

Publicidade e Motivação das Deliberações Administrativas dos Tribunais Brasileiros Segundo o Conselho Nacional de Justiça

Paulo Sérgio Prestes dos Santos*

Rogério de Oliveira Souza*

Sumário

1. A Transparência dos Atos Estatais sob os Auspícios da Emenda Constitucional nº 45/2004. 2. Do Controle de Legalidade pelo Conselho Nacional de Justiça Quanto aos Atos Administrativos Praticados no Processo de Preenchimento de Vagas nas Cortes Brasileiras. 3. Do Sistema Constitucional de Defesa da Publicidade dos Atos Decisórios. 4. Da Fundamentação das Escolhas dos Nomes que Ocuparão Vagas nos Tribunais. 5. Conclusão.

1. A Transparência dos Atos Estatais sob os Auspícios da Emenda Constitucional nº 45/2004

A exigência de transparência plena do Estado como elemento de afirmação do ideal democrático, em que a publicidade restritiva deve ser uma apertada exceção, há de ser constantemente implementada e aperfeiçoada. Este dever estatal de conferir acesso às informações viu-se reforçado em meio à Reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou o texto do art. 93, X da Carta da República para determinar que as decisões administrativas dos tribunais sejam proferidas em sessão pública — a redação anterior se limitava a estabelecer apenas que as decisões seriam motivadas.

A publicidade, já dizia Kant, é elemento que integra a noção de República, e que permanece até hoje como desafio das sociedades na efetivação de um governo que se pretenda republicano. Em suas palavras, “Todos os atos respeitantes ao direito de outros homens, cuja máxima não é compatível com a publicidade, são injustos”.¹

Certo é que a noção principiológica de publicidade não pode se limitar aos atos processuais até porque, se há um direito fundamental à informação e, por extensão

* Paulo Sérgio Prestes dos Santos é desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e autor do Procedimento de Controle Administrativo nº 0003491-88.2013.2.00.0000, julgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 02/06/2016.

* Rogério de Oliveira Souza é desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e autor do Procedimento de Controle Administrativo nº 0003491-88.2013.2.00.0000, julgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 02/06/2016.

¹ KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf*. Darmstadt, p. 204 apud CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

à publicidade dos atos estatais, a implementação desse direito deve se orientar pelo critério da máxima efetividade.

Há que se ter claro que em meio a um Estado Democrático Constitucional de Direito o princípio da publicidade tem o condão de agir, ao mesmo tempo, como limitador e como meta da atuação da administração pública (na qual inegavelmente se insere a feição administrativa do Poder Judiciário). E se assim o é, está a publicidade a controlar o poder outorgado ao administrador, pois o ato que desbordar seus limites será de todos conhecido, como também está a legitimar seu comportamento, na medida em que a transparência viabiliza o referendo dos atos praticados.

Nesta ordem de ideias, exigir publicidade significa, como bem assentado pela eminente Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, conferir:

certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambiguidade diante das práticas administrativas conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento de confiança que o cidadão tem que depositar no Estado.²

E assim deve ser também em relação às decisões administrativas de um tribunal. Em recente julgamento, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi chamado a se manifestar acerca da utilização, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de um mecanismo eletrônico, constituído por uma pequena máquina manual conectada por um sistema *wireless* a um computador central e a um telão, por meio da qual os desembargadores votavam nas deliberações do Tribunal Pleno, aí incluídas as indicações a vagas na própria Corte e ao Tribunal Regional Eleitoral. No Procedimento de Controle Administrativo nº 0003491-88.2013.2.00.0000 alegou-se que tal procedimento valorizava indevidamente a impessoalidade e o sigilo da votação, ao arrepio das disposições constantes da Recomendação CNJ nº 13/2007, a qual indica que as listas tríplices referentes às vagas de quinto constitucional (art. 94 da Constituição da República) devem ser formadas por meio de votos abertos, nominais e fundamentados³.

Na mesma oportunidade o Conselho Nacional de Justiça debruçou-se sobre o pedido formulado nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº 0005816-36.2013.2.00.0000, no qual se discutiu a legalidade de decisão emanada do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em sessão secreta e com votos não fundamentados, elaborou duas listas tríplices para o provimento de vagas destinadas ao quinto constitucional daquela Casa.

² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 240.

³ O citado diploma, vale dizer, foi festejado em julgamento da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, onde se lê que seu conteúdo tem o escopo de, *in verbis*, “prestar integral reverência ao princípio democrático, que tem, na transparência e na publicidade dos atos e deliberações que se formam no âmbito da comunidade estatal (inclusive no seio dos colégios judiciários), um de seus mais expressivos valores ético-jurídicos.”. Neste sentido, MS 31923 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 17/04/2013, DJe-074, publicado em 22/04/2013.

O presente artigo tem por escopo abordar, nos termos dos mencionados procedimentos julgados pelo CNJ, as questões que gravitam em torno da necessidade de observância dos princípios da publicidade e da motivação nas votações realizadas no âmbito dos tribunais brasileiros, aí incluídas aquelas que envolvam eleição e indicação de membros para os Tribunais Regionais Eleitorais e a rejeição de listas sêxtuplas ou a formação de listas tríplexes para as vagas de quinto constitucional destinadas à própria Corte.

2. Do Controle de Legalidade pelo Conselho Nacional de Justiça Quanto aos Atos Administrativos Praticados no Processo de Preenchimento de Vagas nas Cortes Brasileiras

Conforme consabido, os atos administrativos complexos advêm de manifestação autônoma de órgãos distintos e sem subordinação recíproca, cujas vontades reunidas resultam na formação de um único ato⁴. É o que ocorre no processo de escolha de indicados a vagas em cortes eleitorais ou àquelas reservadas ao quinto constitucional dos tribunais da justiça comum.

Já se discutiu acerca da extensão do controle de legalidade exercido pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a atuação dos tribunais⁵. A jurisprudência da corte se formou no sentido de que a atuação do Poder Judiciário na esfera administrativa se encerra com o aperfeiçoamento do ato complexo (o que ocorre, por exemplo, com a publicação do ato de nomeação do indicado a uma vaga), sendo este o limite da atuação do CNJ em termos de competência material, haja vista se tratar de situação jurídica consolidada no tempo⁶. Para além desse momento, a hipótese seria de

⁴ No magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto os atos complexos são alocados na categoria dos atos administrativos multilaterais, e são ditos “não apenas um ato subjetivamente complexo, mas um ato administrativo que é tanto subjetiva como objetivamente complexo, pois que se constitui pela manifestação de vontade de mais de uma entidade (daí a complexidade subjetiva), mantendo cada uma delas suas respectivas identidade e personalidade jurídica e, também, autônomas as respectivas vontades como coparticipantes do ato, tantos quantos sejam, visando à produção de efeitos cumulados (aqui a complexidade objetiva), conformando um ato coletivo, em que as vontades convergentes necessariamente se somam para a satisfação de um interesse declaradamente comum.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 270).

⁵ Diz o art. 103-B, §4º da Constituição da República, naquilo que interessa ao tema ora sob exame, *in verbis*: “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (...)”.

⁶ Neste sentido, confira-se: “RECURSO ADMINISTRATIVO EM PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. FORMAÇÃO DE LISTA TRÍPLEXE. QUINTO CONSTITUCIONAL. VAGA DA CLASSE DOS ADVOGADOS. NOMEAÇÃO DE DESEMBARGADOR PELO CHEFE DO EXECUTIVO ESTADUAL. ATO COMPLEXO E APERFEIÇOADO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO CNJ. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOVOS CAPAZES DE ALTERAR O ENTENDIMENTO ADOTADO NA DECISÃO COMBATIDA. PRECEDENTES DO CNJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I. A nomeação de magistrado, pelo Chefe do Executivo, caracteriza-se ato de índole política e complexo, em relação ao qual, uma vez aperfeiçoado, o CNJ não detém qualquer ingerência. Precedentes do CNJ. II. Inexistindo elementos que justifiquem a alteração do entendimento perfilhado ao tempo da

desfazimento judicial do ato administrativo questionado, sob pena de violação, inclusive, da harmonia e independência dos poderes.

