

# Conselho Nacional de Justiça: justificativa de criação e conformação constitucional

Rubem Lima de Paula Filho\*

## 1. Introdução

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, o constituinte derivado criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, a quem foi atribuída a competência de controlar a atuação administrativa e financeira desse mesmo poder, bem assim o cumprimento funcional dos juizes, conforme previsto no novel art. 103-B, da Carta Magna, mais precisamente no parágrafo 4º.

Não se pode afirmar que a novidade veio desacompanhada de inúmeros questionamentos, de todas as naturezas possíveis, referentes desde a forma de composição até a própria conformação constitucional. Tanto assim o foi, que a constitucionalidade do órgão foi posta à prova quando do julgamento da Adin 3.367-1/DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, a qual foi julgada totalmente improcedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Resolvida a feição constitucional do Conselho Nacional de Justiça, seus mandamentos também têm sido objeto de inúmeros embates, tanto internamente, através da utilização dos mecanismos de caráter procedimental já instituídos, quanto perante o próprio Poder Judiciário, não sendo raras as impetrações de mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal contra atos dele emanados.

A par dessas nuances e mesmo para garantia de seu pleno funcionamento, tornou-se necessária a instituição de mecanismos eficientes e hábeis a proporcionar a consecução dos objetivos almejados pelo constituinte derivado. Assim, o próprio Conselho Na-

cional de Justiça editou seu Regimento Interno, estabelecendo sistemáticas tendentes à materialização do procedimento, objetivando a resolução das mais diversas modalidades de acesso ao órgão, entre as quais se pode destacar a correição, a inspeção, a sindicância, a reclamação disciplinar, a representação por excesso de prazo, o processo disciplinar etc.

Busca este breve estudo descrever o contexto de anseios jurídicos em que inserida a criação do Conselho Nacional de Justiça, bem assim seu quadro de conformação constitucional, frente aos questionamentos já verificados a esse respeito.

## 2. Antecedentes e justificativa para criação do Conselho Nacional de Justiça

A Emenda Constitucional 7, de 13/04/1977, introduziu no corpo da Carta Magna anterior a figura do Conselho Nacional da Magistratura, órgão com sede na capital da República e jurisdição em todo o território nacional, sendo composto por sete ministros do Supremo Tribunal Federal e por este escolhidos.

Por atribuição, caberia ao Conselho Nacional da Magistratura conhecer das reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juizes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Funcionaria perante o órgão o Procurador-Geral da República.

Como se observa, o ente citado possuía atribuições de caráter nitidamente correicionais frente aos tribunais, exercendo, também, o controle de legalidade sobre condutas alusivas a juizes de primeiro grau, inclusive aplicando penalidades.

Sobre o espaço ocupado pelo Conselho Nacional da Magistratura, José Adércio Leite Sampaio esclarece o seguinte<sup>1</sup>:

\* Juiz Federal Substituto na Seção Judiciária do Estado do Maranhão. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UNISUL. Professor de Direito Tributário da Escola da Magistratura do Estado do Maranhão. Exerceu os cargos de Técnico Judiciário na Seção Judiciária do Estado do Maranhão, Defensor Público e Juiz de Direito naquele Estado, bem como de Juiz Federal Substituto na Seção Judiciária do Ceará e do Distrito Federal.

O Conselho era feito de papel e de intenção. Dizia-se que seu objetivo era unificar o sistema da magistratura estadual e federal, além de evitar atos de insubordinação administrativa e de corrupção. Havia mesmo louvores à nova instituição, como fizeram o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Antônio Neder (1979), na inauguração do Conselho, a ressaltar a necessidade de um órgão judicial de alta hierarquia para disciplinar o comportamento dos magistrados, transformando-o na “serena voz do direito” e no “sacerdote da regra jurídica”.

