiça, como membros do Ministério Público e advogados, tem fundamento para Miguel Reale Junior, mas para ele a indicação de cidadãos pelo Senado e pela Câmara Federal poderia implicar em uma politização⁷¹ do Conselho, como alegam em sua maioria os magistrados de instâncias superiores.⁷²

Alguns doutrinadores até consideram conveniente a fiscalização dos serviços da administração da justiça, desde que compostos por autoridades desta, pois o

⁷⁰ “Se não é lícito aos magistrados interferirem na configuração da vontade política desse Poder (Legislativo), tampouco é legítima a sua intervenção na configuração da política judicial, que deve ficar sob a responsabilidade exclusiva dos membros do Poder Judiciário”. RIBAS FILHO, T. **O controle externo do Poder Judiciário**. In: TEIXEIRA, S. de F. Op. cit., p. 63.

⁷¹ REALE JÚNIOR, M. **Valores fundamentais da reforma do judiciário**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 75, abr.2004, p. 81.

⁷² “Todos os defensores de estruturas empíricas (partidarizadas) e burocráticas clamaram contra as estruturas democráticas pelo risco de partidarização dos juízes. Mas a história vem demonstrando outra coisa, que ademais era previsível: o pluralismo interno da estrutura condiciona controles recíprocos e suas respectivas denúncias, o que limita o risco e a tentação da partidarização; como os juízes não estão submetidos à ameaça das cúpulas ditatoriais, não se vêem necessitados de aceitar os imperativos de nenhum setor sob ameaça de sanção arbitrária; e, finalmente, como não devem por sua nomeação e tampouco temem sua destituição por efeito de nenhum partido, sua filiação ideológica, embora seja conhecida, não os situa como engrenagens de nenhum aparelho partidário”. Esse autor considera a eleição dos membros dos Conselhos por seus pares. ZAFFARONI, E. R. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 184.

controle “social” dos atos dos magistrados já seria realizado através dos recursos e reclamações aos órgãos superiores, dentro de sua estrutura hierárquica. Ademais, estaria se comprometendo a independência de suas decisões⁷³, sendo que já há uma prestação de contas dos serviços a serem prestados com o controle sobre a decisão judicial.

Outros afirmaram que a presença de membros do Ministério Público e de advogados seria conveniente, desde que eles fossem aqueles que já integram o Superior Tribunal de Justiça através do quinto constitucional, indicados pelos seus representantes de classe.⁷⁴ Dessa forma, evitar-se-ia a degeneração do controle com o risco do corporativismo e haveria uma composição mista.

A pretensão de incluir dois cidadãos no CNJ é a participação popular, permitindo diminuir a distância entre o Judiciário e a sociedade. Além de não serem pertencentes ao Legislativo que os indica, não serão representantes diretos deste. Ademais, menciona-se que existem membros do Ministério Público e da OAB que, em virtude do quinto constitucional, integraram o Judiciário; e há cidadãos que participam ativamente no Judiciário nos júris populares e nos juizados especiais.

Como salientado por José Ajuricaba da Costa e Silva tem que se considerar que

*a opinião pública não dá credibilidade a um órgão julgador integrado somente por juízes, para julgar juízes. Por mais isentos que sejam os seus julgamentos, paira, sempre, na opinião pública, uma dúvida, uma suspeita de que tais julgamentos tenham sido influenciados pelo espírito de corpo, em detrimento da justiça e da coletividade.*⁷⁵

O autor sustenta que tal órgão de controle poderia ser composto pelo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, os presidentes das seções regionais daquela Ordem, o Procurador-Geral da República e os Procuradores-Gerais dos Estados; pessoas que considera capazes e idôneas para julgar um magistrado com isenção de pressões políticas.⁷⁶

⁷³ SILVEIRA, J. N. **Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro**. In: TEIXEIRA, S. de F. Op. cit., p. 13.

⁷⁴ ZVEITER, W. **O controle do Poder Judiciário**. In: TEIXEIRA, S. de F. Op. cit., p. 70/1.

⁷⁵ COSTA E SILVA, J. A. da. **Controle da atividade judicial**. In: TEIXEIRA, S. de F. Op. cit., p. 76/7.

⁷⁶ Idem, Ibidem.

Com análise pelo STF se verificou impertinente a alegação de violação à separação dos poderes, pois o CNJ é um órgão integrado na sua maioria por magistrados de ambos os graus de jurisdição, que atuam no mesmo Poder a ser fiscalizado. O Relator no julgamento da ADIn 3.367, Ministro Cezar Peluso salientou que

*pode ser que tal presença (de não-magistrados) seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o corporativismo, esta moléstia institucional que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o Poder.*⁷⁷

Antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 Luiz Flávio Gomes estudou o tema do controle externo e defendeu a criação de um Conselho Nacional da Magistratura composto por membros exclusivos da magistratura, que deveriam ser eleitos por seus pares para mandato certo, o que garantiria a democratização tão almejada.⁷⁸ Acrescentou que dele deveriam fazer parte magistrados de todas as instâncias e regiões do Judiciário nacional, com exceção dos membros do STF, que devem ficar reservados a guardar a Constituição.⁷⁹

Na época juiz, Luiz Flávio Gomes defendeu uma remodelação na estrutura judiciária, porém revelou uma tendência a considerar um controle interno através de um órgão nacional, para alcançar a transparência e a modernização necessárias.⁸⁰ Criticou as manifestações contrárias a um controle do Poder Judiciário, baseadas na necessidade de neutralidade dos juízes, pois a independência garantida não é um privilégio do juiz, senão “um dos pilares do Estado de direito”. Para ele, o Judiciário não deve pretender ficar “enclausurado”, negando a necessidade de ser fiscalizado,

⁷⁷ Ver ADIn n. 3.367/DF, STF, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJ 17-03-2006.

⁷⁸ GOMES, L. F. **A Questão do controle externo do Poder Judiciário**. Editora RT, 1993, 2 ed., p. 126.

⁷⁹ Compartilha a mesma opinião, da posição do STF somente como guardião da Constituição sem atuação na composição de um possível órgão de controle externo, LANFREDI, G. F. **O Poder Judiciário e a Reforma Constitucional – Controle externo do Judiciário: na fracassada experiência européia, uma lição para o Brasil**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 35/2001, p. 150.

⁸⁰ GOMES, L. F. **Poder Judiciário: controle interno...**, p.87.

por mais que as decisões judiciais já devam ser motivadas e públicas⁸¹. Deve reconhecer, contudo, a necessidade de uma melhor distribuição da justiça, além de ouvir eventuais reclamações para trazer alternativas, aprimorando seus órgãos e preservar a “honorabilidade e confiança popular na instituição”.⁸²

2.3.3. Amplitude da competência conferida constitucionalmente

Quanto à competência do órgão em estudo, teme-se que seja prejudicada a autonomia e a independência do Judiciário, refletindo na atividade jurisdicional. Contudo, as atividades do CNJ são exclusivamente administrativas, em nada interferindo na atividade do juiz. O Poder Judiciário também pratica atos administrativos, assim como o Legislativo e o Executivo, porém os atos destes são controlados pelo Judiciário.

José Genoíno duvida da eficácia da atuação de um único órgão nacional, possuindo uma grande amplitude de competências. A proposta que ele apresentou ao Congresso Nacional estabelecia a integração de conselhos na esfera federal, na estadual e distrital, com descentralização da atividade.⁸³ Contudo, a emenda aprovada criou um único órgão, com atuação em todo o território nacional.

Alega-se ainda, que a atuação do CNJ seria concorrente com a do Tribunal de Contas da União, com relação à fiscalização da atividade financeira do Judiciário; e também com a das corregedorias dos tribunais e dos Conselhos da Magistratura, com relação à fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro. Todavia, a competência do CNJ deve ser exercida sem prejuízo da atuação dos demais órgãos, como previsto no art. 103-B, §4º, inciso III, da Carta Magna. Questionam também se haveria necessidade de outra estrutura, com atribuições de outros órgãos, para somente burocratizar ainda mais o sistema.⁸⁴

⁸¹ GOMES, L. F. **A Questão do controle externo...**, p. 105/6.

⁸² GOMES, L. F. **Poder Judiciário: controle interno...**, p.88.

⁸³ GENOÍNO, J. **O controle externo...**, p. 180.

⁸⁴ OLIVEIRA, D. O. de. **Conselho Nacional de Justiça e controle externo do Judiciário**. Jus Navegandi, ano 9, n. 718, 23/06/2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6920>. Acesso em: 10/04/2008.

As corregedorias dos tribunais⁸⁵ funcionam com “políticas internas” e os processos são caracterizados pelo excesso de sigilo, muitas vezes injustificado, e falta de transparência no motivo da escolha daquelas punições disciplinares aplicadas. Essa “fama” gerou especulações sobre um forte corporativismo que comprometeria um devido processo legal, pois um juiz poderia ser beneficiado ou injustamente punido. Além dessas suspeitas, em face da diversidade econômica e populacional entre as regiões do Brasil, a estrutura e as possibilidades das corregedorias que controlam a magistratura de primeiro grau, diferem bastante.⁸⁶ O controle interno dos magistrados de segundo grau é previsto nos Regimentos Internos dos Tribunais, mas esse tipo de controle “não é da tradição jurídica brasileira”, sendo às vezes “mínimo ou até inexistente”.⁸⁷ Segundo Vladimir Passos de Freitas a apuração das infrações administrativas fica dificultada, principalmente, pela convivência e a aproximação entre os magistrados.

O Conselho da Justiça Federal, previsto no art. 106, parágrafo único da Carta Maior, para atuar junto ao Superior Tribunal de Justiça, tem competência para supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. A esse Conselho compete conhecer de correições parciais contra ato ou despacho de juiz de que não caiba recurso, ou omissão que importe erro ou abuso de poder, requeridas pela parte ou pela Procuradoria da República. Alguns autores alegam que teria atuação concomitante com o CNJ no âmbito federal, podendo gerar decisões contrárias.⁸⁸

O argumento de inconstitucionalidade da competência do CNJ, já refutado pelo STF, por possível violação da separação dos poderes não mereceu guarida, como já visto nesse CAPÍTULO, já que esse princípio visaria somente garantir a independência e autonomia do Poder Judiciário e não entre os órgãos desse

⁸⁵ A competência dos Tribunais para o exercício correicional de suas secretarias, serviços auxiliares e dos juízos a eles vinculados, através de corregedorias, só foi prevista expressamente na Constituição vigente em seu art. 96, I, b. RIBEIRO, A. de P. **O Poder Judiciário: algumas reflexões**. In: TEIXEIRA, S. de F. Op. cit., p. 43.

⁸⁶ “A intensidade das correições também varia de acordo com a prática local. [...] O que acontece é que cada corregedor atua da forma que lhe parece mais adequada [...]. A competência do corregedor também é diferente, conforme o Estado ou região”. PASSOS DE FREITAS, V. **História da Justiça no Brasil. Corregedoria, aspectos históricos. Controle disciplinar da Magistratura. Reforma constitucional e Conselho Nacional de Justiça**. In: PASSOS DE FREITAS, V. (coord.). **Corregedorias do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33/4.

⁸⁷ Idem, p. 35.

⁸⁸ TAVARES, A. R. **O Conselho Nacional de Justiça...**, p. 161.

poder.⁸⁹ Além disso, o CNJ integraria a estrutura do Judiciário, conforme previsto na Constituição. Trataria, pois, de fiscalização feita por órgão do próprio poder objeto de controle.

A alegação de que a possibilidade de o Ministro-Corregedor requisitar e designar magistrados para certas atribuições violaria a garantia de inamovibilidade é combatida através do argumento de que as atividades serão somente administrativas e não pretendem afetar a função jurisdicional. Ademais, nos tribunais é comum essa designação de juizes para atuações administrativas. Deve-se lembrar, como frisou Barroso, que uma característica de órgão integrante do Judiciário deve ser mantida, qual seja o nível técnico de suas decisões, que devem ser objetivas, discretas e não de caráter político.⁹⁰

2.3.4. Promessas da reforma. Atuação seria eficaz?

Quando da criação do CNJ há os que reconheceram no órgão a solução para grandes males na estrutura do Judiciário, como a demora na prestação jurisdicional e a falta de transparência nas decisões administrativas, sendo totalmente necessária e conveniente a instalação de um “controle externo”.

No entanto, houve aqueles que criticaram ativamente a opção pelo CNJ, pois seria muito mais eficiente fortalecer e equipar as corregedorias internas dos tribunais. Levantaram questionamentos sobre a criação do CNJ representar um “hábito nacional de simular mudança”⁹¹, como uma resposta do governo às críticas direcionadas ao Poder estatal, representado, nesse caso, pelo Judiciário. O problema da manutenção de mais essa estrutura com o orçamento do próprio aparelho Judiciário levanta preocupações, principalmente sobre o risco de o CNJ se tornar mais um órgão burocrático gerador de despesas⁹², *sem qualquer função social*.

⁸⁹ GIMENES, M. **A constitucionalidade do controle do poder judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/Monnalise%20Gimenes.pdf. Acesso em: 12/03/2008.

⁹⁰ BARROSO, L. R. **Constitucionalidade e...**, p. 439 e ss.

⁹¹ GRAMSTRUP, E. F. **Conselho Nacional de Justiça e controle externo: roteiro geral**. In: WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, 2005, p. 191/2.

⁹² TAVARES, A. R. **Conselho Nacional...**, p. 162.

Alexandre de Moraes, que atuou no CNJ na sua primeira composição como representante da OAB, defende ser benéfica a presença do CNJ no cenário do Judiciário, considerando-se que

*a democracia no Estado contemporâneo necessita da consagração da supremacia constitucional e do respeito aos direitos fundamentais, que somente estarão presentes nos países onde houver um Judiciário forte, dotado de plena independência e que possa efetivar suas decisões.*⁹³

E foi justamente sob essa perspectiva que nasceu o CNJ: um instrumento para fortalecer o Judiciário como instituição democrática. Órgão que vem se posicionando pela defesa da independência dos juízes na formação do livre convencimento, pois tem como pressuposto que a independência judicial é direito dos jurisdicionados.⁹⁴

A experiência nos primeiros anos de CNJ trouxe bons resultados, destacando-se as resoluções n. 7/2005, que veda o nepotismo, e a n. 13/2006, que estabeleceu que não é possível a percepção de remuneração superior ao teto remuneratório constitucional. Ambas as decisões citadas levaram em conta os princípios da moralidade, da eficiência e da transparência na Administração Pública – princípios que devem ser observados pelo CNJ para efetivar o disposto no art. 37, da Carta Magna.

Também é inegável a importância dada pelo Conselho na busca de modernização⁹⁵ da prestação jurisdicional, com a introdução de mecanismos informatizados para agilizar o desenvolvimento do processo. A amplitude de um sistema de estatísticas, que demonstre a realidade do sistema judiciário em todas as regiões do país também permitirá uma análise detalhada do que necessita ser feito, considerando as peculiaridades de cada região.

⁹³ MORAES, A. de. **Atuação do Conselho Nacional de Justiça tem sido benéfica para o Poder Judiciário: união pelo fortalecimento.** Artigo publicado no jornal Folha de São Paulo – Tendências e debates, dia 25/03/2006. Disponível em: http://www.cnj.gov.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=52. Acesso em: 20/05/2008.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Uma das formas de modernização do processo é a busca pelo CNJ de convênios entre os diversos tribunais para padronização de um processo virtual. Com o desenvolvimento de um software livre todos os tribunais interessados poderiam utilizá-lo, sem nenhum custo. Essa cooperação poderia agilizar muito o Judiciário brasileiro, amenizando as burocracias. Disponível em: www.cnj.gov.br, setor de Notícias, 12/05/2006. Acesso em: 29/04/2008.

O movimento pela conciliação busca incentivar a busca de acordos judiciais e conseqüentemente a celeridade dos processos. Uma recomendação do CNJ em 2006 teve como objetivo incentivar os juizes a tentarem conciliações, com a contagem dos acordos para a produtividade dos magistrados, contando para efeito de suas promoções. O relator da recomendação, ex-conselheiro Eduardo Lorenzoni, defende que

*pela conciliação é possível ampliar a justiça brasileira e possibilitar um maior acesso da população ao Judiciário.*⁹⁶

Segundo o relatório de prestação de contas de 2007 o Conselho, em seu processo de institucionalização, desde julho de 2005, buscou coordenar e controlar a atuação do Poder Judiciário, buscando um equilíbrio no sistema judiciário de um país com suas particularidades locais. Neste sentido, os projetos de macrogestão tiveram por fim dar continuidade ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, ampliando as possibilidades de acesso à justiça.

Os objetivos fundamentais têm sido a utilização da tecnologia para concretizar projetos como o Processo Judicial Eletrônico do Poder Judiciário, e a utilização dos métodos alternativos de resolução de disputas, como incentivo à conciliação, meio eficaz para a economia e celeridade nos julgamentos. Foram incentivadas a comunicação e a troca de experiências de gestão inovadoras; a concretização de parcerias internas entre os diferentes órgãos judiciais; e a coordenação da política de informatização e modernização dos sistemas de processo eletrônico do Sistema CNJ.

*Buscou-se estabelecer parâmetros nacionais de informatização para os diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, de modo a promover níveis crescentes de eficiência, economicidade, transparência e agilidade, como, por exemplo, através do Processo Eletrônico Virtual do Poder Judiciário.*⁹⁷

⁹⁶ LORENZONI, E. K. **CNJ decide que acordos passam a valer como sentença.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=8240&arg=cnj>. Visitado em: 20/03/2008.

⁹⁷ **Prestação de contas de 2007 do CNJ.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3900&Itemid=251. Visitado em: 18/08/2008.

2.3. EXPERIÊNCIA EM OUTROS PAÍSES

A inspiração para o modelo de controle “externo” instituído pela E.C. 45/2004 se encontra na experiência de países europeus, dentre eles Portugal, França e Espanha.

Em Portugal em 1892 já havia um Conselho Disciplinar da Magistratura e em 1921 foi criado um órgão com funções consultivas, disciplinares e de promoção de juízes chamado Conselho Superior da Magistratura Judicial.

Essa fórmula foi a mais adequada para democratizar a administração judiciária e atender os anseios da população após o período salazarista.⁹⁸ Conforme anota J.J. Gomes Canotilho esse órgão foi instituído para assegurar maior autonomia e um autogoverno democrático da magistratura portuguesa, evitando os perigos de um corporativismo desvinculado de uma representação democrática.⁹⁹ Atualmente existem três Conselhos Superiores, um para a magistratura judicial, outro para a administrativa e um terceiro para o Ministério Público.¹⁰⁰ A Constituição portuguesa permite que funcionários da justiça, eleitos por seus pares, participem do Conselho, desde que atuem diante de matérias que envolvam a sua posição.

