

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: uma análise da independência do judiciário em face do CNJ

Hebert Cornélio Pieter de Bruyn Júnior

Juiz Federal titular da 6ª Turma Recursal de São Paulo. Graduado pela USP. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Público (PUC/SP), em Direito Tributário (CEEU) e em Direito Aduaneiro (ESAF). Foi professor de Direito Financeiro

Resumo

Tem este artigo o escopo de, com base na análise semântica e pragmática do Princípio da Separação dos Poderes, analisar os contornos da independência do Judiciário, em especial após o advento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Narra-se o desenvolvimento dos constitucionalismos inglês, francês e americano a esse respeito, bem como a doutrina de Montesquieu e as razões que levaram ao estabelecimento de Conselhos de Magistratura na Europa. Em seguida, estabelecidas as diferenças entre essas razões e as adotadas no Brasil, discute-se se as competências outorgadas ao CNJ pela Emenda Constitucional n. 45/2004, em especial a disciplinar, ferem o citado princípio ou se, ao contrário, contribuem para o aperfeiçoamento e a legitimação desse Poder.

Palavras-chave: Separação de Poderes - CNJ - Independência - Judiciário

Abstract

The purpose of this article is to analyze the judicial independence, based on the semantic and pragmatic analysis of the Principle of Separation of Powers, especially after the creation of the National Council of Justice - CNJ. The article shows the development of the English, French and American constitutionalism, as well the doctrine of Montesquieu and the reasons for the Judicial Councils in Europe and it studies the differences between these reasons and those that have taken place in Brazil. Lastly, it also discusses if the powers guaranteed to the CNJ by the Constitutional Amendment 45/2004 harm this principle or contribute to the improvement and the legitimacy of such Power.

Keywords: Separation of Powers - CNJ - Independence - Judiciary

1 Introdução

Um dos pilares do constitucionalismo moderno – princípio elementar para a conformação de qualquer Estado de Direito –, a primeira remissão que normalmente se faz, à simples alusão à “separação de poderes”, é à célebre teoria de Montesquieu, cravada em “O Espírito das Leis” (1748), na qual o filósofo preconiza, para a garantia da liberdade, a necessidade de uma divisão dos poderes do Estado, de modo que nenhum deles, pela concentração das prerrogativas existentes, tolha os direitos e as garantias dos cidadãos. Não sendo assim, por se deter apenas onde encontra limites, o detentor do Poder sempre tenderá a dele abusar em prejuízo do cidadão. A esse respeito, menciona:

“Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. (...) Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, nobres ou povo, exercessem estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões dos particulares.”¹

A considerar, todavia, como afirmava Rousseau, ser o poder soberano uno e indivisível², a “separação de poderes” não seria mais

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31-32.

² TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 571.

que uma divisão das funções do Estado em razão de determinados critérios materiais: enquanto ao Legislativo incumbiria a elaboração das leis – desde o século XVIII identificada com a vontade popular –, ao Executivo caberia apenas cuidar de sua execução, mediante a função de governo. Quanto ao papel do Judiciário, na doutrina de Montesquieu, seria meramente o de aplicar as leis, solucionando os conflitos concretos. Nessa tarefa, no entanto, o juiz limitar-se-ia a ser “*a boca da lei*”, dotado, à luz da ideologia liberal da época, não mais do que do poder de atender à finalidade última desta, projetada pelo consenso da maioria³.

O conceito, porém, em sua linha pragmática, é bem mais complexo, estando longe de decorrer da geração espontânea da brilhante mente de um único autor. Igualmente, a configuração prática do instituto apresenta certa complexidade; por ser corriqueiro, em certas situações, ao analisarmos a efetividade do princípio, deparar-mo-nos com um contexto no qual o objeto de conhecimento não se mostra tão cristalino, por estar envolto em imbricadas construções que toldam a percepção do seu real significado.

Ademais, é conveniente lembrar a assertiva de Zaffaroni, o qual, ao apontar funções “manifestas” e “latentes” nas instituições, respectivamente aquelas reconhecidas no discurso oficial e as efetivamente cumpridas, leva a concluir sobre a possibilidade de grande disparidade entre elas, capaz de tornar paradoxal a distância entre o que “se diz” e o que “se faz”⁴.