Prossegue, ainda, o mesmo autor<sup>2</sup>:

A tese da contrariedade à independência do Judiciário era também afastada por nomes como Néri da Silveira (1986, p. 42), para quem a existência do órgão censório, integrado por membros da mais alta corte do País, não seria contrária à independência do Judiciário “como poder político”. A abertura política impediu que o real desiderato da medida — o controle das instâncias inferiores e estaduais da justiça — fosse cumprido, para o bem e para o mal. O Judiciário continuou a seguir a sua trajetória sem a interferência do Conselho, exercendo suas competências constitucionais com a autonomia permitida pelo tempo e, em contraponto, aprofundando vícios e corporativismos que vinham desde a época da colônia. Com os ares democráticos, o discurso da reforma do Judiciário voltou, mas de forma ambígua. Defendia-se a independência plena, objetiva e subjetiva, do Poder como exigência inafastável do Estado de Direito e garantia dos direitos fundamentais.

Pois bem, não se pode desconsiderar a atmosfera presente na década de 80, do século passado. Toda uma conjuntura de superação da Ordem então instituída passa a ser experimentada, mesmo no seio do Poder Judiciário, pregando-se, a partir de então, a necessidade de se instituir um verdadeiro e efetivo autogoverno dos juízes, o que já não mais se coadunava, no todo, com a inicial proposta, lançada quando da criação do Conselho Nacional da Magistratura.

Assim, não mais se apresentava simpática a idéia de se imputar a outrem que não aos próprios tribunais a responsabilidade de decidir a respeito de eventuais deslizes de seus membros e juízes subordinados. Desse modo, como explanado na transcrição doutrinária acima, defendia-se a independência plena, objetiva e subjetiva, do Poder, como exigência inafastável do Estado de Direito e garantia dos direitos fundamentais.

Sensível à “ameaça” à independência do Judiciário, traduzida na figura do Conselho Nacional da Magistratura, o constituinte originário de 1987/1988 não o fez ser novamente incluído na recente Carta Política. Ao revés, concedeu aos tribunais todas as garantias necessárias, aptas a sustentar a independência do Poder Judiciário. Para tanto, no art. 96, I, esclareceu competir 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 na própria 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 seu art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei e; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

De fato, as competências destacadas foram muito além do disposto no art. 115, da Constituição Federal anterior, agora, inclusive, sendo expressamente lembrada a atividade correicional.

Aos juízes, enquanto órgãos do Poder Judiciário, foram elasticadas as garantias já abarcadas no texto anterior, passando a agora, conforme art. 95, contarem com: a) 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; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII e; c) irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Desmandos, prática de nepotismo, improbidades e a premente necessidade de tornar-se mais responsável a gestão administrativo-financeira tiveram o condão de fazer emergir uma nova temática na década posterior, anos 90, desta feita sob o pálio da discussão a respeito da necessidade de se instituírem mecanismos/órgãos

de controle da atividade jurisdicional, sacramente se respeitando o mérito das, propriamente ditas, decisões judiciais. Assim, a discussão acerca do controle externo do Poder Judiciário passa a se desenvolver, em meio a debates, simpósios, seminários, publicações etc.

A partir de então, o discurso assume feição refreada. Não se contraria a idéia de que os tribunais deverão se auto-administrar, contudo pareceu ser imprescindível que tais entes tivessem seus atos de natureza não necessariamente judiciais submetidos à supervisão, ainda mais considerando todas as interessantes e respeitadas competências dos tribunais e garantias dos juízes das mais diversas esferas de atuação. Sob esse novo foco de discussão, elevaram-se as vozes dos que passaram a defender a importância de prestação de contas por parte dos administradores das casas de justiça, bem como da criação de um órgão com tais atribuições.

A respeito desse novo plano de visão, peculiar é o comentário abaixo<sup>3</sup>:

As garantias da Magistratura — decorrentes da independência judicial — não são valores em si, justificando-se, na verdade, como caminhos para chegar mais próximo quanto possível do ideal de Juiz imparcial — terceiro suprapartes e livre de pressões. Esta concepção instrumental encontra amparo em Weber, que sublinha:

“Quando está constituído um ‘direito’ ao ‘cargo’ (como, por exemplo, no caso dos juizes...), ele não serve normalmente para o fim de uma apropriação pelo funcionário, mas sim para garantir seu trabalho de caráter puramente objetivo (‘independente’), apenas vinculado a determinadas normas no respectivo cargo.”