A partir de uma reforma em 1997 esse órgão passou a ser composto em sua maioria por não integrantes da magistratura, pois dentre os dois vogais indicados pelo Presidente da República um não precisa mais ser juiz, o que gerou muita insatisfação para os membros do Judiciário português.¹⁰¹

A Constituição francesa de 1958 instituiu o Conselho Superior da Magistratura fixando como membros natos o Presidente da República e o Ministro da Justiça. A mesma Constituição, outorgada por Charles de Gaulle, trata do Judiciário não como um poder independente, mas como autoridade ligada ao Executivo.¹⁰² Com a

⁹⁸ ALVARENGA, L. B. F. Op. cit., p. 151.

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. G. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra Editora, 1991, p. 224/5.

¹⁰⁰ PASSOS DE FREITAS, V. **História da Justiça...**, p. 43.

¹⁰¹ SIFUENTES, M. J. **Conselho Superior da Magistratura – a experiência portuguesa**. LEX n.264, ano 22, dezembro 2000, p. 5-7.

¹⁰² Como se vê no art. 64 da Constituição francesa de 1958: *“Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont*

promulgação da Lei Orgânica da Magistratura Francesa em 1994 a estrutura do CSM foi profundamente alterada, transformado-a em controle interno tal como as corregedorias no Brasil. Continuam como membros o Presidente da República e o Ministro da Justiça, mas estes não têm mais poder de voto.¹⁰³

A experiência do controle externo francês permitiu pressões políticas no Judiciário, sucedendo escândalos que ficaram conhecidos pelos franceses¹⁰⁴, o que acabou determinando na Constituinte de 1988 a rejeição definitiva do controle externo no Brasil. De fato, no sistema francês há uma forte politização do Conselho, mas Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior afirma que o problema francês estaria na estrutura judiciária que é considerada mera função administrativa. Além desse problema, François Bertrand crítica a eleição dos membros do CSM entre juízes e magistrados que foi recuperada em 1992, pois, para ele ao buscar evitar um risco de politização ou de corporativismo do órgão conservaram um Conselho fragmentado, com membros de origem muito diversa e em sua maioria acabam sendo dos tribunais superiores.¹⁰⁵

O Conselho da Magistratura na Argentina foi introduzido com a reforma da Constituição em 1994, produzindo grande mudança no sistema de provimento de cargos para juízes. Antes a designação dos juízes se realizava segundo critérios políticos, como nos EUA, mas com a reforma o Conselho passou a ter competência para definir critérios técnicos para selecionar os juízes de primeira instância, através de concursos públicos.¹⁰⁶

inamovibles. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm>. Acesso em: 08/07/2008.

¹⁰³ SABBATO, L. R. **Judiciário-Control externo- Aspectos constitucionais- mecanismo admissível nos países que adotam a bipartição do poder- inconstitucionalidade no Brasil- experiência francesa- origem- evolução- desmantelamento do Judiciário- infiltração política- esforço de recuperação- Brasil na contramão da história.** RT n. 820, fevereiro/2004, ano 93, p. 97.

¹⁰⁴ Um dos escândalos foi o caso de um juiz que foi afastado de uma instrução pelo CSM francês, no qual se apurava a falsidade de um passaporte concedido a um Ministro das Comunicações da França, para proteger interesses de terceiros. Informações obtidas em: Idem, p. 93.

¹⁰⁵ BERTRAND, François. *El gobierno de la justicia em Francia*. Tradução ao castelhano de Y. Paloma Herrero e B. Vidal Fernández. In: *El gobierno de la Justicia*, p. 70/3. Apud: MARTÍN, N. B. Op. cit., p. 86.

¹⁰⁶ FONSECA, W. L. Op. cit., p. 93.

Integrado por juizes de todas as instâncias e advogados, além de pessoas do universo acadêmico e científico, a esse Conselho coube administrar o Judiciário quanto aos recursos, despesas, atividades disciplinares sobre os juizes, a organização judiciária, avaliar a eficiência dos serviços judiciais prestados, dos cartórios extrajudiciais e dos sistemas carcerários, além de ter competência para iniciativa legislativa sobre a organização judiciária e códigos processuais. Uma peculiaridade, que tem influência do sistema espanhol, é a necessidade de seus membros se dedicarem exclusivamente a essa atividade.¹⁰⁷ O objetivo principal da criação desse órgão foi dar mais transparência às atividades, que estava prejudicada com o controle somente pelos tribunais.

Na Itália o controle externo objetivou retirar o controle sobre o Poder Judiciário realizado pelo Executivo, para lhe conferir mais independência. A Constituição de 1947 instituiu esse órgão de governo do Poder Judiciário, que passou a funcionar em 1959 após sua regulamentação. É presidido pelo Presidente da República¹⁰⁸ e dele fazem parte: 2/3 em magistrados ordinários das diversas categorias, sendo escolhidos por seus pares; 1/3 entre professores ordinários das universidades jurídicas e advogados com 15 anos de exercício que sejam inscritos para atuar nas jurisdições superiores; que são escolhidos pelo Parlamento, estando proibida a indicação de quem faça parte deste ou de qualquer Conselho profissional ou empresa. A composição mista tende a evitar que se converta a magistratura em um poder corporativo, e a exclusão do Ministro da Justiça de sua estrutura visou a não instrumentalização de sua estrutura pelo governo.¹⁰⁹

A magistratura italiana se destaca como ativa no processo democrático, como consequência da atuação do Conselho que acabou com a dependência vertical¹¹⁰, das instâncias inferiores com os tribunais superiores. Além disso, destaca-se o Conselho por representar de forma eficaz todos os componentes da magistratura e permitir um diálogo com outros setores da organização estatal, o que caracteriza um

¹⁰⁷ FONSECA, W. L. Op. cit., p. 107.

¹⁰⁸ "De qualquer modo, convém recordar que a Itália é uma república parlamentarista e que o Presidente não é considerado uma figura partidária". ZAFFARONI, E.R. Op. cit., p. 176.

¹⁰⁹ Idem, p. 175.

¹¹⁰ CINTRA JUNIOR, D. A. D. **A fiscalização do Judiciário por órgão externo**. RT n.719, setembro 1995, ano 84, p. 330/33.

maior grau de horizontalização¹¹¹ do Judiciário. A designação de juristas alheios à magistratura é considerada importante para Zaffaroni, pois permite um maior nível técnico no Conselho e neutraliza o corporativismo¹¹², tendo em vista a prática legislativa de “designá-los em proporção à representatividade parlamentar”.¹¹³

Na Espanha a Constituição estabeleceu que a Lei Orgânica do Judiciário criaria um órgão de autogoverno da magistratura, o Conselho Geral do Poder Judiciário. O presidente do Tribunal Supremo é quem o preside e os demais membros são nomeados pelo rei, sendo 12 entre juizes e magistrados de todas as carreiras judiciais; 4 por proposta do Congresso dos Deputados e 4 pelo Senado entre advogados e outros juristas. A competência é de zelar pelo funcionamento e pela administração dos Juizados e Tribunais e de elaborar o estatuto dos juizes e magistrados de carreira. A Lei Orgânica que instituiu o CGPJ determina que este não poderá emitir resoluções, de caráter geral ou particular, sobre matérias que afetem o exercício da função jurisdicional¹¹⁴, pois os juizes são independentes no exercício de suas funções.

Luiz Flávio Gomes analisou algumas eleições para a composição do CGPJ e publicou um artigo em 1991, manifestando-se contra a aplicação do controle externo no Brasil, pois a votação dos membros do Conselho espanhol passou a seguir a força parlamentar, através da negociação entre os partidos para repartir os cargos.¹¹⁵ É que naquele país a Lei Orgânica de 1985 modificou o modo de votação,

¹¹¹ A chamada horizontalização analisada por Zaffaroni é caracterizada pela pluralidade de representação nos Conselhos, pois as tendências de todas as categorias podem ser defendidas, sem opressão das cúpulas. A pluralidade de representantes impediria coalizões corporativas e fortaleceria a idéia de que na instituição judiciária não há hierarquia, mas apenas diferentes competências. Zaffaroni afirma que o excesso de burocracia tende a inércia do Judiciário, ou seja, um só setor hierárquico acaba controlando e define se implantará mudanças ou não. O modelo tecno-burocrático, como o brasileiro, não ameaça a independência institucional do Judiciário, contudo, acaba comprometendo a independência interna. Uma tendência democrática pretende reduzir a hierarquia interna do Judiciário e tem como mecanismo em alguns países europeus os Conselhos, órgãos democráticos aos quais foram transferidas as funções disciplinar e de controle interno. ZAFFARONI, E. R. Op. cit., p. 169-182.

¹¹² Os Conselhos da Magistratura evitam “o corporativismo judicial e impedem que um só setor hierárquico da magistratura absorva o poder de controlar os destinos do aparelho judiciário”. Idem, p. 182.

¹¹³ Idem, p. 177.

¹¹⁴ GONCALVES NETO, A. de A. **Órgão de controle do Poder Judiciário (proposta da Ordem dos Advogados do Brasil)**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba, 1993, vol. 22, p. 217- ss.

desse modo todos os membros deveriam ser eleitos pelos deputados e senadores, e não mais pelos seus pares, o que acabou deslegitimando os que seriam eleitos para defender a “independência” do Judiciário.¹¹⁶

Contudo, segundo estudos de Dyrceu Cintra Junior, no sistema espanhol as críticas se referem mais à competência limitada do CGPJ, que pouco contribui para uma melhor administração da justiça, e não sobre uma ameaça ao Poder.¹¹⁷

Nuria Belloso Martín destaca ambas as posições em seu livro que analisa o controle democrático do Poder Judicial na Espanha. A Lei Orgânica de 1980, que regulamentou inicialmente o funcionamento do CGPJ, definiu que os membros seriam elegidos por juízes e magistrados; que o CGPJ teria competência para ditar regras sobre sua organização e seu âmbito de decisão respeitaria as funções atribuídas na Constituição, além de decisões sobre a atuação dos secretários judiciais e pessoal auxiliar. Já com a Lei Orgânica de 1985 tentou-se limitar as atribuições do Conselho, concentrando novamente o poder no governo, confiando ao Parlamento a designação dos membros e reduzindo as competências decisórias do CGPJ – reafirma o poder regulamentar interno, mas parecer excluir o externo; e retira da competência do Conselho todas as questões relativas aos secretários judiciais e ao pessoal auxiliar da Justiça, competindo novamente ao Ministério da Justiça essa função.¹¹⁸

A intenção política teria começado com uma certa resistência do Executivo em perder competências, buscando-se reduzir ao mínimo a expressão do “governo autônomo” do Judiciário. Desse modo, como consequência dessa mudança o CGPJ ficou desmotivado, sem proporcionar muitas iniciativas de desenvolvimento da estrutura judiciária, e a falta de autonomia reduziu a política judicial¹¹⁹ do Conselho

¹¹⁵ Essa reforma previu um maior grau de hierarquização controlada pelos partidos políticos. Antes o sistema de eleição acabava sendo negativo porque os juízes eleitos pelos seus pares eram na maioria das cúpulas, mas com essa mudança a hierarquia passou desta para o Parlamento, somente. ZAFFARONI, E. R. Op. cit., p. 181.

¹¹⁶ GOMES, L. F. *Controle Externo...*, p. 232/4.

¹¹⁷ CINTRA JUNIOR, D. A. D. *A fiscalização...*, p. 336.

¹¹⁸ MARTÍN, N. B. Op. cit., p. 88-93.

¹¹⁹ O CGPJ não teria nenhuma autonomia para decidir políticas de desenvolvimento na estrutura judiciária, pois sua composição se distribui entre forças políticas, e, além disso, todo o projeto de gastos públicos está nas mãos do governo. O CGPJ passou a apoiar a política decidida pelo governo, não mais autogoverna o Judiciário. Idem, p. 96/7.

de forma considerável para Belloso Martín. Na verdade, o Conselho foi se anulando, tornando-se ineficaz para permitir debates e mudanças. Da tentativa de fortalecer a independência do Judiciário e toda sua estrutura como um Poder, através da Constituição Espanhola de 1978, voltou-se para a uma “administração da justiça” somente, como uma estrutura em mãos de forças políticas.¹²⁰

Argumenta-se que em todos esses países, com exceção da Argentina, o controle externo se insere em um sistema de governo parlamentarista, no qual não há nítida divisão dos poderes e o Judiciário é atrelado ao Ministério da Justiça, bem diverso do presidencialismo brasileiro em que o Judiciário é um poder autônomo. A nossa Constituição já adota a teoria dos freios e contrapesos, sem que as garantias do Judiciário sejam afetadas, permitindo uma harmonia do sistema.¹²¹

Assim, o modelo do controle externo não poderia ser adotado em um sistema constitucional como o nosso, pois o desfiguraria. Para Ives Gandra da Silva Martins muito mais do que uma inconstitucionalidade seria incompatível a transposição desse modelo para o Brasil, pois tornaria um poder técnico como o Judiciário em um poder controlado politicamente, sujeito a interpretações de oportunidades políticas.¹²²

Apesar da constatação dos problemas e das influências permitidas no Conselho espanhol, Nuria Belloso Martín reflete que seria ilusão pensar num órgão de governo do Judiciário totalmente alheio às questões políticas, até mesmo porque as decisões internas, mesmo que sem pressão, poderão estar carregadas de influências indiretas¹²³.

Mário Brockmann Machado rebate esses argumentos afirmando que um controle externo é compatível e também requerido pelo princípio da separação dos poderes, pois o objetivo desse princípio seria a limitação dos poderes e não a expansão independente e isolada desses. Os poderes tanto no parlamentarismo como no presidencialismo, seguindo a “separação dos poderes”, não existem de

¹²⁰ MARTÍN, N. B. Op. cit., p. 94/5.

¹²¹ VELLOSO, C. M. da S. **Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da Magistratura: uma proposta.** Revista de Direito Administrativo, n. 195, jan/mar 1994, Rio de Janeiro, p. 9-23.

¹²² MARTINS, I. G. S. **Conselho Nacional de Justiça.** In: BOTTINI, Pierpaolo e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm, (coord.) Reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93/4.

¹²³ MARTÍN, N. B. Op. cit., p. 94/5.

forma isolada, mas estão vinculados entre si e à soberania popular. A separação dos poderes, na verdade, sairia reforçada, pois com o Conselho se nutriria a independência e a autonomia do Poder sujeito ao controle.¹²⁴

Ao argumento de que esses modelos europeus não podem ser transportados para o nosso país, pois não seria de nossa tradição, Zaffaroni contrapõe dizendo que nossas estruturas na verdade não são originais, pois adaptamos de modelos estrangeiros. Portanto, não são modelos próprios e não devemos apelar para a nossa “tradição” para manter instituições antidemocráticas, magistraturas dependentes, nomeações e destituições arbitrárias, nepotismo, favoritismo e até mesmo alguns casos de corrupção¹²⁵. Essa alegação de que seria um mecanismo do sistema parlamentarista seria “absolutizar de forma acrítica as experiências de outros ordenamentos jurídicos”.¹²⁶

3. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SUAS ATRIBUIÇÕES

3.1. O CONSELHO

A autonomia administrativa e financeira concedida ao Judiciário pelo legislador constituinte em 1988 teve como destinatário o próprio Poder, mas principalmente foi reconhecida em benefício de uma tutela mais eficiente dos direitos individuais, coletivos e difusos. Importante iniciativa para concretizar esse compromisso de fornecer uma tutela efetiva foi a implantação de um controle a ser realizado pelo Conselho Nacional de Justiça *dentro do Judiciário*.

Proposta defendida até mesmo antes da Assembléia Constituinte de 1988¹²⁷ por alguns juristas e amplamente discutida em debates parlamentares, a criação do

¹²⁴ BROCKMANN MACHADO, M. **Separação dos poderes e controle externo do Judiciário**. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 3, n.9, out/dez 1994, p. 81.

¹²⁵ ZAFFARONI, E. R Op. cit., p. 191/2.

¹²⁶ GENOÍNO, J. **O controle externo do Poder Judiciário e a questão democrática**. In: KREBS, Fernando Aurvalle (org.). A reforma do Poder Judiciário. Curitiba: Juruá, 1998, p. 171/3.

¹²⁷ A instalação de um órgão com essa função já era suscitada antes da década de 80, com idealizações de modelos minimizadores das deficiências na estrutura do Judiciário. À época da Constituinte, teve como porta-vozes o deputado Nelson Jobim e a Ordem dos Advogados do Brasil. No entanto, acabou não sendo criado porque se discutia se a melhor forma de fiscalizar seria com membros somente da magistratura ou com membros da sociedade. GIMENES, M. Op. cit.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem origem na PEC 112/95¹²⁸, de autoria do deputado José Genuíno, anexada posteriormente à PEC 96/92 elaborada pelo deputado Hélio Bicudo, e foi prevista pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, na qual se consubstanciou a *Reforma do Judiciário*.

Previsto como *órgão integrante do Poder Judiciário, sem, contudo, exercer jurisdição*, tem sede na Capital Federal, atuação em todo o território nacional e competência para exercer o controle da atuação administrativa, financeira e funcional dos juízes, com poderes correicionais. Dentre outras funções, cabe ao CNJ o planejamento de estratégias para uma melhor prestação jurisdicional, tendo como base os relatórios estatísticos que deve apresentar; *sem, contudo, interferir nas decisões judiciais*.¹²⁹

Órgão interno de natureza administrativa^{130 131} não julga nem aprecia litígios, e a análise da legalidade e da constitucionalidade dos seus atos cabe ao Supremo Tribunal Federal, sendo, pois, inferior a este.¹³² Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal não está submetido às deliberações do CNJ, seus membros se regem por normas especiais.

A previsão de órgão com configuração semelhante não é novidade no Brasil, pois a Lei Orgânica da Magistratura Nacional de 1979 já havia regulamentado um Conselho Nacional da Magistratura, instituído pela Emenda Constitucional n. 7/77. Era composto de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, sem representantes

¹²⁸ A PEC 12/ 95 previa um controle do Judiciário, mas retirou a expressão “controle externo”, inserido em um sistema contendo órgãos federais, estaduais e um distrital. Cada órgão deveria estar composto por cinco magistrados, um representante do MP, um advogado e três cidadãos eleitos pelo Legislativo.

¹²⁹ REALE JÚNIOR, M. Op. cit., p.81.

¹³⁰ A inserção do CNJ no art. 92, inciso I-A da Constituição da República foi equivocada segundo a opinião de Uadi Lammêgo Bulos, pois suas atribuições são exclusivamente administrativas e não jurisdicionais. Por conseguinte, não se enquadraria na estrutura do Poder Judiciário. Melhor seria sua previsão no parágrafo único do art. 92, mas por motivos de política legislativa a E.C. 45/2004 o listou entre os órgãos jurisdicionais, a exemplo da Constituição da Espanha, França e Portugal. Essa opção se deve à impossibilidade de considerar esse órgão inconstitucional, já que previsto constitucionalmente como integrante do Poder Judiciário. BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1098.