Daí a importância da análise semântica do conceito, detectável a partir dos significados a ele atribuídos ao longo de sua evolução – sempre vinculados à sua finalidade –, e sua pragmática, isto é, a maneira pela qual ele tem sido aplicado. É o que procuraremos esmiuçar.

³ Só posteriormente o conceito de democracia passou a ser identificado, também, com a proteção dos direitos das minorias.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

2 A evolução do conceito de “Separação dos Poderes”

Como se sabe, ao escrever sua obra, no pleno efervescer do Iluminismo, defensor de maior liberdade do indivíduo, Montesquieu baseou-se na sua visão da prática constitucional britânica e, em particular, nos escritos de Locke, indicadores da pluralidade de poderes presentes naquele Estado – diversamente da maior concentração de poder praticado no Continente –, capaz de garantir maior liberdade e segurança aos cidadãos, comparada àquela existente em outras plagas.

Bem antes disso, todavia, Aristóteles já apontava o perigo existente em atribuir-se a um único indivíduo o exercício do poder⁵, enquanto Marsílio de Pádua, no século XIV, distinguia o poder legislativo do poder executivo, vinculando-os à ideia de soberania popular⁶. Também Maquiavel, no século XVI, em sua obra “O Príncipe”, alude a três poderes distintos na França: o legislativo, o executivo (o rei) e um judiciário independente, cujo mérito era a capacidade de proteger os mais fracos dos poderosos, poupando o rei de incorrer no seu desagrado⁷.

De outra parte, as ideias defendidas por Locke, no “Segundo Tratado dos Direitos Civis”, tampouco correspondiam apenas à defesa de uma ideologia; foram resultado de lenta evolução, que dera à Inglaterra uma “constituição”⁸ peculiar em face das demais vigentes no Continente. Favorecida por seu caráter insular (geográfica e

⁵ ARISTÓTELES, *A Política*, Livro III, Cap. XI.

⁶ Em “Defensor Pacis” (1324), conforme DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 190. Igualmente, JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 532-533.

⁷ DALLARI, op. cit., p. 191.

⁸ Utilizamos-nos da expressão “constituição”, aqui, apenas no sentido institucional, ou seja, como integrante do arcabouço institucional de uma nação. A constituição formal ou materialmente, como conhecemos, só surgiria, obviamente, muito depois, com o advento do movimento correspondente no final do século XVIII e, particularmente, após a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787.

culturalmente), desde cedo ela desenvolveu a noção da submissão de todos às leis.

Com efeito, já Fortescue, em meados do séc. XV, apontava, na Inglaterra, a sujeição do rei às leis, diversamente do ocorrente na França, onde seus poderes eram plenos. A seu turno, no início do séc. XVII, durante o reinado de Elizabeth I e, depois, de Jaime I, Coke dissertava sobre a supremacia do *common law*⁹ – o qual, na visão de José Adércio Leite Sampaio, acentua a independência dos juízes –¹⁰, bem como, na esteira de Bracton, sobre a submissão dos juízes à lei (1608) e, na linha do *Case of the Proclamations* (1610), a impossibilidade de o rei alterar o *common law*¹¹. Defendeu, ainda, caber ao Judiciário a definição de sua competência, e não ao rei¹². Aproximadamente à mesma época, Hooker, pela primeira vez, asseverou a supremacia do Parlamento sobre o rei¹³.

Pouco depois, em 1642, ao reconhecer a importância da vitaliciedade como garantia, a Corte considerou deverem os juízes permanecer em seus cargos “*during good behavior*” (a destituição só seria feita mediante processo, após decisão da maioria da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns, diante da prática de crime ou sério desvio de conduta), enquanto o *Instrument of Govern*, de Cromwell, distinguia a função do *Lord* protetor daquela do parlamento¹⁴. A isso, acresça-se o reconhecimento da imunidade judiciária civil e penal em face de erros (1674) e, com o *Act of Settlement*, ser a independência dos juízes um dos elementos da “*rule of law*” (1701)¹⁵.