Assim, não há qualquer óbice em submeter ao Conselho Nacional de Justiça questionamento acerca do processo de indicação escolha de membros da advocacia ou do Ministério Público para vagas existentes na corte eleitoral ou no próprio tribunal, desde que a nomeação e posse do candidato ainda não tenha ocorrido (*rectius*, desde que a reunião de vontades necessária à conformação do ato administrativo complexo ainda não tenha se aperfeiçoado).

3. Do Sistema Constitucional de Defesa da Publicidade dos Atos Decisórios

A expressão “sistema constitucional de defesa da publicidade”, que encabeça o presente subtítulo, foi tomada de empréstimo a partir de percuciente decisão da lavra do Ministro Dias Toffoli⁷, como referência à noção de que a *ratio* que se extrai dos arts. 93, IX e X da Constituição da República vai no sentido de que sejam divulgados os fatos e fundamentos das deliberações proferidas por órgãos e juízos, sejam elas administrativas ou judiciais. Esse *sistema* estaria fundado nas normas insculpidas, respectivamente, nos arts. 37, *caput* e 5º, LX da Carta de 1988, sendo possível até mesmo falar em um direito fundamental de acesso aos dados processuais, que tem como corolário ou contrapartida um dever estatal de transparência.

Recordando o magistério do saudoso Marcos Juruena Vilella Souto, vale anotar, *in verbis*:

Ao que parece, por transparência se quer muito mais, lançando-se, aqui, a ideia de que o verdadeiro controle visível ou transparente se dá quando se revela a intimidade das autoridades investidas de poder, naquilo que se refere ao exercício desse poder. Em outras palavras, o exercício de uma função pública, voltada para o público, deve permitir o seu constante acompanhamento, sem que o direito de intimidade, inegável aos indivíduos, especialmente contra o próprio Estado, possa ser alegado para afastar esses controles.⁸

Está, portanto, o princípio da publicidade a fundamentar a obrigatoriedade de votações públicas, nominais e abertas como regra geral para todas as deliberações judiciais e administrativas dos tribunais brasileiros, ressalvadas, por óbvio, aquelas

decisão objurgada, ela deve ser mantida nos moldes em que lançada. III. Recurso conhecido, uma vez que tempestivo, mas a que, no mérito, nega-se provimento. (voto Cons. Ana Maria Duarte Amarante Brito)” (CNJ – RA – Recurso Administrativo em PP – Pedido de Providências – 0003437-88.2014.2.00.0000 – Rel. Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE BARROS LEVENHAGEN – 232ª Sessão Ordinária – j. 31/05/2016).

⁷ É o que se observa no MS 28390, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 29/08/2013, publicado em DJe-173 DIVULG 03/09/2013 PUBLIC 04/09/2013.

⁸ SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Transparência na Administração Pública. *Revista do TCM-RJ*, Rio de Janeiro, nº 35, 2007, p. 37-38.

hipóteses em que a norma constitucional imponha proceder de forma diversa. São apertadas as exceções, vale dizer, que preveem o voto secreto, as quais se referem a atos em que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (art. 93, IX, parte final), à eleição de ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça indicados para vagas no Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, I) e à eleição de juízes e desembargadores de Tribunais de Justiça para cortes regionais eleitorais (art. 120, §1º, I).

Significa dizer que, afastadas as exceções mencionadas, a regra geral da votação pública, nominal e aberta incide, no âmbito do próprio tribunal, sobre as promoções de juízes singulares ao 2º grau de jurisdição⁹ e sobre as formações das listas tríplexes referentes ao quinto constitucional¹⁰; e ainda, no que se refere às vagas das cortes eleitorais, aplica-se a regra tanto à eleição de juiz ou desembargador federal, como também à indicação dos nomes que ocuparão as vagas destinadas à advocacia.