¹³¹ O CNJ é órgão de natureza administrativa com autonomia restrita, pois é o STF quem decide sobre seu orçamento e os aspectos financeiros. Contudo, possui autonomia para definir seu regimento interno e a atuação de seus órgãos internos.

¹³² Como órgão “acessório” do STF o CNJ exerce controle fiscalizatório somente sobre a estrutura judiciária hierarquicamente inferior ao STF. BULOS, U. L. Op. cit., p. 1099.

alheios ao judiciário. No período de seu funcionamento, até a Constituição de 1988 que não o recepcionou, não houve nenhum caso de disponibilidade ou aposentadoria dos membros do Judiciário, como resultado de processo disciplinar ou reclamação. Atuava de forma sigilosa,

*resguardando a dignidade de membros dos Tribunais, não atentando contra a independência do Judiciário, nem contra as garantias da magistratura.*¹³³

Contudo, como se pode perceber, esse órgão não era muito atuante para melhorar a estrutura, e, conseqüentemente, o desempenho da função jurisdicional, pois apenas coadunava com as suspeitas de corporativismo no Judiciário.

3.2. COMPOSIÇÃO

O Conselho é composto por quinze membros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha por maioria absoluta do Senado Federal¹³⁴ (art. 103-B, §2). Assim sendo, integram o CNJ: **I.** um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; **II.** um Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Indicado pelo respectivo tribunal; **III.** um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; **IV.** um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo STF; **V.** um juiz estadual, indicado pelo STF; **VI.** um juiz do Tribunal Regional Federal, indicado pelo STJ; **VII.** um juiz federal, indicado pelo STJ; **VIII.** um juiz do Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo TST; **IX.** um juiz do trabalho, indicado pelo TST; **X.** um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; **XI.** um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; **XII.** dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e **XIII.** dois cidadãos, de notável saber jurídico¹³⁵ e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos

¹³³ SILVEIRA, J. N. Op cit., p. 11/2.

¹³⁴ A necessidade de aprovação dos nomes indicados ao CNJ pelo Senado Federal faz com que os membros do Supremo e dos tribunais se submetam a duas votações no Senado. MENDES, G. F.M. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 989.

¹³⁵ A introdução de pessoas civis no CNJ pode ser considerada democrática para Tavares, ainda mais por serem escolhidos pelo Legislativo. Contudo, ele acredita que o "notável saber jurídico"

Deputados e outro pelo Senado Federal. Se as indicações¹³⁶ não forem efetuadas no prazo legal de cento e oitenta dias (art. 5º, *caput*, da EC n.45/2004), ao STF caberá a escolha dos membros do Conselho Nacional de Justiça.

Para ser membro do CNJ é preciso ter mais de 35 anos e menos de 66 anos de idade (art. 103-B, §3º, CF). O mandato previsto é de dois anos e é permitida uma recondução sucessiva (art. 103-B, *caput*). Os conselheiros não podem exercer atividade incompatível com sua posição no CNJ, como, por exemplo, dedicar-se à atividade política co-partidária ou exercer advocacia no território nacional.¹³⁷

O Ministro que preside o Supremo Tribunal Federal também preside o CNJ, como acordado entre os Ministros daquela corte¹³⁸, e votará em caso de empate; já a vice-presidência não foi prevista pela E.C. n.45/2004, ficando ao CNJ a deliberação no momento da edição de seu regimento interno. Foi proposto que esse cargo fosse eleito entre os membros do Conselho, mas acabou decidido que o Presidente indicaria o seu substituto, sob regime de rodízio.¹³⁹ A função de Ministro-Corregedor é exercida pelo conselheiro do Superior Tribunal de Justiça, ficando estes conselheiros – oriundos do STF e do STJ - excluídos da distribuição de processos nos tribunais de origem.

Os Conselheiros representantes da OAB e os indicados pelo Congresso Nacional estão impedidos de exercer a advocacia durante o seu mandato¹⁴⁰, e, por isso, o CNJ precisou fixar uma remuneração para eles, fixada no equivalente à

exigido serve somente como forma de contornar a presença dos indicados pelo Legislativo, pois para exercer as funções administrativas conferidas ao CNJ não há tal necessidade imprescindível. A imprecisão legal leva a crer, para ele, que no mínimo se exige a formação jurídica do indicado. TAVARES, A. R. **Conselho Nacional...**, p. 170/1.

¹³⁶ O modo de recrutamento dos conselheiros gera controvérsias na doutrina. Marcelo Uchôa defende que os conselheiros deveriam ser eleitos por seus pares. Contudo, no Brasil o modelo aprovado se baseia na autoridade das cúpulas do Judiciário. Esse monopólio na indicação reflete um processo menos democrático, segundo o autor. O problema estaria na manutenção da verticalização já presente na estrutura judiciária, podendo afastar o CNJ do contato com a população, pois são os juízes de primeiro grau que estão mais próximos a essa realidade. Além disso, há um maior risco de corporativismo. UCHÔA, M. R. Op. cit., p. 78/9.

¹³⁷ Nesse sentido ver a decisão na ADIn 3.367, STF, Rel. Ministro Cezar Peluso, DJ de 17/03/2006.

¹³⁸ LORENZONI, E. K. **Um ano de CNJ**. Revista de Direito Administrativo, vol. 244, jan/fev/mar/abr 2007, p. 113.

¹³⁹ Idem, *Ibidem*.

¹⁴⁰ Parece-nos que essa dedicação praticamente exclusiva desses conselheiros pretende propiciar uma efetiva participação dos advogados e dos cidadãos membros do CNJ, para buscar o aperfeiçoamento desse novo órgão de planejamento estratégico do Poder Judiciário.

recebida por um Ministro do Superior Tribunal de Justiça. O STF posteriormente encaminhou Projeto de Lei à Câmara dos Deputados definindo essa equivalência para a remuneração de todos os Conselheiros; sendo que, os integrantes do Judiciário e do Ministério Público receberão somente a diferença entre o que já percebem e a remuneração fixada. O Presidente, o Corregedor e o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho não receberão remuneração.

Além dos conselheiros a Constituição prevê que o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB oficiem perante o CNJ, impedindo-os de compor o órgão como membros representantes das funções essenciais da justiça.¹⁴¹ Ainda há a previsão da instalação de ouvidorias de justiça para auxiliar o CNJ no recebimento de denúncias e reclamações contra membros, órgãos do Judiciário ou de seus serviços auxiliares, como uma forma de democratização do serviço.

Nota-se que o CNJ possui uma composição híbrida buscando uma aproximação do Judiciário com a sociedade – um dos principais motivos para a criação do órgão, tendo em vista uma efetiva transparência da atuação do Poder, não sendo apenas controlado por seus membros. Luiz Flávio Borges D'Urso defende que a presença de integrantes da sociedade é muito importante, já que traduz um “sentimento de inclusão do jurisdicionado”, que na verdade é o próprio destinatário dessa estrutura.¹⁴²

Essa estrutura pretende combater o corporativismo dos magistrados, considerando que o controle exclusivamente pelas corregedorias se mostrou ineficiente, principalmente com magistrados de segunda instância.¹⁴³

São órgãos do Conselho: o Plenário, a Presidência, a Corregedoria Nacional de Justiça, as Comissões e a Secretaria-Geral.

¹⁴¹ Arts. 127-135, Constituição Federal.

¹⁴² D'URSO, L. F. B. Avanços do controle externo do Judiciário. **Jornal Valor Econômico**, 21/06/2004. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2004/73/>. Acesso em: 13/03/2008.

¹⁴³ “É verdade que o Judiciário já dispõe de mecanismos internos de fiscalização da atuação funcional do Juiz. Se esses mecanismo, quanto aos juizes de primeiro grau, têm funcionado, a verdade é que são quase inoperantes quanto à fiscalização da atuação dos órgãos jurisdicionais de grau superior. Isso precisa mudar.” CLÉVE, C. M. **Temas de...**, p. 45.

3.3. ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS E PREVISTAS NO REGIMENTO INTERNO DO CONSELHO

Dentre o quadro de atribuições, previsto constitucionalmente, compete ao CNJ controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais e outras funções que o Estatuto da Magistratura lhe conferir (art. 103-B, § 4º, *caput*, CF). Essa competência constitucional é instrumentalizada através de atas, resoluções, portarias, recomendações, enunciados administrativos e termos de cooperação técnica.¹⁴⁴

As principais funções do CNJ estão regulamentadas em seu regimento interno, quais sejam: **a)** zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, por meio da expedição de atos regulamentares e de recomendações; **b)** zelar pela observância das normas que regem a Administração Pública, previstas no art. 37 da CF, apreciando de ofício ou mediante provocação os atos administrativos praticados na estrutura do Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para as providências necessárias, sem afetar a competência do Tribunal de Contas da União;¹⁴⁵ **c)** receber e conhecer reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo até mesmo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, sempre assegurada a ampla defesa; **d)** representar o Ministério Público nos crimes contra a administração pública ou de abuso de autoridade; **e)** rever, de ofício ou por provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; **f)** elaborar relatório estatístico semestral sobre processos e sentenças prolatadas nos diversos órgãos do Judiciário; **g)**

¹⁴⁴ BULOS, U. L. Op. cit., p. 1100.

¹⁴⁵ O STF concluiu pela competência do CNJ para zelar pela observância do art. 37 da CF através de atos regulamentares de sanação de condutas contrárias à legalidade. Ressaltou-se que a Resolução n. 7/2005 do CNJ, que proíbe o nepotismo, estaria de acordo com os princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade e não violaria o princípio da separação dos poderes, pois o CNJ não invadiu a competência do Poder Legislativo limitado a exercer a função que lhe foi constitucionalmente reservada. Ver a decisão do ADC 12-MC/DF, Rel. Ministro Carlos Britto, decisão de 16/02/2006.

elaborar relatório estatístico anual sobre a situação da estrutura do Poder Judiciário no país e sobre as atividades do Conselho, podendo propor providências, integrado com mensagem do Presidente do STF e encaminhar ao Congresso Nacional, para abertura em sessão legislativa.

Apesar desse amplo feixe de atribuições é possível verificar que a atuação do CNJ não pode interferir de forma alguma na função exclusiva do juiz, que é a de julgar. Deste modo, a consideração de que o CNJ pudesse exigir o cumprimento de prazos legais pelos juízes, para garantir a razoável duração do processo, como defendido por Yarshell¹⁴⁶, é refutada por Miguel Reale Junior¹⁴⁷, pois essa exigência poderia interferir na busca da justiça.

Os procedimentos previstos pelo CNJ para que provoque sua atuação são: a) reclamação disciplinar, a ser utilizada quando um juiz ou servidor é acusado de praticar algum ato irregular ou ilícito; b) pedido de providências, para sugerir alguma medida administrativa, gerencial ou pedir edição de um ato normativo; c) procedimento de controle administrativo, solicitando fiscalização de situação supostamente ilegal em um tribunal; d) representação por excesso de prazo, quando há uma demora injustificada no processo apontando a razão pela qual julga haver a morosidade desnecessária; e) revisão disciplinar, o CNJ atua como instância superior para apreciar processo administrativo do Judiciário; f) avocação, pedido para que o Conselho avoque a competência para decidir sobre um processo disciplinar que está correndo em outro tribunal ou corregedoria de forma irregular.

Além da previsão desses procedimentos os plenários criam comissões, de caráter permanente ou temporário, para diagnosticar o que necessita ser feito nas áreas específicas de: estatística e gestão estratégica, reforma do Regimento Interno, acesso à justiça, Juizados Especiais e conciliação, acompanhamento legislativo e prerrogativa na carreira da Magistratura, fundos e reaparelhamento do Poder Judiciário, informatização, modernização e projetos especiais.

O Conselheiro-Relator possui competência, conferida pelo Regimento Interno do CNJ, para arquivar liminarmente o processo se a matéria for alheia às finalidades do Conselho. Essa medida tem por objetivo evitar o acúmulo de trabalho no órgão,

¹⁴⁶ YARSHELL, F. L. **A Reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”**. Revista do Advogado, São Paulo, n.75, abr.2004, p. 31.

¹⁴⁷ REALE JÚNIOR, M. Op. cit., p. 81

pois a estrutura é reduzida, e deve se dedicar a temas de interesse geral para a magistratura.

3.3.1. Controle administrativo e financeiro

Antes da E.C. n.45/2004 o controle externo de fiscalização financeira e orçamentária do Judiciário, em âmbito federal, era realizado pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, como previsto no art.71 da Constituição Federal. Todavia, esse tribunal somente atua de forma técnica sobre as contas, sem analisar o mérito dos projetos administrados, onde se empregam recursos públicos, não podendo vislumbrar a necessidade e a conveniência da utilização daquela despesa para tal fim.

Agora esse controle também pode ser realizado pelo CNJ. Alexandre de Moraes relembra que o CNJ pode atuar de ofício diante de uma situação que entender estar violando as normas. Contudo, se for provocado deverá agir diante do ato administrativo.¹⁴⁸

O CNJ também tem como função a revisão posterior da legalidade dos atos administrativos dos órgãos judiciários, competência que já era exercida pelo Tribunal de Contas. Poderá desconstituir, rever ou determinar prazo para que se realizem providências para regularizar esses atos conforme a lei.

A previsão de controle da atuação financeira dos órgãos judiciários tem como objetivo analisar no que e como foram aplicados os recursos destinados pelo orçamento, sem desconsiderar que a autonomia financeira do Poder está rigidamente condicionada às regras da lei de diretrizes orçamentárias, e também aos possíveis cortes de recursos pelo Executivo e pelo Legislativo na aprovação do projeto.¹⁴⁹ Para alguns a questão da fiscalização financeira fica a cargo do CNJ,

¹⁴⁸ MORAES, A. de. **Colocações e citações feitas no evento “Reforma do Judiciário – Aspectos relevantes e perspectivas”**. Realizado no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Largo de São Francisco n.95, 19/05/2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/reportagens/x/16/33/163/>. Acesso em: 19/04/2008.

¹⁴⁹ “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quer a autonomia financeira do Judiciário. Para isso, a Comissão de Fundos e Reaparelhamento dos Tribunais do CNJ está elaborando cinco projetos básicos, que permitirão aos tribunais obter os rendimentos necessários para seu bom funcionamento. Atualmente, para fazer frente às despesas com pessoal e custeio, os tribunais contam com recursos do orçamento do Estado [...] . Para financiar os tribunais, o conselheiro Rui Stoco propõe a criação do Fundo de Reaparelhamento que teria como fonte de recursos, entre outros, a cobrança de taxas judiciais como inscrição de cursos e seminários de responsabilidade do

desde que analise os atos e os gastos a partir da perspectiva legal, e não sob argumentos de economicidade e de legitimidade para tal gasto.¹⁵⁰

Quanto à publicidade dos atos administrativos do Judiciário para promover juízes por merecimento o CNJ decidiu, por requerimento da Associação dos Magistrados Brasileiros, que essa decisão deve ser por voto aberto, fundamentado, a ser realizado em sessão pública, observados os critérios objetivos previstos na Carta Magna. Essa resolução n. 06/2005 define os critérios a serem adotados pelos tribunais e confere mais transparência às decisões, abrindo para o controle pelos próprios magistrados e pela sociedade.¹⁵¹

Considerando o controle da atuação administrativa e do fiel cumprimento do Estatuto da Magistratura atribuído a esse Conselho pelo § 4º do art. 103-B da Constituição Federal, determinou o CNJ que os Juízes devem residir nas respectivas comarcas em que atuam, salvo autorizações expressas dos Tribunais. Na edição dessa resolução n.º 37/2007 o CNJ regulamentou o disposto no inciso VII do art. 93 da Constituição Federal e no inciso V do art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN.

A intenção de prover um sistema centralizado de administração uniforme¹⁵², para ser aplicado em todos os tribunais e regiões, depende da consideração de que cada local possui suas deficiências e capacidades peculiares. Para tanto, há necessidade de deixar uma margem de atuação para os órgãos de administração local.

Judiciário, rendimentos sobre os depósitos bancários e aplicações financeiras, cobrança de serviços e multas impostas de extrajudiciais. Algumas medidas seriam propostas por Projeto de Lei, outras por meio de uma resolução do CNJ.” **CNJ estuda a independência financeira dos tribunais.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4096&Itemid=167. Acesso em: 12/07/2008.

¹⁵⁰ GARCIA, E. **O Conselho Nacional do Ministério Público: primeiras impressões.** RT-836, ano 94, jun.2005, p. 42.

¹⁵¹ Informações obtidas em: http://www.apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/tema6/2005_13662.pdf. Acesso em: 10/04/2008.

¹⁵² O que se pretende alcançar, na verdade, não é a uniformidade de ação administrativa e financeira dos tribunais, até porque seria improvável, mas um aperfeiçoamento da atuação com trocas de experiências ou conjuntamente possibilitaria reduzir o desnível de “qualidade” ao mínimo. MARQUES, L. G. **O Conselho Nacional de Justiça e o aperfeiçoamento da ação administrativa e financeira dos tribunais.** Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=727. Acesso em: 10/07/2008.

Considere-se que a Constituição confere autonomia administrativa ao Poder Judiciário como um todo, permitindo uma auto-regulamentação dos tribunais¹⁵³ e instâncias quanto à organização de suas estruturas judiciárias, mas a Carta Maior também possui competência para dispor sobre os órgãos que compõem todo esse aparelho Judiciário e sobre o funcionamento da administração da Justiça. Portanto, a supremacia constitucional deve ser considerada, como “principal fonte normativa da organização judiciária”¹⁵⁴, e ela confere a competência de controle administrativo a um órgão nacional, buscando o fortalecimento do Judiciário como Poder de caráter nacional, sem que se desconsiderem as necessidades das instâncias locais.

3.3.2. Controle disciplinar

A independência do juiz é política, através da previsão de suas garantias constitucionais, e também jurídica, pois está subordinado somente à lei. Essa independência é que imprime as características específicas dos atos judiciais. Mesmo assim, o juiz está adstrito às regras de disciplina judiciária, vinculado a obrigações que, se violadas, podem gerar a aplicação de sanções disciplinares. A exigência de responsabilidade do juiz, porém, deve estar vinculada aos interesses da própria magistratura, sem que interfira na independência constitucionalmente garantida.¹⁵⁵

¹⁵³ Art. 96, CF: Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

¹⁵⁴ SLAIBI FILHO, N. **Administração Judiciária e Organização Judiciária**. Revista EMERJ, vol. 8, n. 29, 2005., p. 75.

¹⁵⁵ RIBEIRO, A. P. Op. cit., p. 46/7.