Havia, na realidade, como afirmado por John Aylmer, bispo de Londres à época, uma mescla de vários regimes, em que diferentes

⁹ ARAGÓN, Manuel. *Constitución y Control del Poder*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 18.

¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*, p. 5.

¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit..

¹² SAMPAIO, José Adércio Leite, Op. cit., p. 6.

¹³ JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 533.

¹⁴ JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 533.

¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite, idem, p. 6.

pessoas possuíam determinada autoridade; ou melhor, consoante se deduz dos ensinamentos de Manuel Aragón: cada autoridade possuía determinada parcela do poder, com frequência concorrente à de outro, e, se tinha o condão de criar superposições e, portanto, desencontros, tinha, também, o de evitar a concentração de poderes e propiciar o mútuo controle. Não se tratava de autêntica separação de competências, mas de uma concepção plural de poder, exercido de forma participativa. Só no século XVIII, todavia, essa composição mista de poder levaria a Constituição britânica a alcançar uma forma balanceada, com o equilíbrio dos poderes¹⁶.

Curiosamente, porém, o *Act of Settlement* não foi estendido aos juízes das treze colônias norte-americanas, de forma que a própria Declaração de Independência apontava a sujeição dos juízes ao rei – uma das causas da tirania sobre os colonos (§ 3º)¹⁷. Certamente por isso, embebida em Montesquieu, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, era expressa quanto à separação dos poderes entre executivo, legislativo e judiciário (§ 5º), enquanto a Constituição dos Estados Unidos da América foi cuidadosa ao instituir esse último poder, tarefa completada com o julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803), que não só fixou o *judicial review*, como, ainda, a possibilidade de os tribunais controlarem a atividade administrativa e a da maioria no poder¹⁸.

A exigência da separação apareceria ainda, com ênfase, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França, em 1789, cujo artigo XVI assinala: “*toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição*”.

Considerada, portanto, a antiguidade da discussão, a novidade em Montesquieu, como reporta Jellinek, não estaria tanto em diferenciar as funções do Estado, mas em explicitar a necessidade

¹⁶ ARAGÓN, Manuel. Op. cit., p. 18.

¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite, idem, p. 8.

¹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite, idem, p. 10.

de serem elas exercidas por órgãos distintos entre si¹⁹, ainda que inter-relacionados. Esse exercício, preconizado, devia ser efetuado de forma harmônica.

Embora à teoria da separação dos poderes seja ínsita a noção de controle do poder – este é o seu propósito –, ela não ensejava, por si, a existência de controles mútuos entre os poderes, ou seja, de “freios e contrapesos”. A limitação preconizada por Rousseau, que mais influenciou a França, baseava-se na garantia dos direitos fundamentais (limitação material), na divisão dos poderes (limitação funcional) e nas eleições (limitação temporal). Por ser a lei, no seu entendimento, produto da razão (e não da harmonização de interesses conflitantes), oriunda da vontade soberana do povo, só cabia fazer valer sua prevalência, a despeito de tudo o mais. Nesse quadro, portanto, não havia como sobrar espaço para a interpretação da lei pelos juízes, que apenas deviam aplicá-la. Por isso, na fase revolucionária, a Constituição francesa de 1791, como a do Ano III, apenas previu a divisão dos poderes, sem controles mútuos, enquanto a Jacobina (agosto de 1792) e a de 1793 chegaram a negar a divisão, ao preverem um regime dominado pela Assembleia, sem mecanismos eficazes de controle²⁰.

A verificação da necessidade de controles mútuos, embora passível de ser antevista à luz da prática britânica, só veio a ser mais bem explicitada por Hamilton, Madison e Jay, em “O Federalista” (XLVII), e pelas palavras de Madison dirigidas ao povo de Nova York, em 01/02/1788, quando afirmou que, salvo pudessem os “departamentos” (Poderes) controlar uns aos outros, “o grau de separação que o princípio requer, como indispensável a um governo livre, nunca poderá ser, na prática, convenientemente mantido”²¹. Posteriormente, isso restou explicitado pela Constituição norte-americana, na linha da afirmação de Kant, pela qual esses poderes, como “outras tantas pessoas morais”, “devem completar-se mutuamente e subordinar-se umas a outras”²².