Assim sendo, a independência judicial não é um valor absoluto e a-histórico, portanto ela tem seus contornos concretamente delineados a partir do confronto com outros valores de idêntica estatura. Neste plano indubitavelmente situa-se o dever democrático de prestar contas (*accountability*) — inerente ao exercício de uma função pública. Logo, a independência judicial é temperada pela possibilidade de o Juiz ser responsabilizado caso se afaste em razão da qual aquela é instituída.

Torna-se até despiendo relatar, até mesmo pela impossibilidade física para tanto, o número de vezes em que se discutiu a necessidade de ser instituído um “Controle Externo” do Poder Judiciário, durante a década passada e início desta. As aflições e as resistências eram sobremaneira motivadas por várias indagações, até então de difíceis respostas, geralmente afetadas ao

que deveria ser objeto do aludido controle e quem o exerceria.

Não se faz oportuno tecer os meandros das tramitações legislativas que culminaram com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, apenas sendo curial que se afirme que o ambiente acima descrito — referente à idéia de conter eventuais abusos, provenientes de membros do Poder Judiciário — foi a motivação principal para a instituição do Conselho Nacional de Justiça, o qual, frise-se, nem de longe veio a lume sob a proteção da unanimidade, ao revés, sofrendo inúmeros questionamentos, fosse no âmbito teórico, com a desaprovação por parte de alguns estudiosos de nomeada, fosse no aspecto prático, com os embates judicialmente travados, impulsionados pelo inconformismo com decisões judiciais tomadas. Por fim, sobre o momento histórico, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, bem sintetiza os fatos<sup>4</sup>:

A EC 45/2004 tem sua origem em movimento iniciado nos anos noventa, a fim de promover a reestruturação da magistratura, com profunda reforma de sua base, visando a corrigir os defeitos existentes nas normas que a disciplinam e a torná-la mais eficiente..

### 3. Conformação constitucional Conselho Nacional de Justiça

Determina o art. 103-B, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, que o Conselho Nacional de Justiça seja composto de quinze membros, sendo nove oriundos do próprio Poder Judiciário, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução. Assim é composto o Conselho Nacional de Justiça: um Ministro do Supremo Tribunal Federal, um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, um Desembargador de Tribunal de Justiça, um Juiz Estadual, um Juiz de Tribunal Regional Federal, um Juiz Federal, um Juiz de Tribunal Regional do Trabalho, um Juiz do Trabalho, um membro do Ministério Público da União, um membro do Ministério Público Estadual, dois advogados e dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. A presidência do órgão compete ao Ministro do Supremo Tribunal Federal.

A respeito das nomeações, são elas da competência do Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Como se nota, buscou o constituinte derivado estabelecer a heterogeneidade de composição do órgão, respeitando a quase totalidade das vertentes do Judiciário Nacional<sup>5</sup>. Deu crédito, da mesma forma, aos pontos de vista externos do Poder, ao determinar que membros do Ministério Público, da Advocacia e da Sociedade Civil participassem de sua montagem, algo que não ocorria no já extinto Conselho Nacional da Magistratura.

Diz, ainda, a Carta Magna que competirá ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça o encargo da Corregedoria, no que, desde logo, fixou-lhe competências (§ 5º).

Deverão officiar perante o Conselho Nacional de Justiça o Procurador-Geral da República e o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (§ 6º).

A apresentação da composição serviu apenas de prefácio para se adentrar na questão alusiva à conformação constitucional do ente novo, haja vista, necessário sempre lembrar, que o constituinte derivado não possui o mesmo *status* de indiscutibilidade que o originário, podendo muito bem, como sedimentado o entendimento, ser passível de incorrer em ofensas ao Texto Máximo.

Então, já não mais se discute a natureza do Conselho Nacional de Justiça, encontrando-se solidificado o discurso de que se compõe de órgão de natureza administrativa<sup>6</sup>, submetendo-se seus atos e decisões, que não têm o atributo da coisa julgada, ao controle de legalidade típico dos atos administrativos em geral.