Cabe observar, portanto, que toda atividade disciplinar deve se desenvolver de acordo com a preservação da dignidade e independência do juiz, pois enfraquecer a postura social de um juiz poderia afetar negativamente todo o Judiciário, como através de pena de suspensão de suas atividades.^{156 157}

A Corregedoria do Conselho poderá realizar inspeções e correições para apuração de fatos relacionados com deficiências graves dos serviços judiciais e auxiliares, das serventias e dos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público. A função de controle disciplinar¹⁵⁸ será realizada sempre em caráter supletivo, sem prejuízo da atuação disciplinar e correicional dos Tribunais, como já previsto no art.103-B, §4º, III, da Constituição.

Competindo ao Ministro-Corregedor, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, determinando o arquivamento sumário das anônimas, das prescritas e daquelas que se apresentem manifestamente improcedentes ou despidas de elementos mínimos para a sua compreensão; requisitar magistrados, delegando-lhes atribuições; requisitar servidores de Juízos ou Tribunais, delegando-lhes atribuições; elaborar e apresentar relatórios referentes ao conteúdo próprio de suas atividades de correição, inspeção e sindicância; expedir instruções, provimentos e outros atos normativos para o funcionamento dos serviços da Corregedoria; executar e fazer executar as ordens e deliberações do Conselho

¹⁵⁶ RIBEIRO, A. P. Op. cit., p. 47.

¹⁵⁷ “Com a entrada em vigor da Loman, criou-se um sistema único para toda a magistratura brasileira. Optou o legislador por seis sanções: advertência, censura, remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos proporcionais, aposentadoria com vencimentos proporcionais e demissão (art. 42). Como se vê, *excluiu-se a suspensão como pena, sob o argumento de que um juiz suspenso não teria condições de exercer suas funções quando retornasse à vara*”. PASSOS DE FREITAS, V. **Conduta administrativa**. Disponível em: <http://www.ajufesp.org.br/paginas.php?id=14>. Acesso em: 18/08/2008.

¹⁵⁸ Para Lúcia Alvarenga a questão disciplinar não foge da influência corporativista nesse modelo, pois as punições dos juízes serão revistas pelo próprio Judiciário e o controle continua a ser interno. A proposta dela seria a criação de Provedorias de Justiça, que teriam função similar ao modelo nórdico do *ombudsman* e funcionariam como meio através do qual seriam recebidas reclamações e dar-se-ia publicidade sobre os problemas do Judiciário. Essa mesma proposta foi defendida por Antônio Cortez na Folha de São Paulo de 14/05/95, p. 1-16. ALVARENGA, L. B. F. Op. cit., p. 157/8.

relativas a matéria de sua competência; manter contato direto com as demais Corregedorias do Poder Judiciário; promover reuniões periódicas para estudo, acompanhamento e sugestões.

Com a Emenda Constitucional n.45/2004 houve mudanças também no poder de determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria de um magistrado, prevista no art. 93, VIII da Carta Maior, em caso de faltas disciplinares. Agora essa punição também pode ser decidida pelo CNJ, mas deve ser considerada com cautela, pois se trata de poderosa atribuição. Decisão administrativa por maioria absoluta poderá, então, decretar a remoção de um juiz, decisão que antes só era tomada por dois terços do respectivo tribunal. Seria, para alguns, uma vulneração do princípio da vitaliciedade, reduzindo-o a mera estabilidade assegurada aos servidores públicos.¹⁵⁹

Houve críticas sobre essa competência disciplinar conferida ao CNJ, órgão que foi criado com função administrativa somente. Essa função poderia ser exercida em todo o território brasileiro e retrataria uma vontade política de sujeição da magistratura, misturando a via administrativa e a judicial no processo administrativo; suprimindo as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. O juiz seria processado administrativamente, mas com decisão de eficácia jurisdicional.¹⁶⁰

A perda de cargo pelo juiz, prevista no art. 42 da Loman, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Com efeito, em seu art. 95, I, é previsto que os juízes são vitalícios e só perderão o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado. Nesse caso, também não caberia ao Conselho aplicar a pena de demissão (CF, art. 103-B, § 4º, inc. III), pois sentença judicial significa uma ação em juízo com todas as garantias processuais e não uma decisão administrativa dos tribunais.

Serão criadas ouvidorias de justiça para auxiliarem no recebimento de reclamações e denúncias contra os membros do Judiciário. A previsão constitucional dessas ouvidorias não especifica quem as integrará, o que seria uma lacuna para Miguel Reale Junior.¹⁶¹ Coloca-se à disposição dos cidadãos outro modo de coibir

¹⁵⁹ LIMA, J. **A reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados**. In: KREBS, F. A. Op. cit., p. 136/7.

¹⁶⁰ Idem, p. 136/7.

¹⁶¹ REALE JÚNIOR, M. Op. cit., p.81.

atos indevidos desses agentes administrativos, pois as denúncias já podiam ser formuladas contra atos de improbidade administrativa e abuso de autoridade com procedimento previsto na Lei n° 4.898/65. Como o CNJ fica localizado na Capital Federal há necessidade dessas ouvidorias para permitir uma maior proximidade com os cidadãos que necessitem dos serviços desse órgão nacional.

Quanto à revisão de processos disciplinares a Constituição determinou o prazo de até um ano após a decisão do tribunal para que o CNJ possa agir. Considera-se como um prazo peremptório¹⁶², sem que possa ser suspenso, prorrogado ou interrompido. Essa revisão pode ser provocada pelo particular contra conduta do juiz ou pelo próprio magistrado que se sentir incomodado por decisão correicional injusta. É cabível, também, ao CNJ avocar processos disciplinares em curso em outro tribunal e determinar a remoção, disponibilidade ou aposentadoria de um magistrado. Nesse caso de avocar processo disciplinar o CNJ não está autorizado a agir de ofício, mas somente com uma reclamação por qualquer do povo. Ao avocar um processo disciplinar, que não foi ainda apreciado pela corregedoria interna, necessitaria de provocação motivada, como afirmação do caráter subsidiário do CNJ nesses casos de julgamento disciplinar.

O poder de avocar processo disciplinar ou de revê-lo até um ano após seu julgamento só seriam compatíveis com a autonomia das corregedorias se no processo interno não houve solução adequada em prazo razoável.¹⁶³ Considere-se que o poder disciplinar do CNJ deve se basear na Constituição e no Estatuto da Magistratura, sendo que qualquer abuso poderá ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal.

O Conselho propôs em 2007 um projeto de Código de Ética para a magistratura, com finalidade de atualizar a Lei Orgânica da Magistratura de 1979 e responsabilizar os magistrados, sendo, contudo, possível perceber que as exigências de comportamentos são extremamente vagas, de difícil delimitação do conteúdo que pretende coibir. O Código trataria de comportamentos da vida pública e privada do magistrado, tipificando responsabilidades, sem correspondente definição objetiva de condutas precisas.

¹⁶² GRAMSTRUP, E. F. Op. cit., p. 195.

¹⁶³ GARCIA, E. **O Conselho Nacional do Ministério...**, p. 43.

Após 3 anos tramitando no Conselho o *projeto foi aprovado*.¹⁶⁴ Sua elaboração foi iniciada na composição de conselheiros anterior, inclusive com consulta pública feita pelo site do CNJ na internet, onde todas as entidades de classe, magistrados e cidadãos puderam propor sugestões.

O artigo 40 da Loman determina que a atividade censória seja exercida sem atentar contra a dignidade e a independência do magistrado. A elaboração de condutas típicas que sujeitem o magistrado a penalidades deve respeitar essa dignidade do exercício da atividade jurisdicional e da pessoa do Juiz. Ademais, submeter o juiz à previsão vaga e aberta de condutas como as do artigo 16 - *O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cõscio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral* - seria um descuido sujeito à arbitrariedade, podendo implicar na falta de independência de um juiz ao julgar por estar preocupado com os mínimos detalhes das condutas que poderá tomar.

No art. 12 do Código de Ética, veda-se ao juiz que se comporte de forma imprudente diante da mídia, o que pareceria razoável, mas o art. 13 prevê que o juiz deverá evitar atitudes que possam ser compreendidas como busca de reconhecimento social. Essa redação é polêmica e ampla, pois pode ameaçar à independência dos juízes ao comentarem sobre os processos judiciais. Na verdade, pode aumentar a distância do juiz com a população, enfraquecendo a transparência com a ameaça de uma possível responsabilização. Essa previsão deve ser interpretada restritivamente ou qualquer pessoa pode alegar que o juiz violou sua intimidade com a publicidade para obter reconhecimento pessoal.

Não se pode olvidar que o artigo 61 da Constituição Federal determina quem são os entes legitimados para propor a edição de leis e seu artigo 93 confere competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal para a iniciativa de lei complementar dispondo sobre o estatuto da magistratura. Há uma comissão de estudos para reformular a Loman e editar um novo Estatuto da Magistratura, de competência constitucional do STF, mas há tempos que esse projeto já deveria estar aprovado.

¹⁶⁴ Entre as orientações, o texto determina que o magistrado evite comportamento de autopromoção em publicação de qualquer natureza, não opine sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outro juiz, deve denunciar qualquer interferência que limite sua independência e deve priorizar a atividade judicial quando acumular magistério ou outra atividade permitida por lei.

Contudo, a Constituição Federal, a Loman, o Código de Processo Civil (artigos 125 a 133) e a Lei de Responsabilidade Fiscal, esta que também responsabiliza a gestão financeira no âmbito do Poder Judiciário, já possuem normas de conteúdo ético que podem ser aplicadas enquanto não se edita o novo estatuto.

Não se pretende negar a necessidade de previsões mais atuais sobre os comportamentos dos juízes e suas conseqüências, mas os dispositivos desse código poderão ser manejados com toda a discricionariedade. Esses tipos genéricos, portanto, podem comportar qualquer tipo de interesses, de maneira totalmente oposta ao interesse público, se manipulados por autoridades administrativas corruptíveis sem preocupações com o controle democrático. Segundo Douglas Rodrigues

*o Código de Ética proposto pelo CNJ parece muito bom, mais é [...] repleta de moralismo, sem a viabilização de uma estrutura funcional que imponha efetivamente uma postura ética e democrática no seio da magistratura.*¹⁶⁵

Por outro lado, o então conselheiro do CNJ, João Oreste Dalazen, justifica que a aprovação do Código independe do trabalho que está sendo realizado pelo Supremo Tribunal Federal para alterar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, pois

*sem prejuízo de inevitáveis e pontuais adaptações advindas de futura Lei Orgânica da Magistratura Nacional, podem e devem ser proclamados e minudenciados para logo os princípios e valores supra legais norteadores do exercício da magistratura, esclareceu.*¹⁶⁶

Ao aprovar o projeto o Conselho teria considerado que a adoção de um Código de Ética da Magistratura deve ser visto como um instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral. Além desse argumento, acrescentou que tal documento traduz um compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça. Dessa forma, seria um instrumento com a finalidade de fortalecer a legitimidade do

¹⁶⁵ RODRIGUES, D. A. **Ética, moralismo e codificação da Ética pelo Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/ambdebate/artigo_detalhe.asp?imprimir=1&art_id=697. Acesso em: 10/07/2008.

¹⁶⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de ética da Magistratura.** Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=67828. Acesso em: 30/08/2008.

Poder Judiciário – um dos compromissos para os quais o próprio Conselho Nacional de Justiça foi criado.

3.2.3. Poder regulamentar

A competência que tem ensejado mais discussões entre os juristas é a expedição de atos regulamentares e o sentido dessa previsão constitucional¹⁶⁷, pois várias das resoluções expedidas pelo CNJ têm gerado polêmica e desconforto.

Para Erik Gramstrup a maior preocupação com a atuação do CNJ seria uma possível frustração

*em sua operacionalidade, seja pelo excesso de atribuições, seja pelo turbilhão de reclamações, pode bem vir o controle externo a se transformar em emissor de normas, argumentando que excessos normativos são cometidos o tempo todo no nosso país.*¹⁶⁸

A importância dessa competência é evidente, pois as resoluções do CNJ produzem efeito em todos os tribunais do Brasil, um efeito geral que pode abranger todos os casos semelhantes.

O questionamento dos juristas¹⁶⁹ diante das resoluções do Conselho reside em ser admissível ou não, no sistema jurídico brasileiro, um ato normativo secundário inovar a ordem jurídica, criando obrigações e deveres de caráter geral e abstrato, com repercussão na esfera de direitos dos membros do Judiciário. Às resoluções do CNJ caberia regulamentar disposições legais já existentes, devendo fazer remissão ao ato normativo primário que será regulamentado.

Os órgãos do Judiciário também possuem função normativa, que concernem ao autogoverno do Poder, através de leis de organização judiciária, instruções normativas, resoluções, ou seja, atos não jurisdicionais, mas administrativos normativos. Estes representam um controle preventivo na atividade judiciária, pois

¹⁶⁷ Nesse sentido ver artigo: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos/artigo-conjunto-completo-clemerson-lenio-ingo-2005.doc.doc>. Acesso em: 06/2007.

¹⁶⁸ GRAMSTRUP, E. F. Op. cit., p. 195.

¹⁶⁹ TAVARES, A. R. **Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas**. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 366.

traduzem orientações, esclarecimentos, podendo inibir alguns atos ou estabelecer regras para a atuação de órgãos inferiores.¹⁷⁰

O poder regulamentar é faculdade administrativa dos órgãos públicos, podendo dispor sobre a atuação e a organização dos serviços. Assim como os Tribunais o Conselho Nacional de Justiça também possui a competência para emitir atos de caráter geral, afetando os órgãos a ele “subordinados”.¹⁷¹

Aprovada a proibição do nepotismo no Judiciário com a Resolução n° 07/2005, passou-se a questionar se o CNJ poderia editar resolução de efeito geral, afetando todos os tribunais do país, dispondo diretamente sobre dispositivos constitucionais. As questões que envolvem essa atribuição do CNJ serão analisadas no terceiro capítulo desse trabalho, com vistas a pormenorizar suas peculiaridades frente aos estudos doutrinários sobre o poder regulamentar da Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.4. Planejamento

Essa é uma das funções essenciais do CNJ, com a proposição de alternativas para melhorar o funcionamento do Judiciário. Analisando e sistematizando informações, colhidas com o estudo das estatísticas, elegerá prioridades para a utilização dos recursos financeiros.

Com toda a amplitude de atribuições conferida ao CNJ é possível destacar que as diversas informações obtidas, sobre o Judiciário como um todo, legitimariam um planejamento global de atividades a serem seguidas por todos os tribunais e instâncias. Essas propostas de aperfeiçoamento da estrutura não podem deixar de considerar mudanças no próprio desenvolvimento do CNJ, para que este não se torne engessado. A transformação do CNJ em centro de gestão de excelência é vista por José Adércio Leite Sampaio como

o ponto nevrálgico do CNJ [...] definindo diretrizes da política administrativa e planos de desenvolvimento dos recursos humanos, físicos e logísticos. Transformação que, certamente, encontrará resistências na prática do autogoverno dos

¹⁷⁰ RIBEIRO, A. P. Op. cit., p. 48.

¹⁷¹ SLAIBI FILHO, N. Op. cit., p. 62.

*tribunais administrados em células de autoconfiança e improviso.*¹⁷²

Poucos são os Tribunais que estabelecem metas e planos de desenvolvimento para aperfeiçoamento dos serviços fornecidos, com a modernização de alguns para facilitar o acesso dos jurisdicionados. Vladimir Passos de Freitas cita o pioneirismo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deu grande importância ao assunto, implantando a chamada “qualidade total”, como forma de buscar maior eficiência.

Aprimorar os serviços, perseguir a economia das despesas do dinheiro público, orientar os servidores para que atendam bem aos usuários, aproveitar o lixo reciclável e outras medidas semelhantes, são providências que nada tem de ideológico e que em muito auxiliam na prestação jurisdicional”, defende o autor, refutando a desconfiança que alguns Tribunais mantêm diante dessa meta “típica da iniciativa privada.”¹⁷³

A proposição de mudanças pelo CNJ, acompanhada de relatórios estatísticos sobre a situação do Judiciário no país, a ser encaminhada ao Congresso Nacional complementa o controle da atuação funcional dos magistrados. Tendo em vista que as informações obtidas para os relatórios revelarão se há, e onde há, uma excessiva demora nos julgamentos e dados sobre a quantidade de processos para cada juiz, em cada localidade. Sendo assim, facilita a averiguação de quais são os problemas específicos a serem solucionados. A recomendação de providências tem como finalidade principal conferir mais eficácia ao controle exercido pelo CNJ, já que permite mudanças concretas.

O relatório anual de 2007 do CNJ traz uma análise detalhada de dados obtidos durante o período, acompanhada de recomendações e prioridades efetivadas pelo órgão no aperfeiçoamento da estrutura judiciária. Dentre os projetos desenvolvidos e em desenvolvimento para modernizar o Judiciário brasileiro citem-se os seguintes: banco de dados centralizado da população carcerária; sistema de processo judicial eletrônico; banco nacional de dados estatísticos; certificação digital; portal do Conselho Nacional de Justiça; rede nacional do Judiciário; sistema de informação de

¹⁷² SAMPAIO, J. A. L. Op. cit., p. 275.

¹⁷³ PASSOS DE FREITAS, V. **História da Justiça...**, p. 36/7.

serventias extrajudiciais; sistema de processo eletrônico do Conselho Nacional de Justiça; e cadastro nacional de adoção.

3.2.5. Funções que o Estatuto da Magistratura conferir

Nagib Slaibi Filho retrata o motivo pelo qual a E.C. n.45/2004 acrescentou ainda mais essa possível gama de funções a serem previstas para o CNJ

*Como não se tem como definir desde logo as atividades administrativas do Poder Judiciário, prudentemente, a Emenda Constitucional n. 45 optou pela técnica legislativa de não dispor sobre a competência do Conselho Nacional de Justiça em numerus clausus, imprimindo no art. 103-B, §4º, expressões genéricas que serão minudenciadas com o lento desenvolvimento das atividades do próprio órgão e que poderão, ao menos em parte, ser explicitadas, mas nunca de forma restritiva, pela futura Lei da Magistratura.*¹⁷⁴

Essa previsão constitucional de competência ao CNJ pode ser interpretada de forma a possibilitar que o Estatuto da Magistratura confira qualquer atribuição ao órgão de autogoverno do Judiciário. Entretanto, deve-se considerar que esse dispositivo não pode ser regulamentado de forma irrestrita, pois são altos os riscos de afrontar o texto constitucional, com interferências indevidas nas garantias dos magistrados e indiretamente nas decisões judiciais através de mecanismos de pressão.

4. PODER REGULAMENTAR DO CNJ

Delineada a nova posição mais ativa ocupada pelo Judiciário e a razão de ser da criação do Conselho Nacional de Justiça - como instrumento para acompanhar essa evolução - bem como as características e as competências desse novo órgão, passa-se a estudar o poder regulamentar conferido constitucionalmente ao CNJ.