¹⁹ JELLINEK, op. cit., p. 534.

²⁰ ARAGÓN, Manuel, op. cit., p. 25-26.

²¹ MADISON, James. *Federalista*, n. 48.

²² JELLINEK, Georg, op. cit., p. 452.

Tanto foi a ênfase dada pela Constituição norte-americana ao controle, que, segundo um dos seus mais autorizados intérpretes, “o mais poderoso dos freios no garantir as relações regulares entre o poder federal e os poderes dos Estados, e ainda entre os próprios ramos do poder federal, tem sido inquestionavelmente a Corte Suprema”²³.

Ao final, o que se nota é que, à luz dessas matrizes – a inglesa, a francesa e a norte-americana –, paulatinamente o princípio passou a ser albergado nas Constituições posteriores, ainda que com diferenças específicas, principalmente no tocante ao Judiciário, a cujo respeito, na prática, o conceito de autonomia tem sido variável.

3 A pragmática da separação dos poderes

É comum ser afirmado que, ao aludir-se a “Poderes”, estar-se-ia, na verdade, a falar das diferentes funções ou missões (Bénoit) do Estado²⁴, cuja classificação, ensina-o a teoria das classes, pode ser tão variada quanto os critérios utilizados para especificar suas distinções. Justamente por isso, deve-se concordar com Agustín Gordillo no sentido de que o essencial, para os propósitos da teoria da separação dos poderes, não é a divisão em órgãos, mas em funções²⁵, pois é a partir da análise de sua natureza que podemos – e devemos – compreender, planejar e racionalizar a atividade dos órgãos.

É patente não estar cada órgão (poder) do Estado a exercer, apenas, uma única função típica, mas sempre as três básicas: a administrativa (executiva – correspondente à de governo), a normativa e a julgadora. A diferença está, basicamente, no estabelecimento da função preponderante de cada um dos núcleos centrais de

²³ Willoughby, *The Supreme Court of the United States*, p. 33, citado por LESSA, Pedro, *Do Poder Judiciário*. Ed. Fac-Similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 3-4.

²⁴ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.

²⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Macchi, 1974, t. I, p. 2.

soberania (Poderes) e no âmbito de seu alcance e eficácia. Enquanto no Executivo prepondera a atividade executiva, isto é, a de governo, sendo acessórias a normativa (nesse plano, regulamentadora) e a julgadora (contenciosos administrativos), no Legislativo predomina a função atinente à elaboração de normas gerais e abstratas, embora não seja impossível a formulação de normas gerais e concretas ou, ainda, individuais e concretas²⁶, sem prejuízo de atividades executivas (a administração do próprio órgão) e judicantes, como na hipótese de processos disciplinares ou, em plano constitucionalmente diverso, de *impeachment*. O Judiciário, por sua vez, não só exerce a função judiciária, dirimindo conflitos, como administra seus órgãos e exerce competência normativa dentro de sua esfera (elaboração de Regimentos Internos, constitucionalmente com *status* de lei, e de normas relativas à sua própria administração: Resoluções, Provisamentos, Ordens de Serviço etc.)²⁷. É impróprio afirmar, portanto, que o Executivo somente governa, o Legislativo só legisla e o Judiciário apenas julga conflitos. A diferença na atividade julgadora é que, enquanto no Judiciário ela se caracteriza pela imparcialidade do órgão julgador e pela inércia, pois somente age quando provocado, sendo sua decisão, ainda, definitiva (faz coisa julgada), nos demais Poderes essa atividade pode decorrer do impulso oficial. E, por mais autonomia que se confira ao julgador, o impulso, no geral, pertence ao quadro da pessoa interessada – situação suficiente para tornar discutível sua independência (em especial à falta das garantias de inamovibilidade) –, além de não possuir ele autonomia suficiente para balizar seus votos com base em argumentos de inconstitucionalidade, por dever ater-se unicamente à lei, estando

²⁶ Por exemplo, na concessão de pensão especial (incondicionada) a determinado indivíduo ou seus descendentes imediatos.