É bem verdade que as exceções aventadas pelo legislador constitucional, tirante aquela que diz respeito à preservação da intimidade, são de todo criticáveis, não apenas porque inconsistentes em meio a um sistema de preponderância da publicidade, mas também porque exortam um sigilo que ontologicamente não se justifica. Todavia, se assim está posto, sigamos *de lege lata*, mas sem olvidar as palavras do eminente Ministro Celso de Mello ao discorrer sobre a publicidade como fator essencial à visibilidade do poder e dela própria como pressuposto de uma democracia saudável e plena. Em suas palavras,

a Constituição da República, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta. Com essa vedação, o constituinte pretendeu tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado.¹¹

4. Da Fundamentação das Escolhas dos Nomes que Ocuparão Vagas nos Tribunais

A existência de um precitado sistema constitucional de defesa da publicidade dos atos decisórios — a obrigar que as deliberações judiciais e administrativas dos

⁹ Neste particular, assim o é desde o ano de 2005, por força da Resolução CNJ nº 6, atualmente substituída pela Resolução CNJ nº 106/2010.

¹⁰ Também aqui, de há muito deve ser aplicada a regra de publicidade, à inteligência da Recomendação CNJ nº 13/2007, que trata da lista tríplex referente ao art. 94, parágrafo único da Constituição da República.

¹¹ HD 75, tutela antecipada, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11/10/2006, publicado em DJ 19/10/2006 PP-00052 RDDP nº 46, 2007, p. 167-170.

tribunais sejam públicas, nominais e abertas — abre espaço para que se questione acerca da existência de um quarto predicativo que deve estar presente, a impor que as manifestações sejam também *motivadas*.

A questão não é pacífica e para que se possa compreender sua amplitude e quais os avanços até agora promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça nesta seara é preciso delimitar seus meandros. Tem-se como pano de fundo a necessidade ou a dispensa de motivação em meio à análise das listas sêxtuplas apresentadas pela Ordem dos Advogados do Brasil ou pelo Ministério Público quando do preenchimento de vagas destinadas ao quinto constitucional (art. 94 da Carta de 1988).

Nesta senda, dois cenários são possíveis: (i) o tribunal recusa a lista sêxtupla que lhe foi apresentada, devolvendo-a à instituição de origem por entender que os nomes ali constantes não atendem aos requisitos legais para a eventual indicação; (ii) o tribunal aprecia os nomes e reduz o elenco para uma lista tríptica que reúne as indicações a serem submetidas ao crivo do Poder Executivo. Questiona-se a necessidade de motivação destas condutas — recusa e redução da lista — por parte do tribunal a que foram apresentados os nomes.

No primeiro caso, que diz com a devolução da lista sêxtupla, a intervenção do Conselho Nacional de Justiça no tema é atualmente inviável, haja vista que a matéria se encontra judicializada nos autos do Mandado de Segurança nº 30.531, relatora a eminente Ministra Carmem Lúcia. No exame do pedido liminar, assentou-se que:

Em juízo precário de delibação, próprio do exame de liminar, vislumbro uma aparente discordância entre os acórdãos referidos, motivo pelo qual não se pode afirmar qual a orientação vigente: se aquela proferida pelo Plenário, a exigir a devolução motivada da lista sêxtupla, ou a mais recente, exarada pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal, no sentido da desnecessidade de fundamentação desse dever-poder dos Tribunais. Nesses termos, somente com a análise da questão pelo Plenário deste Supremo Tribunal, quando do julgamento de mérito da presente impetração, se terá a solução para essa aparente divergência.

Diante da controvérsia, a medida foi deferida tão somente para neutralizar a determinação exarada pelo Conselho Nacional de Justiça no sentido de que o tribunal recorrido reapreciasse a lista recebida, desta vez em sessão pública e em atendimento aos termos da Recomendação nº 13/2007 daquele órgão de controle que, como dito outrora, preconiza que as listas trípticas referentes às vagas de quinto constitucional devem ser formadas por meio de votos abertos, nominais e fundamentados.¹²

¹² A eminente relatora, todavia, assentou sua prudência no sentido de que deferiria a liminar tão somente por vislumbrar o devido molde aos termos da Lei nº 12.016/09. Em suas palavras, "Realço que este deferimento não importa em antecipação de qualquer entendimento sobre o mérito da impetração, como é óbvio, mas

O segundo cenário aventado, a referir a redução da lista sêxtupla em tríplice, contou com a devida manifestação do Conselho Nacional de Justiça quando do recente julgamento do Procedimento de Controle Administrativo nº 0005816-36.2013.2.00.0000.