A possibilidade de órgãos administrativos editarem regulamentos sempre foi debatida na doutrina, nacional e estrangeira, envolvendo a questão de sua natureza e seus limites. Com a possibilidade de o CNJ, novo órgão administrativo do Poder Judiciário, editar resoluções o debate doutrinário só retorna ao foco.

¹⁷⁴ SLAIBI FILHO, N. Op. cit., p. 57.

Em função da profunda transformação na administração da justiça e da repercussão gerada pelas resoluções editadas¹⁷⁵, discute-se qual seria a legitimidade, os limites e a natureza desse *amplo* poder regulamentar.

Amplo demais, tendo em vista as considerações doutrinárias que assim interpretam essa previsão, pois não há definição expressa se seria um regulamento de execução de leis, semelhante ao poder normativo do Chefe do Executivo, previsto no art. 84, IV, da Carta Maior, ou se as resoluções do Conselho poderiam ir além e regulamentar diretamente a Constituição, ou, até mesmo, se poderiam inovar no ordenamento jurídico brasileiro.

Na verdade, não há ainda construção doutrinária que se aprofunde no estudo do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, mas há somente alguns artigos que aludem ainda de forma restrita, sobre algumas resoluções por ele expedidas. Considerando-se a *importância e a repercussão do tema na configuração da Administração da Justiça atualmente*, faz-se necessário aludir às concepções sobre os regulamentos no direito pátrio para tentar demonstrar um panorama geral sobre o qual estão se desenvolvendo as resoluções do Conselho.

É essencial, para tanto, esclarecer expressamente que não se pretende aqui esgotar toda a discussão doutrinária nacional sobre o poder regulamentar. Ficarão, assim, destacadas apenas considerações gerais, relevantes para desenvolvimento do tema.

4.1. CAPACIDADE REGULAMENTAR NO DIREITO BRASILEIRO

Com a Emenda Constitucional n° 1/69 foi conferido ao Presidente da República competência para expedir regulamentos sobre estruturação e funcionamento dos órgãos da administração, independente de existir uma lei anterior prevendo tal hipótese. Segundo Fábio Konder Comparato essas “normas legais em branco” tinham como finalidade corrigir problemas advindos das leis pela via administrativa. Admitiu-se, mesmo diante do posicionamento contrário de parte da doutrina, os regulamentos autônomos pela outorga desse poder regulamentar ao Executivo, reservando-lhe competência própria sem definição em lei¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Competência prevista no art. 103-B, §4°, inciso I, Constituição Federal.

Os regulamentos autônomos são definidos por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello como

*verdadeiras leis, e assim chamados (como regulamentos) tão-somente porque emanados pelo Poder Executivo, pois não constituem desenvolvimento de qualquer lei ordinária, mas correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida com base no Direito Constitucional.*¹⁷⁷

Defende a existência deste modelo de regulamento no ordenamento jurídico brasileiro o doutrinador Eros Grau. Este autor analisa primeiramente a separação dos poderes a partir das funções desempenhadas pelos agentes de cada Poder. A função normativa seria a edição de estatuições primárias com conteúdo abstrato e genérico, através do exercício do poder *originário* ou de um poder *derivado*.¹⁷⁸ Portanto, essa função normativa iria além da atividade legislativa, abrangendo a edição de regulamentos e outros atos normativos emanados do Executivo e até mesmo dos tribunais.

Os regulamentos – em geral - seriam estatuições primárias, ou seja, por força própria incidiriam sobre o ordenamento, ainda que não emanados pelo poder originário. Decorreria de exercício de poder derivado porque expedidos com base numa atribuição do poder normativo, explícita ou implícita em uma lei ou na Constituição.¹⁷⁹

Para Eros Grau os regulamentos autônomos decorrem

*de atribuição do exercício de função normativa implícita no texto constitucional [...], importam o exercício de função pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação, dele, no desenvolvimento de função administrativa de sua competência: envolvem, quando necessário, inclusive a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer.*¹⁸⁰

¹⁷⁶ COMPARATO, F. K. **Abertura de crédito- nulidade de cláusula contratual**. Revista de Direito Mercantil, n. 3, Ano X, 1971, p. 59-63.

¹⁷⁷ MELLO, O. A. B. de M. **Princípios gerais de direito administrativo**. vol. I, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 343.

¹⁷⁸ GRAU, E. R. Op. cit., p. 240.

¹⁷⁹ Idem, p. 243.

¹⁸⁰ Idem, p. 253/4.

Sérgio Ferraz opina também favoravelmente à tese dos regulamentos autônomos, afirmando que o exercício do poder regulamentar seria

*essencial para que os objetivos do ordenamento sejam atingidos. Assim, a justificação última do poder regulamentar reside no dever de administrar, inerente à Administração, [e] o âmbito de sua incidência está limitado aos campos do direito em que lhe caiba atuar.*¹⁸¹

A existência de uma capacidade normativa de conjuntura¹⁸² seria o motivo pelo qual existiriam os regulamentos autônomos¹⁸³ no sistema jurídico brasileiro.¹⁸⁴ Eros Grau refuta a posição da doutrina majoritária do direito administrativo brasileiro, que é contrária à existência desses regulamentos autônomos no nosso ordenamento, argumentando que

*a doutrina tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordinam a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais.*¹⁸⁵

¹⁸¹ FERRAZ, Sérgio. Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros. n.4. Apud: CUÉLLAR, L. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 120.

¹⁸² GRAU, E.R. Op. cit., p. 231.

¹⁸³ Importa destacar que Leila Cuéllar, ao analisar o poder normativo das agências reguladoras, reconhece a necessidade e uma possibilidade de regulamentos autônomos no Brasil, desde que se submetam a um controle, não violem o que estiver disposto em leis e na Constituição, não inovem de forma absoluta sem respaldo na lei e não violem as competências de cada ente da federação. CUÉLLAR, L. Op. cit., p. 123/6.

¹⁸⁴ A posição adotada por Eros Grau é vista como funcionalista por alguns autores. Essa capacidade normativa do Executivo, para ele, envolveria, na verdade, dinamização de atividade legislativa; e as afirmações de que não seria um regulamento autônomo, mas uma delegação de poder, serviriam para "esconder" esse largo exercício de capacidade normativa. CURVELO, A.S.; RUARO, R.L. **O poder regulamentar (autônomo) e o Conselho Nacional de Justiça – algumas anotações sobre o poder regulamentar autônomo no Brasil**. RT-858, ano 96, abr.2007, p. 109.

¹⁸⁵ GRAU, E. R. Op. cit., p. 232/3.

Já o autor San Tiago Dantas, ao elaborar um parecer sobre a possibilidade de um órgão do Poder Executivo baixar atos administrativos de caráter normativo, não considera os regulamentos autônomos, porém se refere à possibilidade constitucional da delegação dos poderes, afirmando que

o poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixem de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la¹⁸⁶, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias.¹⁸⁷

Para Eros Grau o fundamento do poder regulamentar não estaria no poder discricionário da Administração, mas estaria na atribuição decorrente de um poder normativo. Dessa forma ele nega que os regulamentos sejam decorrentes de delegação de função legislativa¹⁸⁸ - já que o Legislativo só é titular de parcela do poder normativo, qual seja, o de legislar.

A razão de ser dessa atribuição refletiria

a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos [...], impõe sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas que estejam a implementar.¹⁸⁹

A Constituição de 1988, ao contrário das anteriores, não proibiu expressamente a delegação de atribuições de um poder a outro, porém o art. 25 do ADCT considera como revogados os dispositivos legais que tenham atribuído ou delegado a órgão do

¹⁸⁶ Tais normas editadas para execução de leis não violariam a competência regulamentar do Chefe do Executivo, pois estariam autorizadas pelo art. 85, n. II da Constituição de 1969. Seriam, na verdade, atos infra-regulamentares, ou chamados de regulamentos *lato sensu*, por Geraldo Ataliba. Dessa forma Clève refuta a opinião de San Tiago Dantas sobre a possibilidade de o poder regulamentar ser atribuído a outros órgãos da Administração. "Se autorizada por lei a expedição do regulamento em tais condições, o ato normativo que viesse a ser praticado não valeria como regulamento, mesmo que assim fosse denominado pela lei". CLÈVE, C.M. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285.

¹⁸⁷ SAN TIAGO DANTAS, F. C. Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 204. *Apud*: CURVELO, A. S.; RUARO, R. L. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁸⁸ GRAU, E.R. *Op. cit.*, p. 243.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 232.

Poder Executivo competência normativa assinalada ao Congresso Nacional. Além disso, o art. 84, IV, da Constituição confere expressamente a competência de o Chefe do Executivo exercer a função normativa para fiel execução da lei.

Ressalta-se, novamente, que os regulamentos não traduzem emanção da função legislativa, uma vez que se trata de atribuição normativa conferida constitucionalmente. Portanto, não se mantém a afirmativa de delegação de poder.

A Constituição brasileira de 1988 também não teria previsto expressamente a possibilidade de a Administração Pública editar os regulamentos autônomos. Dessa forma, não haveria como afirmar a recepção dessa espécie de regulamento em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional n.32/2001, à ordem jurídica brasileira fora acrescentada nova espécie normativa primária com a nova redação do art. 84, VI, da Carta Maior:

*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
VI - dispor, mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).*

O decreto regulamentar quando relativo a determinadas matérias passou a não precisar de intermediação da lei. Daí a se admitir o regulamento dito "autônomo" no Direito brasileiro. O art. 84, VI, até então se referia à regulamentação pelo Chefe do Executivo de matéria sobre "*organização e funcionamento da administração federal, na forma da lei*". Com a E.C. n.32/01 passou a se referir à "*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, quando vagos*". Dessa forma acabou sendo suprimida a expressão *na forma da lei*.

Portanto, as atribuições e a estruturação interna dos órgãos da administração pública federal não mais tocam à lei, devendo ser regulamentadas diretamente pelo Chefe do Poder Executivo. Como expresso no texto constitucional tal poder regulamentar autônomo possui campo material restrito: refere-se somente às duas hipóteses excepcionalmente previstas na Constituição – e somente poderá inovar desde que não haja aumento de despesa ou criação ou extinção de órgãos públicos

e – por serem regulamentações internas à Administração federal – desde que não restrinja direitos de particulares; e não extinga funções ou cargos públicos quando vagos.

No entender de José Levi Mello do Amaral Júnior essa nova natureza do poder regulamentar do Chefe do Executivo conforma-se com nosso ordenamento jurídico desde que

*respeitados os parâmetros da Emenda Constitucional n.32, de 2001, bem assim o reflexo determinante do princípio da legalidade – que impede tenha o decreto autônomo influxo restritivo sobre direitos de particulares –, o decreto autônomo é instrumento em harmonia com a Constituição de 1988, aperfeiçoando-a.*¹⁹⁰

Ressalte-se que o poder regulamentar autônomo foi conferido excepcionalmente ao Chefe do Poder Executivo, e somente para as duas situações previstas expressamente na Constituição com a E.C. n.32/2001. Dessa forma, não há qualquer conexão desse poder regulamentar específico e excepcional com o poder de o CNJ expedir regulamentos. Portanto, como não há previsão de o CNJ expedir regulamentos autônomos não cabe a esse trabalho tratar dos questionamentos sobre esse tema há muito controvertido em nossa doutrina.

Como verificado por Curvelo e Ruaro, através da análise da natureza e dos conceitos de regulamentos nos diversos ordenamentos jurídicos, existiriam três espécies: os executivos, os autorizados e os autônomos; e a diferença entre eles estaria na amplitude do poder normativo conferido em cada sistema jurídico.¹⁹¹

No sistema jurídico francês os regulamentos estão inseridos na Constituição como regulamentos de execução de leis e regulamentos autônomos. Para essa segunda modalidade há possibilidade de inovar originariamente na ordem jurídica francesa, nos limites que prevê a Constituição¹⁹², ou seja, em matérias excluídas da atribuição parlamentar.

¹⁹⁰ AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do. **Decreto autônomo: questões polêmicas**. Revista jurídica virtual vol.4, n.49, junho/2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_49/index.htm. Acesso em: 22/09/2008.

¹⁹¹ CURVELO, A.S., RUARO, R.L. Op. cit., p. 112/3.

¹⁹² MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Cours de droit administratif. 9.ed. Paris: Montchrestien, 2005, p.339. *Apud*: CURVELO, A. S., RUARO, R.L. Op. cit., p. 112.

No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, há somente a previsão dos regulamentos executivos, com exceção da hipótese de o Chefe do Poder Executivo expedir decreto autônomo conforme expressa previsão no art. 84, VI, da Constituição, com nova redação a partir da E.C. n. 32/2001.

Além disso, a atribuição para expedir esses atos normativos deve possuir fundamento formal em previsão legal ou constitucional. Desse modo, nem todos os órgãos administrativos podem criar normas, somente aplicam normas já existentes. No caso brasileiro somente a Constituição pode deferir a competência regulamentar e seus limites.¹⁹³

4.2. ATO ADMINISTRATIVO REGULAMENTAR

Inicialmente, cumpre salientar que não existe um conceito universalmente válido e preciso para a espécie normativa em questão. A expedição de atos normativos seria uma atividade meio, através da qual a Administração Pública exerceria a atividade normativa regulamentar, de forma vinculada à execução das leis.

O conceito do regulamento no direito brasileiro, em sentido lato, é assim definido por Clève:

Ato normativo (geral e abstrato) emanado dos órgãos da Administração Pública. Em sentido estrito regulamento será o ato normativo editado, privativamente, pelo Chefe do Poder Executivo¹⁹⁴, no exercício de função administrativa, por meio de decreto [...] para disciplinar a aplicação das leis que regem as relações jurídicas qualificadas pela presença do Estado-poder.¹⁹⁵

No mesmo sentido, para Diógenes Gasparini o poder regulamentar consiste na

atribuição privativa do chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la.¹⁹⁶

¹⁹³ CLÈVE, C.M. **Atividade legislativa...**, p. 275/6.

¹⁹⁴ Idem, p. 277.

¹⁹⁵ Idem, p. 284.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, concebe o regulamento como sendo um

*Ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.*¹⁹⁷

Para definir a natureza do regulamento, distinguindo-o dos atos administrativos meramente executivos, Clève assinala o caráter abstrato e geral, elemento comum em todas as espécies de regulamentos. Define esse caráter como “critério material de decisão de casos concretos”, conforme doutrina de Jorge Manuel Coutinho de Abreu.¹⁹⁸ Abstrato seria um ato aplicável a um número indeterminado ou indeterminável de casos, e geral aquele que tem como destinatário um número indeterminável ou indeterminado de pessoas.¹⁹⁹

A seguir, acrescenta o autor, que para compreensão desse ato normativo torna-se necessário fixar os limites para sua edição. Da leitura do art. 84, parágrafo único da Lei Maior, o limite formal seria a edição de regulamentos pelo Chefe do Executivo, *somente*, através de decreto a ser publicado. Para tanto os regulamentos emanados de outros órgãos da Administração Pública seriam apenas chamados de *regulamentos*, mas diante da normativa constitucional não seriam assim considerados.²⁰⁰

O conceito mais utilizado de ato regulamentar não o aborda como restrito à atribuição do Chefe do Poder Executivo, apenas dispendo que será geral e abstrato²⁰¹, não podendo inovar originariamente no ordenamento jurídico, e se

¹⁹⁶ GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.

¹⁹⁷ MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 311.

¹⁹⁸ COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade. Coimbra: Almedina, 1987, p. 19. *Apud*: CLÈVE, C. M. **Atividade legislativa...**, p. 276.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 24.

²⁰⁰ CLÈVE, C.M. **Atividade legislativa...**, p. 278.

²⁰¹ CURVELO, A.S., RUARO, R.L. *Op. cit.*, p. 109-111.

subordinando à lei por ter caráter apenas complementar, ou seja, por ser fonte secundária de normas.²⁰²

Segundo Canotilho os regulamentos não seriam atos administrativos, mas atos normativos que *emanam da autoridade administrativa no desempenho de sua função*. Seriam atos normativos, mas não provenientes da autoridade legislativa, podendo ter caráter executivo e/ou complementar de lei.²⁰³ Ao analisar o sistema jurídico português, Canotilho considera como princípios que regem a atividade regulamentar o da preferência da lei (ou reserva de lei), da precedência da lei e da complementaridade ou acessoriedade dos regulamentos. De acordo com essa perspectiva os regulamentos seriam, principalmente, atos normativos sujeitos à lei e complementares a ela.²⁰⁴

A Constituição Federal brasileira prevê²⁰⁵ a edição de regulamentos como garantia à fiel execução da lei.²⁰⁶ Desta forma, a função dos regulamentos de execução seria a de desenvolver a lei, tendo como objeto a disciplina das situações em que caberia discricionariedade administrativa. A partir da compreensão de Eros Grau, os regulamentos de execução somente poderiam

*estabelecer regras e padrões a serem adotados pelos agentes da Administração, quando de sua atuação, como meio para o cumprimento da lei [...]; não poderiam gerar obrigações ou direitos novos, isto é, não previamente contidos na lei. O poder hierárquico seria o fundamento da função regulamentar.*²⁰⁷

Percebe-se, assim, que a edição de regulamentos pressupõe a prévia existência de lei, dependente de ulteriores especificações para a sua correta aplicação pelos órgãos administrativos. Nesse sentido, conclui a doutrina majoritária pátria que o regulamento não segue o padrão dos atos administrativos, pois se

²⁰² MELLO, O. A. B. Op. cit., p. 357.

²⁰³ CANOTILHO, J.J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 773.

²⁰⁴ Idem, p. 776.

²⁰⁵ Art. 84, IV, Constituição Federal.

²⁰⁶ Sem desconsiderar a hipótese excepcional de decreto autônomo prevista no art. 84, VI, da Constituição Federal.

²⁰⁷ Para o autor esse regulamento para fiel execução das leis seria somente aquele que será exercido pelo Chefe do Executivo, expresso no art. 84, IV, da Constituição, devendo seguir os limites dos regulamentos em geral. GRAU, E.R. Op. cit., p. 245/6.

caracteriza pela generalidade e pela abstração; e também não seria lei, pois não tem capacidade normativa de inovação originária em nosso ordenamento.²⁰⁸ Seu conteúdo seria normativo auxiliar, apenas²⁰⁹; editado no exercício de função normativo-administrativa.