A conclusão a respeito da natureza do novo órgão parte da análise apurada de suas competências, em termos gerais de controle administrativo e financeiro do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

De fato, como se observa, o Conselho Nacional de Justiça não atua em caráter substitutivo às partes, dirimindo conflitos individuais ou coletivos com os mesmos atributos e prerrogativas dos demais órgãos do Poder Judiciário. Oportuna, creio, é a douda passagem abaixo transcrita<sup>7</sup>:

A vontade do poder constituinte derivado foi atribuir natureza administrativa ao Conselho

Nacional de Justiça. É órgão despersonalizado da estrutura do Poder Judiciário, mas não de natureza jurisdicional. O aspecto determinante está em que as decisões do Conselho Nacional de Justiça não têm qualidade de coisa julgada material, é dizer, a da imutabilidade, mesmo fora da lide em que proferidas. Prova disto está em que a Constituição Federal admite implicitamente ulterior controle jurisdicional das referidas decisões pelo Supremo Tribunal Federal.

Indiscutível, portanto, é a natureza administrativa do Conselho Nacional de Justiça.

Mesmo com a então séria necessidade de regulamentação das formas de procedimentalizar as atividades do Conselho Nacional de Justiça, decidiu o constituinte reformador eleger algumas atribuições ao órgão, independentemente das previstas no Estatuto da Magistratura (§ 4º). Estabeleceu, destarte, as seguintes atribuições:

a) 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;

b) zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal 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;

c) receber e conhecer das 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 avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

d) representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

e) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

f) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário e;

g) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Com efeito, sem dúvida, as atribuições elencadas, e suas posteriores regulamentações, traduzem, da melhor forma possível, o desiderato do constituinte derivado quanto aos objetivos a serem permanentemente almejados pelo Conselho Nacional de Justiça, expressos no tripé controle administrativo, controle financeiro e observância do cumprimento do dever funcional dos juízes.

Malgrado as reflexões acima, importa destacar que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, se viu obrigado a analisar a conformação constitucional do Conselho Nacional de Justiça. Falo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1/DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB. A ação em destaque invocou basicamente três argumentos, os quais, uma vez acatados, teriam por consequência o reconhecimento da ofensa à Carta Magna:

a) violação do princípio da separação e da independência dos Poderes;

b) violação do princípio federativo e;

c) vício formal de tramitação.

A ação em destaque, sob a relatoria do Cezar Peluso foi, por maioria, julgada improcedente, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a julgava integralmente procedente. Os Ministros Carlos Veloso e Ellen Gracie, por sua vez, julgaram-na parcialmente procedente e o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu pelo seu acatamento, em menor escala. O vício formal, por sua vez, foi rechaçado por todos os integrantes da Corte.

A respeito da alegada violação ao princípio da separação dos poderes, em longo e explicativo voto,

Sua Excelência o Ministro Relator, tratou da questão do modo abaixo resumido, correspondente a excerto de suas razões de decidir<sup>8</sup>:

Seria, deveras, fraqueza de espírito insistir na demonstração do absurdo lógico-jurídico que estaria em dar, sob pretexto de usurpação de poderes, pela inconstitucionalidade da criação do Conselho, sem antes reconhecê-la, com maiores e mais conspícuas razões, ao processo de nomeação de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal.

A *fortiori*, esta conclusão óbvia, não apenas decepa a objeção de inconstitucionalidade específica a título de injúria ao sistema da separação e independência dos Poderes, mas, sobretudo, é prova suficiente de que não há nenhuma, ainda quando genérica, por conta dessa mesma causa material, nas regras de *composição, escolha e nomeação* dos membros do Conselho. Donde vem, logo, o erro de o tomar por órgão de controle externo.