A questão atinente à necessidade de motivação na espécie não é inédita no órgão e sua jurisprudência era, até então, cambiante na matéria¹³. Neste mais recente pronunciamento, reafirmou-se que publicidade e motivação caminham juntas, vez que atreladas uma à outra como condições necessárias a uma ordem jurídica em que o exercício do poder se materializa com a imprescindível visibilidade que lhe deve ser inerente. Daí dizer, corroborando o entendimento no sentido de que a fundamentação é imprescindível também na redução da lista sêxtupla em tríplice, na linha do que consignado no voto do eminente relator, Conselheiro Lelio Bentes Corrêa, que:

O agente público não vota premido por suas convicções e interesses pessoais; ao contrário, deve agir sob o peso da responsabilidade do *munus* que exerce e, portanto, deve não somente criar balizas objetivas para exercer sua escolha, como expor publicamente as razões que o levaram a determinada opção.

Nesta toada, ressalvadas as exceções constitucionais ou a matéria pendente de julgamento definitivo, é imperioso dizer que ficaram para trás os tempos do segredo, das salas de conchavos e dos acordos de listas prévias, devendo preponderar absoluta a regra geral no sentido de que as deliberações judiciais e administrativas dos tribunais devem ser públicas, nominais, abertas e motivadas.

5. Conclusão

O presente artigo examinou o recente julgamento dos Procedimentos de Controle Administrativo nº 0003491-88.2013.2.00.0000 e 0005816-36.2013.2.00.0000 no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e suas repercussões sobre o dever estatal de publicidade e motivação das deliberações judiciais e administrativas dos tribunais brasileiros. Transcreve-se, nestas ultimas linhas, a conclusão do eminente Relator do julgado, *in verbis*:

não demasiado insistir e salientar, sequer decorrendo de seu deferimento qualquer direito a quem quer que seja, menos ainda qualquer juízo sobre o acerto, ou não, da conduta imputada ou, paralelamente, do provimento do Tribunal de Justiça de Rondônia objeto do questionamento no Conselho Nacional de Justiça. (MS 30531, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 23/04/2012, publicado em 07/05/2012).

¹³ PP – Pedido de Providências - 0000808-20.2009.2.00.0000 – Rel. Conselheiro ALTINO PEDROZO DOS SANTOS – 82ª Sessão – j. 14/04/2009; PCA – Procedimento de Controle Administrativo – 0006157-04.2009.2.00.0000 – Rel. Conselheiro IVES GANDRA – 99ª Sessão – j. 23/02/2010; PP – Pedido de Providências – Conselheiro – 0007009-91.2010.2.00.0000 – Rel. Conselheiro JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ – 125ª Sessão – j. 26/04/2011; e PCA – Procedimento de Controle Administrativo – 0000692-72.2013.2.00.0000 – Rel. Conselheiro JORGE HÉLIO CHAVES DE OLIVEIRA – 167ª Sessão – j. 16/04/2013.

Por fim, de ofício, *determino, com efeitos ex nunc*, a todos os Tribunais brasileiros, excetuados o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, nos termos da Resolução CNJ nº 216/2016, que adotem a *votação nominal, aberta e fundamentada* em todas as deliberações administrativas, excetuadas as hipóteses em que a Constituição permite o voto secreto (art. 93, IX, segunda parte; art. 119, I e art. 120, § 1º, I). (grifos no original).

De todos os méritos que se possam aventar como decorrentes desse emblemático julgamento — inclusive como fonte de influência para as questões ainda judicializadas — o maior deles certamente foi o de espriar a nova ordem jurídica de publicidade e motivação sobre todo o território nacional, ultrapassando as fronteiras geográficas das unidades federativas que lhes deram nascedouro, rompendo as fechaduras das salas de sessões dos tribunais e pondo termo ao indefinível silêncio das votações.