Essa doutrina observa que a modalidade de regulamento autônomo somente é possível no ordenamento jurídico brasileiro se a Constituição assim dispor expressamente; e somente dessa forma seria possível um regulamento inovar originariamente.²¹⁰ Diversamente, a Constituição de 1988 teria previsto para o Chefe do Executivo a edição dos regulamentos de execução em seu art. 84, IV²¹¹; tendo em vista a prevenção contra riscos antidemocráticos de que um maior poder normativo fugisse ao controle do Poder Legislativo. Dessa forma ao *Executivo* caberia expedir atos normativos, *desde que* reservados a pormenorizar o conteúdo abstrato das leis.²¹²

Conforme já afirmado, para Clève os regulamentos no direito brasileiro não seriam apenas atos normativos baixados pela Administração Pública, mas atos normativos secundários editados *pelo Chefe do Executivo*. Portanto, se o ato originar de outra autoridade não se encaixaria no conceito constitucional brasileiro de regulamento²¹³ - os demais atos normativos da Administração estariam em uma posição hierárquica inferior aos regulamentos, sendo veiculados por resoluções, portarias, e não por meio de decretos.²¹⁴

Não obstante, há posições na doutrina que divergem quanto à exclusividade do Chefe do Poder Executivo editar regulamentos. Por exemplo, em razão do art. 87, II,

²⁰⁸ “O regulamento é, pois, de regra, um ato normativo secundário geral. Assim, o é, no sistema constitucional brasileiro.” VELLOSO, C. M. S. **Do poder regulamentar**. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1983, n. 65, p. 41.

²⁰⁹ CURVELO, A. S., RUARO, R. L. Op. cit., p. 113.

²¹⁰ Idem, p. 112/4.

²¹¹ Art. 84, IV, CF: “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV – sancionar leis, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos para sua fiel execução”.

²¹² FREITAS, J. **Agência Nacional dos Transportes Aquaviários. Princípio da segurança jurídica. Exigência de menor precariedade possível de relações de administração**. Revista de Interesse Público 20, Notadez, 2003, p. 101/2.

²¹³ CLÉVE, C. M. **Atividade legislativa...**, p. 271.

²¹⁴ Idem, p.284/5.

da Constituição, que permite aos Ministros de Estado a expedição de regulamentos de execução.²¹⁵

Sérgio Bruna argumenta que

desde que concebido o poder hierárquico da Administração Pública como o fundamento dos regulamentos de execução e admitida a conseqüente incapacidade de produção de efeitos externos, senão de forma indireta, [...] não sendo tais ordens destinadas ao âmbito externo da Administração e não se pretendendo com elas a criação de obrigações estranhas ao texto legal, [...] a previsão de um poder regulamentar, nas mãos do Chefe do Executivo, não exclui a competência normativa das demais autoridades administrativas dotadas de poder hierárquico quanto às atividades de seus subordinados.²¹⁶

No entanto, ainda é majoritária a doutrina que conclui, com base na interpretação do art. 84, IV, da Constituição, que somente o Chefe do Poder Executivo poderia emitir regulamentos para fiel execução das leis no ordenamento jurídico brasileiro.

Convém destacar que além da questão conceitual e da natureza dos regulamentos, há ainda a discussão sobre se estes poderiam restringir direitos inovando originariamente. O texto constitucional prevê²¹⁷ que só se está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de disposição legal.²¹⁸

Eros Grau analisa o princípio da legalidade, previsto no art 5º, II, da Carta Maior, *em termos relativos*, ou seja, essa 'legalidade' abrangeria também os atos normativos não legislativos, mas regulamentares. Dessa forma, nada impediria que, no exercício de função normativa, fossem definidas obrigações de fazer e não-fazer, desde que essa atribuição estivesse previamente definida em lei.²¹⁹

Há, contudo, aqueles que asseveram que, seguindo o princípio da legalidade, a Administração Pública não poderia criar obrigações ou impor restrições, pois essa

²¹⁵ CURVELO, A.S., RUARO, R.L. Op. cit., p. 114.

²¹⁶ BRUNA, S. V. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 87.

²¹⁷ Art. 5º, II, Constituição Federal.

²¹⁸ Imposições constitucionais e infraconstitucionais? Abrangeria também a força normativa dos dispositivos constitucionais, ou somente o que a lei formal determinar?

²¹⁹ GRAU, E.R. Op. cit., p. 246-251.

seria a função normativa primária do Legislativo, conforme previsão no art. 5º, II, da Lei Fundamental.

Aceitando a existência de somente regulamentos de execução no ordenamento brasileiro os doutrinadores se referem ao regulamento administrativo de modo geral como vinculado à lei.²²⁰ De acordo com Oswaldo Aranha os regulamentos seriam

*regras gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei [...].*²²¹

Celso Antônio Bandeira de Mello reafirma a mesma posição, sendo os regulamentos expedidos

*com a estrita finalidade de produzir as disposições uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.*²²²

Outros juristas defendem que há exceções para a edição de atos normativos com força de lei, previstas expressamente na Constituição, mas essas exceções “tão-somente confirmam a regra de que a criação de direitos e obrigações exige lei ou ato com força de lei”.²²³

*Se órgãos de natureza administrativa pudessem editar normas, sem amparo em leis gerais e abstratas, concedendo privilégios ou criando condições especiais [...], inovando (a ordem jurídica), de nada adiantaria a consagração do princípio da legalidade*²²⁴.

Embora ambos sejam normas, apenas a lei – ato normativo originário – tem o poder de inovar originariamente no ordenamento jurídico, revelando-se como fonte

²²⁰ “Deve ser registrado que a vinculação da Administração para com a lei não é um mero ato formal de relação de poder entre os entes públicos e o Parlamento. [...] o princípio da legalidade visa às relações entre os atos administrativos e as leis, organicamente funcionando como um fio condutor entre Administração e Poder Legislativo. [...] a lei está destacada da Administração, não podendo ser modificada, senão por outra ação legislativa.” GUERRA, G. M. **Princípio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. [et al.] O poder normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 116.

²²¹ MELLO, O.A. B. Op. cit., p. 342.

²²² MELLO, C. A. B. Op. cit., p.296.

²²³ CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. Op. cit.

²²⁴ TAVARES, A. R. **Direito Constitucional...**, p. 372.

primária do direito. Já o regulamento não altera a lei, apenas a desenvolve e a explica, sendo fonte secundária do Direito.

Diógenes Gasparini critica a concepção de impossibilidade de inovação pelo regulamento, afirmando que

[...] não apenas a lei, mas inclusive o regulamento inova a ordem jurídica. E deve, afinal, inová-la 'sob pena de repetir a lei e se tornar inútil. ²²⁵

Clèmerson Clève pondera as duas posições, afirmando que apenas a lei inova originariamente na ordem jurídica, criando direitos e obrigações e restringindo a liberdade e a propriedade dos administrados, enquanto o *regulamento poderia inovar a ordem jurídica de modo derivado e subordinado à lei*, sem a autonomia de inovar originariamente. Na ordem jurídica brasileira não haveria matéria reservada ao regulamento, pois em princípio todas as matérias seriam disciplinadas pela lei ²²⁶.

A posição defendida por Clève, Sarlet e Streck considera outros aspectos distintos entre a lei e o regulamento, no sentido de que

o que distingue o conceito de lei do de outros atos é a sua estrutura e função. Leis têm caráter geral, porque regulam situações em abstrato; atos regulamentares (resoluções, decretos, etc.) destinam-se a concreções e individualizações. Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos à matérias com menor amplitude normativa. ²²⁷

De todo o exposto considere-se que, segundo a maior parte da doutrina brasileira, o princípio da legalidade pretende impedir que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação senão em virtude de lei, tendo em vista que esta reflete a expressão da vontade geral. Portando, a legalidade seria o limite a qualquer poder regulamentar na Administração Pública.

²²⁵ GASPARINI, D. Op. cit., p. 48.

²²⁶ CLÈVE, C.M. **Atividade legislativa...**, p. 280.

²²⁷ CLÈVE, C.M.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. Op. cit.

4.3. ATRIBUIÇÃO REGULAMENTAR NO CASO DO CNJ

Com a criação do Conselho Nacional de Justiça, a previsão constitucional da competência regulamentar²²⁸ e a repercussão de suas resoluções, tornou-se necessário rever a discussão sobre a amplitude do poder regulamentar conferido constitucionalmente à Administração Pública brasileira.

A essência da discussão está no parágrafo 4º, inciso I do art. 103-B da Constituição Federal:

*§4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo **expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência**, ou recomendar providências.*

Para André Ramos Tavares o CNJ não poderia possuir competência legislativa, ou seja, não pode inovar como a lei, pois a Constituição de 1988 não admite a delegação do poder legislativo e quem possui essa competência é somente o Poder Legislativo. Considera vedada a delegação de função normativa aos órgãos que não receberam originariamente tal competência com a Constituição de 1988, inclusive através de emendas constitucionais.²²⁹

José Adércio Leite Sampaio afirma que o poder regulamentar conferido ao CNJ importaria em disciplinar internamente o Judiciário, contudo, sem a possibilidade de inovar a ordem jurídica. Seria regulamento sob a forma executiva de leis, podendo torná-la mais exeqüível e operativa, mas sem alterar sua letra, restringir ou ampliar direitos e deveres não previstos taxativamente por ela.²³⁰

Para compreender de que forma esse poder regulamentar vem se desenvolvendo analisemos algumas de suas resoluções. A Resolução n. 07/2005 do CNJ, sem dúvida a que gerou mais polêmica, proibiu o nepotismo no Judiciário

²²⁸ §4º, I, art. 103-B, CF: “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário [...]: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência [...]”.

²²⁹ TAVARES, A. R. **Direito Constitucional...**, p. 370/75.

²³⁰ SAMPAIO, J. A. L. Op. cit., p. 277.

brasileiro, tendo como base 'legal' o cumprimento dos princípios da impessoalidade e da moralidade previstos no art. 37 da Constituição, ou seja, *expedida para explicitar o que já resultava da normatividade da Carta Maior.*²³¹ Desde logo obteve massiva aceitação pelo povo brasileiro, que condenava a prática de nepotismo na Administração Pública brasileira:

*De há muito, a sociedade tem se mostrado absolutamente contrária aos nefastos efeitos do nepotismo. Em todas as esferas, nos três Poderes, essa foi uma prática contumaz que dificilmente encontrou defensores. [Quando o] Conselho Nacional de Justiça editou uma resolução batizada de "anti-nepotismo" [...] ganhou rápida e uníssona aceitação no meio social.*²³²

De outro lado, essa Resolução foi extremamente criticada no mundo jurídico, pois indicou um rol minucioso das situações que caracterizavam o nepotismo, com base apenas em princípios constitucionais. Contestou Tavares a sua eficácia, afirmando que

*não obstante sua força moral, em que pese a invocação, pela própria Resolução, da necessidade de respeitar o princípio da legalidade, fere o Estado Constitucional e Democrático de Direito estabelecido, e por isso não pode ser tolerada juridicamente.*²³³

No entanto, ainda assim, muitos defenderam essa regulamentação, tendo como principal argumento o fato de essa interpretação consagrar a supremacia da Constituição e de seus princípios e conseqüentemente vincular irrestritamente o Poder Judiciário, *afastando qualquer possibilidade de nepotismo.* Permitiria, pois, que fossem respeitados os dispositivos constitucionais, a eles conferindo maior eficácia, evitando uma maior desmoralização e perda de credibilidade da Instituição.

Sustenta-se, conforme posição do STF, a possibilidade de o CNJ expedir resoluções tendo como fundamento a regulamentação de princípios constitucionais, se refere à competência propriamente constitucional conferida ao CNJ de zelar pelos

²³¹ Afirmativa retirada dos considerandos do CNJ na edição da Resolução n. 07/2005.

²³² CURVELO, A. S.; RUARO, R. L. Op. cit., p. 104.

²³³ TAVARES, A. R. **CNJ e CNMP: legisladores positivos?** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=224>. Acesso em: 18/08/2008.

princípios que devem reger a Administração Pública. A Constituição teria dotado o CNJ do poder de exigir o cumprimento de seu art. 37, tendo apenas sido observado restritamente o comando constitucional na edição dessa Resolução.

Após a edição da resolução anti-nepotismo a Associação Brasileira de Magistrados ingressou com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF para questionar os limites do CNJ editar resoluções. A questão central era se um ato administrativo regulamentar poderia inovar de forma originária no ordenamento jurídico brasileiro, como teria feito a Resolução n. 07/2005.

A decisão do STF sobre a constitucionalidade²³⁴ dessa resolução define que o fundamento de sua validade decorre diretamente de dispositivo constitucional.²³⁵ Seria a resolução do CNJ um ato normativo geral, abstrato, impessoal que se sujeitaria ao controle de constitucionalidade. Resta saber se o entendimento do STF se baseou na premissa de que o Conselho Nacional de Justiça poderia expedir regulamentos capazes de inovar originariamente, ou seja, regulamentos autônomos. Para alguns autores seria inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado os Conselhos em órgãos com poder equiparado aos do legislador.²³⁶ Ainda mais tendo em vista que a atuação dos membros do Judiciário já é regulada por leis específicas.

Além disso, antes de o STF afirmar a constitucionalidade da resolução, há ainda a questão de a Corte considerar tal resolução como objeto de ação direta de constitucionalidade. Clève afirma que os regulamentos são insuscetíveis de impugnação direta, 'posto constituírem verdadeiras leis materiais'. Dito isso faz a consideração de que raramente também poderiam ser impugnados através de ação direta de constitucionalidade, pois em regra envolvem questão de ilegalidade.

²³⁴ A decisão do STF de considerar como constitucional tal resolução vincula todas as instâncias inferiores de justiça, que devem observá-la. Portanto, a partir do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal o que estiver disposto na Resolução não pode mais ser impugnado.

²³⁵ Para Sampaio essa afirmativa de que a resolução n. 7 do CNJ decorreria de aplicação direta da Constituição seria um salto lógico, pois há realmente a previsão dos princípios da moralidade e da impessoalidade, mas há também a previsão de formas de recrutamento amplo para o serviço público. Na verdade, aceitou-se tal resolução tendo em vista o senso comum de dever proibir prática como a do nepotismo. É este o argumento que está implicitamente aceito. SAMPAIO, J. A. L. Op. cit., p. 283.

²³⁶ CLÈVE, C.M.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. Op. cit.

Somente os regulamentos que invadam matéria sob reserva absoluta do legislativo seriam questionados por controle concentrado de constitucionalidade.²³⁷

A partir dessa posição seria possível perceber que se ao admitir a análise da constitucionalidade tendo como objeto a resolução do CNJ, o STF já estaria considerando que tal resolução inovou a ordem jurídica, pois não bastaria a análise de tal regulamento conforme a legalidade.

De forma semelhante à Resolução anti-nepotismo, a Resolução n. 06/2005 do Conselho definiu os critérios de promoção por merecimento de magistrados a serem adotados pelos tribunais, *tendo por fundamento 'legal' a própria Constituição*. Conforme o artigo 1º do documento, a promoção por merecimento deverá ser decidida por voto aberto, fundamentado e realizado em sessão pública, observados os critérios objetivos definidos pela Constituição Federal:

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

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) [...]

e) [...]

f) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

A LOMAN em seu art. 80 já determinava que *lei* deveria regular o processo de promoção, contudo, tal iniciativa legislativa não se efetivou e desde então não havia nenhuma regulamentação determinando características específicas desse processo. As promoções acabavam concentradas nas *políticas dos tribunais*, e tal

²³⁷ CLÈVE, C.M. *Atividade legislativa...*, p. 287.

concentração possivelmente justificou a falta de iniciativa para um projeto de lei que modificasse a situação.²³⁸ Em seu artigo 4º, a Resolução estabeleceu que no prazo de 120 dias os tribunais deveriam editar atos administrativos disciplinando, por exemplo, a valoração objetiva de desempenho, produtividade e presteza no exercício da jurisdição para a promoção por mérito. Neste mesmo prazo, os tribunais deveriam informar o Conselho sobre a efetivação das mudanças.

Apesar de fundamental para que a transparência e o mérito tornem-se os alicerces da promoção de juízes por merecimento, o Conselho editou resolução sobre a matéria *em cumprimento direto à Constituição Federal*. Após acolher requerimento da AMB sobre o assunto, o órgão decidiu que a regra foi fixada anteriormente pelo artigo 93 da Constituição Federal, atuando administrativamente o CNJ apenas para especificar o seu conteúdo.

Realmente, o sistema do voto secreto e não fundamentado de promoções submetia o magistrado à posição humilhante de agradar para pedir votos, além de ser anti-democrática, uma vez que o poder ficava concentrado em uma minoria que dominava o tribunal. Contudo, nem por isso esse argumento – assim como o argumento da imoralidade do nepotismo na Administração Pública – legitimaria o CNJ a expedir regulamentos a partir de uma interpretação direta dos dispositivos constitucionais. Ainda mais que o art. 93 da Carta Maior especifica que tal matéria deverá ser regulada por iniciativa legislativa do próprio Supremo Tribunal Federal.

Esta também é uma consideração com relação à Resolução n. 11/2006 do Conselho que regulamentou outra previsão do art. 93, dispondo sobre o inciso I e sua aplicação aos concursos públicos para ingresso na magistratura de carreira:

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

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

²³⁸ Art. 80, Loman: A lei regulará o processo de promoção, prescrevendo a observância dos critérios de antigüidade e de merecimento, alternadamente, e o da indicação dos candidatos à promoção por merecimento, em lista triplíce, sempre que possível.

Havendo a necessidade de estabelecer regras e critérios gerais e uniformes, enquanto não fosse editado o Estatuto da Magistratura, para permitir que os Tribunais adotassem providências de modo a compatibilizar suas ações com tal previsão constitucional, na tarefa de seleção de magistrados, o Conselho se adiantou e editou a Resolução, considerada *fundamental para fazer cumprir a Constituição*. Além disso, teria considerado os inúmeros pedidos realizados para que o CNJ, como órgão administrativo do Judiciário de âmbito nacional, indicasse qual o alcance da norma constitucional, especificando as suas possibilidades de implantação.

Dessa forma, interpretando-se o dispositivo constitucional, a finalidade seria exigir três anos de atividade na área jurídica ao indivíduo formado em Direito, ou seja, ao Bacharel, conforme se verificou analisando os estudos realizados no Congresso Nacional quando da aprovação da E.C. n. 45/2004. A Resolução n. 11/2006 teria regulamentado a noção de atividade jurídica nesse sentido, buscando estabelecer regras e critérios gerais e uniformes quanto ao tema, *uma vez que tal assunto ainda não consta do Estatuto da Magistratura*, que deveria o STF regulamentar.

Cabe reafirmar que o art. 93, *caput*, da Constituição Federal impõe que Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios. Estabelecida esta premissa, relembre-se que Carta Magna também dispõe sobre a competência do CNJ, a ele atribuindo a tarefa de *zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências*.²³⁹

No entanto, leia-se que ao CNJ

*não se cuida de regulamentar a Constituição Federal, porém de regulamentar o Estatuto da Magistratura, no intuito de lhe garantir o devido cumprimento. Por outras palavras, a incumbência de regulamentar o dispositivo constitucional referente ao que é atividade jurídica é, prima facie, do STF, mediante lei complementar.*²⁴⁰

²³⁹ Art. 103-B, §4.º, inc. I, Constituição Federal.

²⁴⁰ ANDREATO, D. **A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 952, 10 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7942>>. Acesso em: 10/05/2008.