Talvez ocorra a alguém que, na prática, essa composição híbrida poderia comprometer a independência interna e externa do Judiciário. A objeção não é forte, porque os naturais desvios que, imputáveis à falibilidade humana, já alimentavam, durante os trabalhos preparatórios da Constituição americana, o ceticismo calvinista em relação aos riscos de facciosidade do parlamento, são inerentes a todas as instituições, por acabadas e perfeitas que se considerem. Mas, se escusa reforço à resposta, é sobretudo importante notar que o Conselho não julga causa alguma, nem dispõe de nenhuma atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício fosse capaz de interferir no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional. Pesa-lhe, antes, abrangente dever constitucional de “*zelar pela autonomia*” (art. 103-B, § 4º, inc. I). E não seria lógico nem sensato levantar suspeitas de que, sem atribuição jurisdicional, possa comprometer independência que jamais se negou a órgãos jurisdicionais integrados por juízes cuja nomeação compete ao Poder Executivo, com ou sem colaboração do Legislativo.

Será caso, no entanto, de indagar se tal risco não adviria da própria natureza das competências destinadas ao Conselho, enquanto órgão nacional de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados.

A dúvida aqui é de menor tomo. Com auxílio dos tribunais de contas, o Legislativo sempre deteve o *poder superior* de fiscalização dos órgãos jurisdicionais quanto às atividades de ordem orçamentária, financeira e contábil (arts. 70 e 71 da Constituição da República), sem que esse, sim, autêntico *controle externo* do Judiciário fosse tido, alguma feita e com seriedade, por incompatível com o sistema

da separação e independência dos Poderes, senão como peça da mecânica dos freios e contrapesos. E esse quadro propõe ainda um dilema: ou o poder de *controle intermediário* da atuação administrativa e financeira do Judiciário, atribuído ao Conselho Nacional de Justiça, não afronta a independência do Poder, ou será forçoso admitir que o Judiciário nunca foi, entre nós, Poder independente!

De fato, a argumentação do relator acima destacada é digna de encômios, uma vez que analisa o Poder Judiciário por dentro, sob a perspectiva de que, malgrado independente no que diz respeito às suas decisões, não se qualifica como função estatal isoladamente considerada, posto que seguramente respeitante do postulado da Harmonia, também prevista constitucionalmente (art. 2º).

Em inúmeros momentos, observa-se o entrelaçamento entre as diferentes modalidades de funções estatais, as quais, nunca irrelevante destacar, sobressaem-se os critérios de escolha de ministros de tribunais superiores, com a participação dos demais poderes, o julgamento do Presidente da República pelo Senado Federal, entre outros exemplos.

Não obstante o cruzamento verificado entre as funções ou poderes estatais, no que se inclui o Judiciário, nem por isso se ousa discutir a independência deste último, ao revés, já é sedimentado no âmbito das discussões travadas acerca do ordenamento jurídico pátrio que o contexto verificado configura-se em instrumento de controle das atividades dos demais poderes, dentro do sistema denominado classicamente de “freios e contrapesos”. Por tal motivo, bem andou o ministro relator.

Precisamente acerca da independência do Judiciário, invocada pela autora da ADIn em face da determinação que não integrantes desse poder integrariam o Conselho Nacional de Justiça, assim enfrentou a questão o relator<sup>9</sup>:

Entre os membros laicos, cuja previsão dá caráter heterogêneo à composição do Conselho Nacional de Justiça, constam dois representantes do Ministério Público e dois advogados, todos indicados pelos pares (art. 103-B, incs. XI e XII). Por mais que forcejasse, não encontrei nenhuma razão de índole constitucional que lhes pudera vetar a participação no Conselho.

Pressuposto agora que a instituição do Conselho, não apenas simboliza, mas também opera ligeira abertura das portas do Judiciário para que

representantes da sociedade tomem parte no controle administrativo-financeiro e ético-disciplinar da atuação do Poder, robustecendo-lhe o caráter republicano e democrático, nada mais natural que dois setores sociais, cujos misteres estão mais próximos das atividades profissionais da magistratura, a advocacia e o Ministério Público, integrem o Conselho responsável por esse mesmo controle.

Não é à toa que ambas as profissões são objeto de normas da Constituição da República, no âmbito do capítulo reservado à disciplina das “*funções essenciais à Justiça*”. De acordo com o art. 127, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”. E o art. 133 reputa o advogado “*indispensável à administração da justiça*”.