²⁷ Sem prejuízo de a decisão judicial, em si, ser ela própria uma norma jurídica: normalmente individual e concreta, para as lides em geral, eventualmente poderá ser geral e concreta nas ações coletivas julgadas procedentes, ou gerais e abstratas nos casos de controle de constitucionalidade.

essa matéria reservada ao Judiciário, seja no exame difuso, seja no exame concentrado²⁸.

O fato de cada núcleo de Poder exercer não apenas uma função única, a típica, mas possuir também outras, decorre, naturalmente, da própria ideia de separação dos poderes, no quanto preconiza, para cada um, autonomia no trato de suas funções precípua. Para uma independência real, é imprescindível tenham os Poderes capacidade de autorregular-se e autodisciplinar-se; sem isso, é extremamente questionável caracterizá-los como “Poderes”. Somente exercitando essas diferentes funções podem eles almejar efetiva autonomia. Sem isso, abre-se margem para que um Poder prepondere sobre outro e o controle, por via nem sempre admitida constitucionalmente.

Além dessas funções básicas, há, ainda, uma de outro tipo, essencialmente distinta, que, em maior ou menor grau, deriva da concepção da separação de poderes como explicitada na Constituição dos Estados Unidos da América. Corresponde à função de controle, imprescindível para o reforço das garantias do indivíduo e da sociedade. É inerente não apenas ao Estado de Direito, mas, principalmente, ao Democrático, voltado à efetiva soberania popular. Constitucionalmente estipulada, seu escopo imediato é a preservação de cada Poder e, por decorrência, do Estado e de seus cidadãos, relativamente aos excessos praticados por uns em detrimento de outros. É o que ocorre na hipótese de *impeachment*, quando se atribui ao Congresso, em sessão presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como nos vetos legislativos, nas apura-

²⁸ Apoiado em Jousserandot, Pedro Lessa apontava como características da atividade judicial: (1) o exercício da função de árbitro dentro de uma contenda; (2) a atuação somente em casos particulares, e nunca em abstrato; e (3) a inércia. Desde a Emenda Constitucional n. 16/1965, porém, não se pode mais considerar a atuação jurisdicional restrita aos casos particulares, por ser possível haver o controle abstrato de constitucionalidade das leis, ainda que apenas pelo Supremo Tribunal Federal. LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Ed. Fac-Similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 1.

ções promovidas pelos Tribunais de Contas e, ainda, no controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, pelo Judiciário.

Na verdade, a garantia da liberdade somente será efetiva se, em vez de o sistema limitar-se a distribuir funções entre diferentes órgãos (Poderes), houver a previsão de cada um deles fiscalizar e controlar os demais, coibindo abusos ou falhas. Assim, se a pretensão for a de assegurar a máxima eficácia aos direitos e garantias individuais – móvel das modernas Constituições ocidentais –, a única interpretação adequada só pode ser a que vislumbra não apenas uma separação formal entre esses ramos nucleares do Estado, dos quais decorrem seus variados órgãos, mas a que garante uma independência real, tanto quanto possível, entre esses diferentes ramos, de forma a assegurar o controle de cada um pelos demais, de modo que nenhum deles possa exorbitar de suas funções. Bem contemplada sua linha histórica, esta tem sido a tendência do direito constitucional nas democracias modernas.

Evidentemente, como é fácil constatar no direito comparado, em especial se contrapusermos o sistema norte-americano ao dos países europeus continentais, influenciados pelo francês, nem sempre a concretização do princípio segue as mesmas balizas. É bastante conhecida, por exemplo, a ênfase conferida, no sistema francês, à soberania popular e, por derivação, à lei como expressão dessa soberania. A consequência lógica, marcante principalmente em seu início, foi a desconfiança em relação ao Judiciário, ao qual, via de regra, é vedado o controle difuso de constitucionalidade, como praticado nos moldes norte-americanos. Na França, tanto o controle dos atos do Executivo sujeita-se ao “contencioso administrativo”, quanto, caso os juízes vislumbrem possível inconstitucionalidade, a discussão é transferida para a Corte Constitucional, para que esta a dirima. De outra parte, também nos sistemas parlamentaristas, em razão de sua natureza, não é nítida a tripartição, por ser a função de governo exercida por um corpo destacado entre a maioria do Parlamento, ao qual o Gabinete se submete.