Logo, tratar-se-ia de violação ao princípio da legalidade, vez que a Constituição não teria cometido ao CNJ a função de regulamentar o seu art. 93, I, mas sim, em caráter inicial, ao STF, por meio de lei complementar. Muito mais do que apenas recomendar os Tribunais brasileiros quanto ao que viria a ser considerado atividade jurídica e os marcos inicial e final para o cômputo dos três anos, o CNJ editou resolução com força de lei.

*Essa resolução deveria ser lida como se recomendação fosse, ante a sua impossibilidade jurídica de ser tratada como resolução propriamente dita, em face da ilegitimidade do CNJ para disciplinar dispositivo constitucional. E lida como recomendação, não é impositiva, não é de pronto acatamento; apenas orientadora, somente uma diretriz.*²⁴¹

Na verdade o maior problema está na previsão de que o requisito dos três anos deve ser comprovado no momento da inscrição do concurso, contrariando a posição dominante do Superior Tribunal de Justiça que já tinha sedimentado sua posição na Súmula n. 266, ao dispor que:

o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.

A expressão em destaque deveria ser compreendida como *requisitos necessários para a investidura no cargo*, ou seja, o momento adequado para aferição dos correspondentes requisitos seria na data da posse. Interessa que o candidato ao posto público esteja apto a nele ser investido na ocasião do efetivo ingresso. Portanto, com o novo critério proposto pelo CNJ restaria violado o princípio da isonomia²⁴², pois serão aplicados critérios distintos para todos os outros concursos públicos, que exigem a comprovação dos requisitos quando da posse do candidato.

As decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria dos regulamentos têm sido mais amplas do que a visão da doutrina majoritária permitiria alcançar. Admitem a interpretação do que dispõe o art. 103-B, §4º, I, da Constituição, como se o poder regulamentar do CNJ *no âmbito de sua competência* alcançasse a disciplina direta dos dispositivos constitucionais. Dessa forma, não haveria violação ao

²⁴¹ ANDREATO, D. Op. cit.

²⁴² Idem.

princípio da legalidade e à atuação do Legislador, ainda mais porque as resoluções do CNJ somente vinculam os membros do Poder Judiciário, com exceção dos integrantes do Supremo Tribunal Federal.

Discute-se se essa interpretação do STF não permite que o CNJ edite regulamentos autônomos, pois a ele caberia regular dispositivos não apenas previstos no Estatuto da Magistratura, mas também os constitucionais, não se permitindo obviamente que regule matérias contrariando a lei.

Para Clève, Sarlet e Streck,

*qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em “poder de legislar”) advém da própria EC n. 45/2004. Fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma emenda constitucional para “delegar” a qualquer órgão [...] o poder de “legislar” por regulamentos. E com isto restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito.*²⁴³

Cabe refletir se a posição do CNJ como órgão constitucional poderia permitir que interpretasse a Constituição, concretizando seus dispositivos, sem deixar de considerar que os regulamentos, de modo geral, segundo a ordem jurídica brasileira não poderiam inovar.

O Chefe do Poder Executivo tem o poder regulamentar somente sobre as *matérias reguladas por lei* que ele deverá aplicar diretamente, conforme afirmativa de Clève. Nesse caso, *não seria possível expedir decreto para regulamentar a Constituição*, pois somente as leis que desenvolvem os comandos constitucionais, quando não suficientes executáveis, poderiam ser regulamentadas pela Administração Pública.²⁴⁴ Caberá ao Poder Legislativo a complementação dos referidos comandos, em virtude de expressa outorga constitucional. As leis que devam ser aplicadas pelo Poder Executivo e que desenvolvam os comandos constitucionais, poderão ser integradas normativamente mediante regulamento.²⁴⁵

²⁴³ CLÈVE, C.M., SARLET, I.W., STRECK, L.L. Op. cit.

²⁴⁴ CLÈVE, C.M. **Atividade legislativa...**, p. 282/3.

²⁴⁵ Op. cit., p. 283.

Sobre essa posição que considera a Constituição como fonte imediata dos regulamentos, sem a necessidade de previsão legal anterior, Canotilho pondera que

Hoje parece voltar a defender-se o princípio da legalidade típico do Estado administrativo: ele exige apenas a observância do princípio de preferência da lei e do princípio da reserva de lei nos casos em que é constitucionalmente imposta. [...] seria a própria Constituição a legitimar o governo como pólo normativo autônomo ao caracterizá-lo, simultaneamente, como órgão com poderes normativos e com poderes de direcção política. ²⁴⁶ Para Canotilho, ao se defender os regulamentos autônomos se está reivindicando um campo livre da administração, desvinculado do “direito”. ²⁴⁷

Dentro desse contexto, o estudo dos limites ao exercício da atividade regulamentar é de suma importância, tendo em vista que a inobservância desses limites vicia o regulamento, *tornando-o ilegal*. ²⁴⁸ Diferentemente do que ocorre em outros países - como a Constituição francesa, que prevê ‘campos normativos’ exclusivos para a atividade regulamentar - no Brasil, não existe matéria reservada para o exercício do poder regulamentar, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 não previu matéria tipicamente regulamentar. ²⁴⁹

Percebe-se que o princípio da legalidade revela-se como um verdadeiro limite ao exercício da atividade regulamentar. Isso porque, a Administração não poderia impor obrigações ou estabelecer restrições aos administrados através de regulamentos ou de quaisquer outros atos normativos secundários. Destarte, a atividade regulamentar é estritamente subordinada aos comandos legais, e o regulamento é ato normativo inferior e dependente de lei prévia que autorize sua edição.

Segundo Tavares a reserva de lei seria um princípio constitucional definidor das competências, entre o Legislativo e o Executivo. Somente a lei poderia inovar no ordenamento jurídico, contudo, haveria a possibilidade de o constituinte originário estabelecer expressamente exceções a essa regra. ²⁵⁰ Dessa forma, há a

²⁴⁶ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional...**, p. 840.

²⁴⁷ Para o autor ao se admitir a substituição da lei como fundamento do agir da administração, pela Constituição, abre-se o caminho para a *legalidade sem lei*. Idem, p. 838-840.

²⁴⁸ GASPARINI, D. Op. cit., p. 119.

²⁴⁹ CLÈVE, C.M. **Atividade legislativa...**, p. 280.

prevalência da atuação normativa do Legislativo, uma evolução da reserva legal para a reserva parlamentar:

*A reserva de lei é também, verdadeiramente, o atestado da predominância parlamentar no contexto do estado, ou seja, é uma reserva parlamentar de lei, resistindo às orientações que [...] pretendem desvalorizar o papel do parlamento nos nossos dias [...] imputando idêntica legitimidade democrática ao executivo.*²⁵¹

José Adércio Leite Sampaio reclama por prudência com relação ao entendimento jurisprudencial do STF sobre a amplitude do poder regulamentar do CNJ, pois, para ele

*o desvio de meios não se justifica pelos fins, os mais nobres que sejam, pois, no futuro, podem servir a outros propósitos e senhores. Não estamos a dizer que o Conselho não tenha acesso direto à Constituição nem a possa desenvolver. [...] o princípio da legalidade hoje deve ser lido como princípio da juridicidade [...], que inclui a Constituição. [...] Se a norma constitucional proíbe expressamente ou assim permite ou obriga, o CNJ a executar, concretizando seus comandos*²⁵².

Este autor se refere a uma nova dimensão do princípio da legalidade - como princípio da juridicidade - que permitiria conferir maior amplitude para a manifestação dos atos administrativos e para sua interpretação. A atividade administrativa poderia se basear em mais fundamentos do que apenas na lei formal, que é abarcada pelo princípio da legalidade.

Como entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, através do princípio da legalidade a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, ou seja, todos os atos do administrador dependem da lei e a Administração Pública não pode conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados.²⁵³ Contudo, de acordo com essa nova tendência considera-se como limite à atuação administrativa não somente a lei, mas também os princípios e dispositivos constitucionais.

²⁵⁰ TAVARES, A. R. **Direito constitucional...**, p. 380.

²⁵¹ CLÈVE, C.M., SARLET, I. W., STRECK, L.L. Op. cit.

²⁵² SAMPAIO, J. A. L. Op. cit., p. 280.

²⁵³ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 67/8.

No entender de Germana de Oliveira Moraes, a constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, conduzindo à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita.²⁵⁴ Legalidade não seria mais, portanto, o princípio soberano. Aponta Gustavo Binbenbojm que a atividade administrativa realiza-se, via de regra:

*segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei.*²⁵⁵

No entanto, apesar da alegação de uma nova dimensão da legalidade, os regulamentos expedidos pelo CNJ continuariam não podendo ter força de lei, mesmo se baseando na Constituição como fonte primária de direito, pois ainda constituiriam atos normativos secundários. A lei continuaria sendo o fundamento do poder regulamentar, mas sob a perspectiva da juridicidade – abrangendo os dispositivos constitucionais.

Propõe essa doutrina, portanto, que a legitimidade do comportamento administrativo não estaria apenas na formalidade de normas jurídicas. A lei não é considerada como a única fonte do Direito, de modo que o administrador público não se submete apenas a ela, mas ao Direito como um todo, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não somente a lei formal.

A partir desse enfoque a conformidade dos regulamentos com o ordenamento jurídico poderia ser verificado através da compatibilidade com a Constituição somente, sem necessidade de anterior previsão da matéria em lei, e nem por isso se estaria inovando originariamente.

²⁵⁴ MORAES, G. de O. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 1ª ed., São Paulo: Dialética, 1999, p. 24.

²⁵⁵ BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

Mesmo afirmando concordar com essa nova dimensão da legalidade, José Adércio Leite Sampaio pondera que

*difícil é aceitar que de princípios abertos se possam extrair vedações que não se encontrem positivadas em lei ou reconhecidas pela jurisprudência.*²⁵⁶

Para esse autor cabe primordialmente ao Legislador concretizar e interpretar os princípios constitucionais, restringindo a atuação da administração à execução de tais normas, sem, contudo, poder inová-las. O fato de o CNJ ter o dever de zelar pelos princípios que devem reger a Administração Pública, previstos no art. 37 da Carta Maior, permite implicitamente que esse órgão utilize os meios necessários para realizá-los. Poderia, por exemplo, o CNJ declarar inválido um ato administrativo que violasse tal princípio. No entanto, não estaria aí abarcada a hipótese de disciplinar abstratamente a hipótese, atingindo todos os atos administrativos sujeitos a esse controle de uma só vez.

Segundo José Adércio Leite Sampaio a instrumentalidade, facilitada com tal medida, não justificaria nem autorizaria a normatividade primária do Conselho. Adverte o autor que devemos nos manter cautelosos com a argumentação de que uma resolução administrativa poderia *interpretar e concretizar diretamente os dispositivos da Constituição*. A interpretação de um administrador é muito mais restrita do que a de um juiz ao aplicar tais normas ao caso concreto:

*Em princípio, quem administra não pode nada do ponto de vista jurídico, pois está preso à legalidade positiva. Dir-se-á que ele também deve obediência antes à Constituição que as leis, então fará o que a Constituição diz que tem de fazer e, hierarquicamente, determinará o respeito fiel ao texto constitucional. Como agirá nessa situação é um outro problema, especialmente diante de princípios, cuja leitura [...] é, em geral, aberta.*²⁵⁷

Ao menos no exercício de sua atribuição normativa ao administrador não caberia julgar discricionariamente qual a amplitude desses princípios, em virtude de exigência do Estado Democrático de Direito, devendo-se pautar pela lei. José Sampaio não afirma ser inconstitucional a Resolução anti-nepotismo, mas relativiza

²⁵⁶ SAMPAIO, J. A. L. Op. cit., p. 281.

²⁵⁷ Idem, p. 283/4.

o argumento de ela decorrer diretamente de interpretação de princípio constitucional, pois apenas teria explicitado regra já presente em algumas leis²⁵⁸ e na jurisprudência de alguns tribunais. Contudo, alerta que

*se reconhecermos ao Conselho atribuição para inovar a ordem jurídica, por a ele afetarmos o poder de ir às razões morais [...] estaremos ou dando-lhe função legislativa de construção ou função jurisdicional de reconstrução (limitada) das razões.*²⁵⁹

O espaço em que poderia atuar um órgão administrativo não é considerado tão amplo para o autor, pois ao administrar é admitida a aplicação da Constituição, porém respeitando os limites que a ela foram dados pelo legislador ou pela jurisprudência.²⁶⁰

4.4. FUNDAMENTO DO PODER REGULAMENTAR DO CNJ

Sendo ato administrativo normativo, o ato regulamentar é subjacente à ‘lei’ e deve pautar-se nos limites desta. Sob visão teórica realmente é possível distingui-lo da lei, por lhe faltar novidade. Contudo, na prática, os regulamentos acabam contendo ‘novidades’, embora de forma diversa, tidas pelo administrador como obrigações que pretendem complementar a lei que lhe deu origem. Tal afirmação pretende demonstrar que nem sempre é possível conferir na prática se tal matéria poderia realmente ser objeto de poder regulamentar. Além disso, tanto os atos regulamentares como as leis são caracterizados pela generalidade e abstração²⁶¹,

²⁵⁸ Como no art. 177, VIII, da Lei n. 8.112/1990, que rege o serviço público federal; e o art. 10 da LEI N. 9.421/1996, que regula a Justiça Federal.

²⁵⁹ SAMPAIO, J.A.L. Op. cit., p. 286.

²⁶⁰ Idem, Ibidem.

²⁶¹ Para Clève, Sarlet e Streck o cerne da disposição sobre os atos regulamentares teria como objetivo específico o controle “externo”, abrangendo as situações concretas que possam surgir na administração da justiça. Para esses autores seria inconcebível em um Estado Democrático de Direito um órgão administrativo “expedir atos [...] com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos”. Os chamados atos regulamentares do Conselho são vistos, a partir da visão desses autores, como atos de fiscalização administrativa, apenas podendo regular situações concretas. O Conselho, portanto, enfrenta duas limitações na edição das resoluções: a reserva de lei²⁶¹, não podendo editar regulamentos com caráter geral e abstrato; e a impossibilidade de afetar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que também se sustentaria na reserva de lei. CLÈVE, C.M.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L. Op. cit.

gerando confusões no momento de definir a extensão que a lei conferiu ao regulamento e qual o ponto que o regulamento pretendeu alcançar.

A natureza da atribuição regulamentar do CNJ se equivale aos regulamentos previstos no art. 84, IV, da Carta Maior, a serem expedidos pelo Chefe do Executivo, devendo servir para dar *fidel execução à lei*. Caberia ao Conselho apenas regulamentar disposições legais já existentes, emanando atos normativos secundários, *sem força de lei*.²⁶² O poder regulamentar do CNJ, portanto, não afronta o previsto para o Poder Executivo. O fundamento positivo para defender a legitimidade de o Conselho Nacional de Justiça, como órgão da Administração da Justiça, poder expedir atos regulamentares é retirado da própria Constituição (art. 103-B, §4º, I, CF).

No entanto, não há ainda uma lei que discipline essa previsão constitucional de o CNJ poder expedir regulamentos.²⁶³ O *âmbito de sua competência* se deduz das áreas às quais o CNJ se dedica a fiscalizar e controlar, contudo, é muito vago e amplo. Os parâmetros das resoluções deveriam ser definidas pelo Legislativo, a ele cabendo fixar as linhas dentro das quais o ato regulamentar poderia ser produzido – se poderia regulamentar diretamente os dispositivos constitucionais nos assuntos da administração do Judiciário, ou não.

Ao considerar constitucional a possibilidade de o Conselho expedir resolução com fundamento único na Constituição, sem previsão em lei formal, o Supremo Tribunal Federal concedeu aval a tal hipótese. Como é a única instância que acaba analisando os atos do Conselho, é do Supremo a palavra final sobre essa questão, mesmo que maior parte da doutrina critique essa possibilidade, por ir além da construção doutrinária sobre os limites dos regulamentos no direito brasileiro.

Considerando como função primordial e essencial - para a qual foi sistematizado um órgão como o CNJ - a questão do planejamento de estratégias para aprimorar a atuação do Judiciário brasileiro, o poder regulamentar permite que,

²⁶² TAVARES, A.R. **Direito constitucional...**, p. 384/5.

²⁶³ Diferentemente, sobre o poder regulamentar do Conselho da Magistratura na Argentina há uma lei especificando as peculiaridades e os detalhes dessa atribuição. Permite-se que o Conselho edite normas para se organizar internamente e normas que permitam organizar a administração, as estatísticas, as finanças e a logística do Judiciário como um todo. Não cabe a ele, porém, interferir no governo do Judiciário nem na tramitação de processos. No sistema espanhol também há na lei orgânica do Judiciário disciplina sobre quais as matérias e os limites do poder regulamentar do CGPJ. A lei especifica inúmeras peculiaridades para não deixar dúvidas sobre o espaço regulamentar, evitando que ele interfira no campo normativo da lei. SAMPAIO, J. A. L. Op. cit., p. 278/9.

após os estudos demonstrarem as complexidades e peculiaridades dessa estrutura em todo o país, realmente seja possível concretizar mudanças efetivas.

Essa atribuição capacita o CNJ a atuar de forma mais ativa e com mais força, pois como órgão de administração da justiça nacional pode centralizar e uniformizar alguns aspectos dessa estrutura, reduzindo as práticas excessivamente burocráticas mantidas pelos tribunais. Considere-se totalmente necessário e relevante esse poder regulamentar, pois em alguns casos não bastam as instruções emanadas do CNJ e as recomendações de providências – as resoluções servem de instrumento para viabilizar modificações reais diante dos problemas inerentes à estrutura judiciária.

Ainda que o princípio da legalidade seja verdadeira norma fundamental ao Estado Democrático de Direito, é possível dizer que os regulamentos vinculam a Administração Pública, mesmo que não com intensidade semelhante às leis. Enquanto permanecerem em vigor, os regulamentos condicionam as atividades da Administração da Justiça que envolvam as matérias por eles reguladas. *Porém*, esses atos normativos, conquanto tenham força normativa, não podem ser equiparados a "*forças normativas primárias*", nivelados à lei.

Faz-se necessário observar os limites dessa atribuição, mas também é essencial que o Conselho utilize esse poder-dever para alcançar os objetivos constitucionais para os quais foi criado. De outra forma o CNJ se mantém como mais um órgão do Judiciário, criado para aumentar a burocracia e os gastos do orçamento, sem prestar contas à sociedade e nem concretizar mudanças que efetivamente afetem o acesso à justiça de forma positiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideradas as reflexões propostas nesse trabalho, pretende-se enfatizar a importância da criação de um órgão de controle e, principalmente, de gestão administrativa do Judiciário. Diante de um panorama de crise na prestação da tutela efetiva aos direitos fundamentais, como consequência de uma Administração da Justiça burocrática e centralizada nos tribunais bem como de um ineficiente controle disciplinar dos magistrados, por força de interesses corporativistas, a consequência foi a falta de credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

Diante desse processo de 'crise' na justiça brasileira, na tentativa de uma Reforma do Judiciário, criou-se o Conselho Nacional de Justiça, como órgão de gestão administrativa e fiscalização disciplinar de todo o Poder (com exceção dos membros do STF), em busca de novas possibilidades com a democratização de uma gestão mais transparente e aberta aos anseios da sociedade.