Esses cânones não se limitam a refletir ou reafirmar, no mais alto escalão nomológico, certos truismos ligados aos papéis da advocacia e do Ministério Público, como, *v.g.*, que suas iniciativas técnicas desencadeiam o exercício da função jurisdicional, cuja inércia é garantia da imparcialidade que a caracteriza como monopólio e obrigação do Estado. Ou que, como órgãos dotados de capacidade postulatória, legitimem esse mesmo exercício, dando concreção a todos os princípios inerentes à cláusula do justo processo da lei (*due process of law*).

Aqueles preceitos vão além, porque concebem e proclamam, como ingredientes da própria ordem jurídico-constitucional, a dignidade e a relevância da advocacia e do Ministério Público enquanto *funções essenciais da Justiça*, e cujos titulares são, como tais, merecedores de garantias, como a inviolabilidade relativa dos atos e manifestações emanados no exercício da profissão de advogado (art. 133), e as prerrogativas e vedações análogas às dos juizes, relativamente aos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º). Eis o fundamento da previsão de participação da Ordem dos Advogados em todas as fases do concurso de ingresso na carreira da magistratura (art. 93, I).

Tudo isso comprova a decisiva *responsabilidade* que, ao lado da magistratura, pesa, já no plano constitucional originário, à advocacia e ao Ministério Público, quanto ao correto desenvolvimento da atividade estatal que, atribuída como função típica ao Poder Judiciário no quadro da separação dos poderes, constitui a própria razão de ser das três categorias profissionais. De modo que, pelo menos no nível teórico, e é esse o que sobreleva na causa, os rumos dos interesses institucionais não podem deixar de convergir para o mesmo propósito: o *aprimoramento da atividade jurisdicional*.

É, pois, compreensível e conforme, não contrário, aos princípios que, presumindo-se ambas as instituições aptas e interessadas em oferecer contribuições valiosas ao aperfeiçoamento da função jurisdicional, a advocacia e o Ministério Público ganhem posto e dever de *cooperação* no seio do órgão agora predestinado ao controle nacional da atuação administrativo-financeira e ético-funcional do Judiciário.

Por fim, se o instituto que atende pelo nome de quinto constitucional, enquanto integração de membros não pertencentes à carreira da magistratura em órgãos jurisdicionais, encarregados do exercício da função típica do Judiciário, não ofende o princípio da separação e independência dos Poderes, então não pode ofendê-la *a fortiori* a mera incorporação de terceiros em órgão judiciário carente de competência jurisdicional.

Ainda antes do julgamento da ação em destaque, mas quando já ajuizada, Luís Roberto Barroso antecipou-se, de forma magistral, ao que viria a ser dito pelo Ministro Cezar Peluso sobre o tema, conforme abaixo<sup>10</sup>:

Nem existe, no texto original da Carta de 1988 ou no atual, qualquer exclusividade de magistrados de carreira na composição de órgãos do Judiciário. O STF, para indicar apenas um exemplo, é composto, mediante a escolha conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, de cidadãos que apresentem determinadas características e que não são necessariamente magistrados de carreira. Da Justiça Eleitoral, participam advogados juntamente com magistrados propriamente ditos. Os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais são compostos por magistrados de carreira e indivíduos oriundos dos quadros da OAB e do Ministério Público. Durante muito tempo, representantes de empregados e de empregadores participaram dos órgãos da Justiça do Trabalho. O Tribunal do Júri é composto por um magistrado e por cidadãos. Haveria ainda muitos outros exemplos a citar.

O importante a destacar é que, observada a garantia de que o mesmo indivíduo não seja membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, emenda constitucional pode modificar a composição dos órgãos do Judiciário como lhe parecer por bem, não sendo necessário que eles sejam integrados exclusivamente por magistrados de carreira, como, aliás, as formas existentes no texto constitucional ilustram.