Dentre as competências atribuídas a esse órgão administrativo ao poder regulamentar deve-se conceder especial destaque, como o componente de maior relevância que permitirá que o Conselho alcance a sua finalidade. No entanto, logo que foram editadas as primeiras Resoluções, em virtude das repercussões polêmicas, foram questionadas a legitimidade, a natureza e o alcance desse poder regulamentar.

Em Ação Direta de Constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal julgou que a Resolução n.07/2005 do CNJ seria constitucional, com base no argumento de que a prática do nepotismo já seria diretamente vedada pela Constituição da República, sendo desnecessária a mediação legislativa. Dessa forma prevaleceu a tese de que o Conselho Nacional de Justiça estava autorizado a editar atos regulamentares com fundamento direto nos princípios constitucionais da Administração Pública. A partir dessa decisão o STF concedeu aval para a possibilidade desse novo órgão administrativo regulamentar diretamente a Constituição.

Considerando o que foi exposto sobre as resoluções do CNJ, esse órgão extrapola a sua condição de órgão administrativo ao buscar fundamento para seus regulamentos na Constituição? A Lei Maior não estaria inserida no princípio da legalidade, que deve orientar o administrador na atividade regulamentar?

Por ter sido criado recentemente não há ainda muita reflexão doutrinária sobre os limites à atribuição regulamentar do Conselho, especificamente. Por essa razão, fez-se necessário utilizar, para desenvolvimento desse trabalho, considerações do

Direito Administrativo sobre os regulamentos em geral, estabelecendo uma analogia do poder regulamentar do CNJ com a atividade normativa do Chefe do Poder Executivo.

A doutrina administrativa nacional aceita a existência de somente regulamentos de execução em nosso ordenamento – afora o decreto autônomo previsto no art. 84, VI, da Lei Maior, hipótese excepcional – e seu exercício deve se pautar nos limites que o princípio da legalidade impõe, ou seja, são tidos como vinculados à lei formal.

A questão que se estabelece é definida pela dimensão que pode ocupar o princípio da legalidade. Aos regulamentos de execução, como seria o caso da atribuição do Conselho, não caberia inovar originariamente na ordem jurídica. Mas qual o limite a ser respeitado para não transpor esse princípio que deve reger a atividade regulamentar?

Aparece, então, uma mudança na perspectiva do princípio da legalidade – vista como princípio da juridicidade - desenvolvendo a legalidade estrita para abranger a normatividade dos dispositivos constitucionais. Dessa forma, a atividade administrativa regulamentar resta ampliada para além do que está disposto na lei formal. De acordo com a juridicidade o fato de um regulamento disciplinar diretamente a Constituição não resultaria numa inovação à ordem jurídica, pois a Carta Maior também ocupa a posição de limite a essa atribuição.

Cabe refletir, portanto, se o desenvolvimento dessa teoria é compatível com o sistema jurídico brasileiro. Para a doutrina majoritária do Direito Administrativo se o regulamento não pretender desenvolver o que estiver disposto em uma *lei formal*, ele estaria inovando originariamente na ordem jurídica, pois não estaria assumindo sua posição secundária. Tal posição revela que esse regulamento se comporta como se regulamento autônomo fosse, e a Constituição de 1988 só admite que o Chefe do Executivo edite tais regulamentos, e em hipóteses específicas.

Ao Conselho Nacional de Justiça, por ser órgão constitucional, poderia ser conferido o poder de interpretar a Constituição e o alcance de seus dispositivos para regulamentá-los, como se Legislativo fosse? É essa a hipótese que é admitida pelo STF, ampliando consideravelmente as possibilidades desse poder regulamentar se manifestar, além do previsto no Estatuto da Magistratura.

A questão central consiste em observar qual a importância desse poder conferido ao CNJ e os efeitos que pode gerar em todo o Poder Judiciário, dependendo quais os interesses envolvidos e quem forem os membros a atuarem

no desenvolvimento desses regulamentos. Não há justificativa jurídica para ponderar se seria admissível ou não, no sistema jurídico brasileiro, um ato normativo secundário do CNJ inovar originariamente na ordem jurídica. Não há como igualar a produção normativa da lei com o desenvolvimento dos regulamentos em âmbito administrativo.

Essas resoluções podem até garantir grandes transformações na estrutura da justiça, como a extinção da possibilidade do nepotismo, contudo, pode não pode deixar de atender aos preceitos do Estado Democrático de Direito, como a observância dos limites ao poder inovador dos regulamentos. A necessidade pleiteada de um sistema eficaz na tutela dos direitos, porém, implica que este se modernize e se adeque às novas necessidades da celeridade e do acesso à justiça, garantidos constitucionalmente. A criação do Conselho se deve à idealização de um modelo de justiça que assegure maior transparência e agilidade, mas certamente para que certas diretrizes propiciem mudanças de forma adequada será a atribuição regulamentar que servirá de instrumento.

Fixada essa premissa é inegável que o CNJ pode e *deve* utilizar esse ‘poder’ para solucionar problemas inerentes à estrutura judiciária. De outro modo, o CNJ se mantém como mais um órgão do Judiciário, criado para aumentar a burocracia e os gastos do orçamento, sem prestar contas à sociedade e nem concretizar mudanças que efetivamente afetem o acesso à justiça de forma positiva. Ou ocupará mero papel formal no sistema – como na maioria das experiências estrangeiras, como o criticado sistema espanhol – sem efetivar um maior alcance dos resultados propostos pela reforma de 2004. Muito além de um órgão de controle disciplinar dos membros de todo o Poder Judiciário, deve-se atribuir maior importância para o Conselho como órgão que possa aprimorar as estruturas judiciárias, refletindo conseqüentemente na prestação jurisdicional. Sua atuação deve ser muito mais pró-ativa do que repressiva.

Diante das circunstâncias não basta confirmar a atuação do CNJ conforme a lei. É preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar – *na medida dos limites de seu poder* – a solução que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

No contexto do Judiciário, não podemos ignorar que *há problemas* que precisam ser corrigidos logo - é fato incontestável a clamorosa ineficiência e

morosidade na prestação jurisdicional. Esse processo precisa ser revertido e um dos instrumentos para essa reversão está no aprimoramento da Administração da Justiça – que se torna mais real e possível com as atuações efetivas e constantes do Conselho na busca de soluções, podendo ser considerado legítimo *desde que respeite os limites de suas atribuições e a legitimidade para os quais fora criado*.

A criação do Conselho Nacional de Justiça não representa a solução total para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Obviamente são necessárias outras medidas complementares, como reformas legislativas e discussões sobre as burocracias ainda inerentes à estrutura. Ainda assim, sua atuação nesses primeiros anos após sua criação tem sido convincente²⁶⁴, com vistas à concretizar o compromisso constitucional de ser um meio de diálogo da estrutura judiciária com a sociedade e um instrumento necessário à democratização da Justiça.

Não há pretensão, nesse trabalho, de esgotar as complexidades e as possibilidades de debate sobre qual pode ser considerado o limite ao poder regulamentar do CNJ. Portanto, cabe lembrar que há sempre um espaço para novas reflexões, principalmente porque a criação desse órgão é muito recente e sua atuação na edição de Resoluções é constante. Pretende-se reafirmar a importância de refletir de que modo se desenvolveu e se desenvolverá esse poder, tendo em conta a necessidade de o CNJ assumir os compromissos de sua idealização bem como quais os caminhos traçados para que tais objetivos sejam alcançados.

²⁶⁴ UCHÔA, M. R. *Controle do Judiciário...*, p. 14.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **O Controle Externo do Poder Judiciário: uma visão crítica sobre o tema.** Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n.15, abr.-jun 1996, p. 149-159.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Decreto autônomo: questões polêmicas.** Revista jurídica virtual vol.4, n.49, junho/2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_49/index.htm. Acesso em: 22/09/2008.

ANDREATO, Danilo. **A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 952, 10 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7942>>. Acesso em: 10/05/2008.

BARBOSA, Cláudia Maria. **O Supremo Tribunal Federal e as condições de independência do Poder Judiciário brasileiro.** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 4, ano 2003, p. 43-62.

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça.** Interesse Público, ano 6, n.30, março/abril de 2005. Porto Alegre: Notadez, p.13-38.

_____. O controle externo é favorável ao Judiciário. **Folha de São Paulo**, 15/02/2004, p. A3.

_____. **Temas de Direito Constitucional.** Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BATISTA, Nilo. **Notas sobre o controle externo do Poder Judiciário.** Revista da EMERJ, v.7, n.28, 2004, p. 41-46.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10/07/2008.

BROCKMANN MACHADO, Mário. **Separação dos poderes e controle externo do Judiciário**. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 3, n.9, out /dez 1994, p. 8-22.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

_____. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra Editora, 1991.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. **A fiscalização do Judiciário por órgão externo**. RT n.719, setembro 1995, ano 84, p.329-342.

_____; TREVISAN, Carlos Henrique Miguel. **Controle externo do Poder Judiciário**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 38, dez. 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **O direito em relação (ensaios)**. Curitiba: Veja, 1983.

_____. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luis. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público**, 2006. Disponível em: <http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos/artigo-conjunto-completo-clemerson-lenio-ingo-2005.doc.doc>. Acesso em: 06/2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Abertura de crédito- nulidade de cláusula contratual**. Revista de Direito Mercantil, n. 3, Ano X, 1971, p. 59-63.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ estuda a independência financeira dos tribunais**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4096&Itemid=167. Acesso em: 12/07/2008.

_____. **Código de Ética da Magistratura**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=67828. Acesso em: 30/08/2008.

_____. **O Barômetro da Confiança**. Publicado no Correio Braziliense - 17/06/2008, n. 29. Disponível em: http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4226&Itemid=129. Acesso em: 15/07/2008

_____. **Prestação de contas de 2007 do CNJ**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3900&Itemid=251. Acesso em: 18/08/2008.

COSTA E SILVA, José Ajuricaba da. **Controle da atividade judicial**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 75-78.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CURVELO, Alexandre Schubert; RUARO, Regina Linden. **O poder regulamentar (autônomo) e o Conselho Nacional de Justiça – algumas anotações sobre o poder regulamentar autônomo no Brasil**. RT-858, ano 96, abr.2007, p. 103-129.

DALLARI, Adilson Abreu. **Controle compartilhado da Administração da Justiça**. Revista jurídica virtual. Brasília, vol. 7, n. 73, junho/julho 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/index.htm. Acesso em: 22/09/2008.

_____, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Avanços do controle externo do Judiciário. **Jornal Valor Econômico**, 21/06/2004. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2004/73/. Acesso em: 13/03/2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. rev. e ampl. Trad.: Ana Paula Zomer Sica [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA, William Lopes da. **O controle social do Poder Judiciário, a independência da magistratura e o caráter político da função jurisdicional**. RT n. 841, novembro 2005, ano 94, p. 87-117.

FRANÇA, **Constituição**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm>. Acesso em: 08/07/2008.

FREITAS, Juarez. **Agência Nacional dos Transportes Aquaviários. Princípio da segurança jurídica. Exigência de menor precariedade possível de relações de administração**. Revista de Interesse Público 20, Notadez, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARCIA, Emerson. **O Conselho Nacional do Ministério Público: primeiras impressões**. RT-836, ano 94, jun.2005, p.34-48.

_____. **Integração de eficácia da Emenda Constitucional n. 45/2004. A iniciativa legislativa na regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público**. Revista de Direito Administrativo, vol. 240, abril/junho 2005, p. 217-224.

GENOÍNO, José. **Emenda Constitucional de controle do Judiciário: proposta de Emenda à Constituição N. 112 de 1995**. Disponível em: http://www.genoino.org/1982_2002_ver.php?idOutro=477. Acesso em: 13/05/2008.

_____. **O controle externo do Poder Judiciário e a questão democrática**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/respostagens/x/16/33/163/>. Acesso em: 14/03/2008.

_____. **O controle externo do Poder Judiciário e a questão democrática**. In: GUERRA, Glauco Martins. Princípio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. [et al.] O poder normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91-123.

GIMENES, Monnalise. **A constitucionalidade do controle do poder judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/Monnalise%20Gimenes.pdf. Acesso em: 12/03/2008.

GOMES, Luiz Flávio. **A Questão do controle externo do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed. ,1993.

_____. **Controle Externo do Poder Judiciário**. RT n.668, junho 1991, p. 231-236.

_____. **Poder Judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 79-92.

GONCALVES NETO, Alfredo de Assis. **Órgão de controle do Poder Judiciário (proposta da Ordem dos Advogados do Brasil)**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba, 1993, vol. 22, p. 217- 228.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Conselho Nacional de Justiça e controle externo: roteiro geral**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 191-200.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA, Glauco Martins. **Princípio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. [et al.] O poder normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91-124.

KREBS, Fernando Aurvalle (org.). **A reforma do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 1998.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **O Poder Judiciário e a Reforma Constitucional – Controle externo do Judiciário: na fracassada experiência europeia, uma lição para o Brasil**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 35/2001, p.145-150.

LIMA, Jarbas. **A reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados**. In: KREBS, Fernando Aurvalle (org.). A Reforma do Poder Judiciário. Curitiba: Juruá, 1998, p. 110-144.

LORENZONI, Eduardo Kurtz. **CNJ decide que acordos passam a valer como sentença**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=8240&arg=cnj>. Acesso em: 20/03/2008

_____. **Um ano de CNJ**. Revista de Direito Administrativo, vol. 244, jan/fev/mar/abr 2007, p. 111-124.

MARQUES, Luiz Guilherme. **O Conselho Nacional de Justiça e o aperfeiçoamento da ação administrativa e financeira dos tribunais**. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=727. Acesso em: 10/07/2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo (Curso de processo civil, v.1)**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTÍN, Nuria Belloso. **El control Democrático del Poder Judicial em España**. Curitiba: Universidad de Burgos/ Moinho do Verbo, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol. 4, tomo I. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. In: BOTTINI, Pierpaolo e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm, coord. Reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 87-97.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Reformas Administrativa – Previdenciária – do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. vol. I, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. Atuação do Conselho Nacional de Justiça tem sido benéfica para o Poder Judiciário: união pelo fortalecimento. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 25/03/2006. Tendências e debates. Disponível em: http://www.cnj.gov.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=52. Acesso em: 20/05/2008.

_____. **Colocações e citações feitas no evento “Reforma do Judiciário – Aspectos relevantes e perspectivas”**. Realizado no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Largo de São Francisco n. 95, 19/05/2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/reportagens/x/16/33/163/>. Acesso em: 19/04/2008.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, 1ª ed. São Paulo: Dialética, 1999.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Conselho Nacional de Justiça e controle externo do Judiciário**. Jus Navegandi, ano 9, n. 718, 23/06/2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6920>. Acesso em: 10/04/2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público: proposta de divisão ou concentração de poderes?** RT-783, jan.2001, ano 90, p. 85- 114.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir. **História da Justiça no Brasil. Corregedoria, aspectos históricos. Controle disciplinar da Magistratura. Reforma constitucional e Conselho Nacional de Justiça.** In: PASSOS DE FREITAS, Vladimir (coord.). Corregedorias do Poder Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17-47.

_____. **Conduta administrativa.** Disponível em: <http://www.ajufesp.org.br/paginas.php?id=14>. Acesso em: 18/08/2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, ano 43, n. 172, out/dez 2006. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_172/R172-11.pdf. Acesso em: 27/09/2008.

PEREIRA DE CASTRO, Carlos Alberto. **Pesquisa revela desconhecimento do Judiciário pela população.** Disponível em: <http://carlosalbertocastro.wordpress.com/2008/06/11/pesquisa-revela-desconhecimento-do-judiciario-pela-populacao/>. Acesso em: 12/07/2008.

PISKE, Oriana. **Legitimação democrática do Poder Judiciário.** Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/artigo%20-20Legitimação%20democrática%20do%20Poder%20Judiciário.doc>. Acesso em: 17/08/2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Valores fundamentais da reforma do judiciário.** Revista do Advogado, São Paulo, n. 75, abr.2004, p. 78-81.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. **A reforma do Poder Judiciário sob a ótica do Governo Federal.** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 5, ano 2004, p. 423-431.

RIBAS FILHO, Thiago. **O controle externo do Poder Judiciário.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53-64.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **O Poder Judiciário: algumas reflexões**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31-52.

_____, Zulaiê Cobra; ARBEX, Sergei Cobra. **A urgente reforma do Poder Judiciário e o seu imprescindível controle externo**. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 75, abr. 2004, p. 104-106.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Douglas A. **Ética, moralismo e codificação da Ética pelo Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/ambdebate/artigo_detalhe.asp?imprimir=18art_id=697. Acesso em: 10/07/2008.

SABBATO, Luiz Roberto. **Judiciário-Controle externo- Aspectos constitucionais- mecanismo admissível nos países que adotam a bipartição do poder- inconstitucionalidade no Brasil- experiência francesa- origem- evolução- desmantelamento do Judiciário- infiltração política- esforço de recuperação- Brasil na contramão da história**. *RT* n. 820, fevereiro/2004, ano 93, p. 91-97.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. **Conselho Superior da Magistratura – a experiência portuguesa**. *LEX* n.264, ano 22, dezembro 2000, p. 5-7.

SILVA, Carlos Medeiros. **O poder regulamentar e sua extensão**. *Revista de Direito Administrativo*, vol.20, abril-junho 1950, p. 1-5.

SILVEIRA, José Néri. **Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (coord.) *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1-22.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Administração Judiciária e Organização Judiciária**. *Revista EMERJ*, vol. 8, n. 29, 2005, p. 51-75.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas**. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____. **CNJ e CNMP: legisladores positivos?** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=224>. Acesso em: 18/08/2008.

_____. **Conselho Nacional de Justiça. Um balanço de seus dois primeiros anos**. Prática Jurídica, Brasília, v. 64, jul. 2007, p. 46.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A formação e o aperfeiçoamento do magistrado contemporâneo**. RT n. 746, v. 86, dez. 1997, p. 28-35.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 13.ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da Magistratura: uma proposta**. Revista de Direito Administrativo, n. 195, jan/mar 1994, Rio de Janeiro, p. 9-23.

_____. **Do poder regulamentar**. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1983, vol. 65, p. 39 a 76.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3.ed.rev.e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. **A Reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”**. Revista do Advogado, São Paulo, n.75, abr.2004, p. 28-33.

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

ZVEITER, Waldemar. **O controle do Poder Judiciário**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 65-74.