É bem de ver que não é plausível o argumento, desenvolvido na inicial, pelo qual se pretende sustentar que membros de outros Poderes comporiam o Conselho. A alegação de que os cidadãos escolhidos para o Conselho pelo Poder Legislativo

seriam membros desse Poder não se sustenta. A fórmula pela qual Executivo e Legislativo participaram da escolha de membros de órgãos do Judiciário faz parte da lógica dos controles recíprocos e é amplamente empregada pelo texto constitucional, sem que jamais se tenha cogitado de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *e.g.* integrem o Executivo e/ou o Legislativo pelo fato de terem sido nomeados pelo Presidente com a aprovação do Senado Federal.

Diga-se o mesmo da alegação de que o Conselho contaria com a participação de integrante do Poder Executivo. Afora os cidadãos, os demais membros de origem externa são dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB, e dois representantes do Ministério Público, um da União e outro dos Estados, escolhidos pelo Procurador-Geral da República, sendo relevante sublinhar que os dois grupos — advogados e membros do Ministério Público — foram enquadrados pela Constituição na categoria de *funções essenciais à Justiça*. Embora a observação não seja, a rigor, relevante, vale notar que o Chefe do Poder Executivo não tem qualquer participação na escolha de tais nomes, cabendo-lhe apenas nomear os indivíduos escolhidos segundo a sistemática do art. 103-B. Os advogados, evidentemente, não integram o Poder Executivo. Quanto ao Ministério Público, a Carta de 1988 conferiu-lhe garantias substanciais e dotou-lhe de orçamento próprio, que lhe asseguram ampla autonomia, mesmo porque, muito freqüentemente, sua atuação volta-se contra atos do Executivo. Assim, também não é correto afirmar que os membros do Ministério Público seriam membros do Poder Executivo e muito menos que a presença de membros do Ministério Público no Conselho violaria a separação de Poderes.

Quanto à participação de cidadãos no Conselho, há ainda um elemento adicional a destacar. Pelas razões já apresentadas, nada impede que cidadãos em geral componham órgãos do Poder Judiciário, inclusive com funções jurisdicionais, como é o caso do júri. Nada obstante, no caso de um órgão com funções de fiscalização e supervisão administrativas de um dos Poderes estatais, há, adicionalmente, todo um conjunto de princípios e regras constitucionais que prestigiam a participação dos cidadãos na gestão e no controle da atividade administrativa. O ponto já foi desenvolvido na primeira parte deste estudo e não há necessidade de reproduzi-lo (v. capítulo II, parte final).

Uma última observação a ser feita sobre a discussão da separação de Poderes envolve os precedentes citados na petição inicial, nos quais o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a criação, no âmbito dos Estados-membros,

de órgãos de controle externo do Judiciário e que, segundo a autora da ADIn, seriam similares ao Conselho Nacional de Justiça. Os precedentes, entretanto, não são aplicáveis ao caso, e isso por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque o poder constituinte decorrente atribuído aos Estados está subordinado ao um conjunto de limitações bastante amplo, não oponível ao poder constituinte derivado, exercido pelo Congresso Nacional. A impossibilidade de os Estados membros tratarem da matéria em questão foi um dos principais argumentos discutidos em tais casos. Em segundo lugar, as inovações criadas pelos Estados não se confundem com o Conselho Nacional de Justiça, distinguindo-se dele em aspectos relevantes. Não parece este o local adequado para desenvolver essa comparação, mas o exame de cada uma das normas estaduais consideradas inválidas e da EC 45/2004 demonstra o ponto.

Também sobre a questão, destaco o ensinamento de Pierpaolo Bottini<sup>11</sup>:

[...] os membros do Conselho, mesmo aqueles que não fazem parte dos quadros da Magistratura, ao integrarem o órgão passam a ostentar a condição de integrantes do Judiciário, da mesma forma que ocorre com os advogados e promotores oriundos do quinto constitucional e com os membros do Supremo Tribunal Federal que, em comum, são magistrados, mas não faziam parte da carreira originalmente. Não se diga que a condição dos membros do Conselho é distinta porque seu mandato é temporário, de dois anos, e o mesmo não ocorre com os integrantes do quinto constitucional, que ostentam a vitaliciedade. Ora, a aceitação dessa afirmação significa negar a condição de membros do Poder Judiciário aos advogados que integram a Justiça Eleitoral, na condição de juizes, os quais também exercem transitoriamente a função judicial. Assim, o caráter temporário dos membros não implica denegação da natureza de integrante do Poder Judiciário ao Conselho Nacional de Justiça, ainda que este desempenhe funções distintas dos demais órgãos.

Por fim, a alegação de vício formal, partiu da idéia de que o art. 103-B, § 4º, inc. III, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, importaria em vício de inconstitucionalidade, haja vista que a expressão *perda do cargo*, prevista no texto originário da Câmara dos Deputados, simplesmente fora suprimida no âmbito do Senado Federal.

Refutando os argumentos acima, o Ministro relator, acompanhado à unanimidade, sustentou que, em

ambas as casas do Congresso Nacional, houve a manutenção do *sentido nomológico* da norma, de forma que a supressão verificada se tem por inócua à conclusão pela inconstitucionalidade. Na oportunidade, citou precedentes semelhantes (ADIns 2.666 e 2.031).

Desse modo, até mesmo pelo posicionamento já manifestado pela Corte Suprema, infere-se que em nenhuma inconstitucionalidade incorre o novo órgão do Poder Judiciário Nacional.

## 4. Conclusão

Como se vê, a criação de um conselho nacional de justiça, com essa mesma denominação, é fruto de um momento único, uma nova visão a respeito do Poder Judiciário.

Superada a onda de independência sem maiores freios de ordem administrativa, financeira e funcional, instituída, como resposta a período anterior, pela Carta Magna, a conjuntura apresentada fez por exigir o nascimento de alguma forma de controle das atividades não jurisdicionais dos juizes, aprimorando o *accountability*. Esse, portanto, o ambiente de justificativa do Conselho Nacional de Justiça.

Acerca de sua conformação com o texto da Constituição Federal, não se observa qualquer ofensa ao texto da Lei Maior, seja sob o aspecto material (princípio da separação e independência dos poderes e princípio federativo), seja sob o ângulo formal (vício de tramitação legislativa), o que, destaque-se, foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal.

## Notas

<sup>1</sup> *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 240.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> CASTRO E COSTA, Flávio Dino. *O Conselho Nacional de Justiça: Missões e Primeiros Passos*. ADV Advocacia Dinâmica, Abril/2006. p. 8.

<sup>4</sup> *O Conselho Nacional de Justiça e a administração do Poder Judiciário*. Revista de Processo n. 141. RT, novembro de 2006. p. 264

<sup>5</sup> Neste aspecto, chamo a atenção para o fato de que nem a Justiça Militar, Estadual ou Federal, nem a Justiça Eleitoral foram chamadas a participar do Conselho Nacional de Justiça, muito embora se submetam às suas determinações.

Sobre tal questão, creio que não andou bem o constituinte derivado, uma vez que ambas foram seguramente desprestigiadas. A primeira, não se esqueça, um dos segmentos mais antigos do Judiciário Nacional e a segunda, responsável, em grande parte, pela



garantia de acesso dos cidadãos aos mais legítimos instrumentos de exercício da cidadania.

<sup>6</sup> GRAMSTRUP. Erik Frederico. *Conselho Nacional de Justiça e Controle Externo: roteiro geral*. In Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/2004, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* São Paulo: RT, 2005, p. 193.

<sup>7</sup> NERY. Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Observações iniciais sobre o Conselho Nacional de Justiça*. Revista de Processo 134. São Paulo: RT, Abril /2006, p. 125.

<sup>8</sup> Excerto do Voto do Min. Cezar Peluso, no julgamento da ADIn 3.37/DF.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Constitucionalidade e Legitimidade da Criação do Conselho Nacional de Justiça*. Interesse Público. Ano VI – n. 30. Notadez, 2005, p. 32/33.

<sup>11</sup> *A Reforma do Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça*. Boletim IBCCRIM. Ano 12. N. 146. Janeiro de 2005, p. 2/3