Em todos os casos, porém, na atualidade, a concepção do princípio envolve não somente a distribuição das funções, mas,

também, os controles recíprocos: os “freios e contrapesos”. Todavia, para que os valores almejados – liberdade e dignidade em face do Estado – possam ser alcançados, não há receita única, válida para todos os Estados. O essencial é a estruturação dos sistemas políticos e a sistemática de funcionamento dos órgãos de Estado serem feitas de modo a preservar os direitos e garantias dos cidadãos em suas variadas dimensões. Mais especialmente, as funções estatais devem ser distinguidas em razão de sua natureza, atribuindo-se a responsabilidade sobre cada uma delas a órgãos específicos e independentes, de modo que cada qual as execute livre de injunções dos demais, dentro de um determinado quadro normativo. Ultrapassado este, é possível a ação dos demais, dentro das regras preexistentes, com o propósito de realinhar a ação do Poder desbordante à sua esfera de competência. Evidentemente, concebido o controle mútuo entre os Poderes, reforça-se a garantia do cidadão, por tornar mais difíceis os abusos, que mesmo órgãos com competências delimitadas podem praticar.

Particularmente em relação ao Judiciário, é fácil imaginar o quanto os direitos e garantias individuais, sociais ou de terceira geração podem ser tolhidos diante da ação dos demais Poderes, se ele, assim como os magistrados que o compõem, não estiver imunizado contra ataques indevidos. Afinal, o que impediria a restrição à liberdade de reunião, de expressão (em suas inúmeras vertentes, a incluir a informação), o irregular estado de sítio ou, ainda, a mais comezinha apropriação criminosa dos bens públicos ou simplesmente a corrupção nas altas esferas políticas, não fosse o Judiciário independente? Efetivamente, seria impossível manter a ordem constitucional, caso o Executivo pudesse exonerar ou remover um juiz que julgasse contra seus interesses ou, ainda, se desconfiado da postura futura do Judiciário sobre determinada questão, ele subtraísse essa matéria à sua apreciação, tal como ocorre nos “tribunais de exceção”. Bem por isso, escreveu Burke, posteriormente citado por Story, sobre a necessidade de o Estado organizar sua

magistratura “como se esta fosse uma instituição criada e existente fora do mesmo Estado”²⁹.

Por outro lado, a depender da postura do Judiciário, não é raro o Executivo arguir paralisia quando suas políticas públicas são judicializadas. Embora, por certo, isso nunca decorra de iniciativa do Judiciário, é daí que surgem as críticas ao “ativismo judicial” como invasivo de sua esfera de competência. No entanto, primeiro caberia verificar o que levou o cidadão A ou a instituição B (vinculada ou não a outro Poder) a contestar aquela política, para, só em seguida, ver se de fato houve a alegada invasão de competência, o que deverá ser feito segregando-se, no sistema constitucional – muitas vezes pleno de normas principiológicas e programáticas (principalmente Constituições analíticas, como a brasileira de 1988) –, o que está aberto à atuação do Judiciário. Somente depois poder-se-ia concluir se a conduta fora consentânea com as linhas mestras constitucionais.

De todo modo, se diversos podem ser os caminhos rumo ao valor “liberdade”, é possível delinear características básicas que, presentes, possibilitam afirmar a independência dos Poderes. Considerando apenas o Judiciário – que, à falta do poder das armas, do controle do Tesouro e da edição das leis (ainda que possua algum poder normativo, este é bastante delimitado), tende a passar a impressão de ser o menos forte dos Poderes –, essas características correspondem, na verdade, a certas garantias dirigidas, seja à instituição, seja aos magistrados que a compõem.

Pensado apenas em sua acepção clássica e mais rasa, referente tão só à independência dos julgamentos, decerto bastaria vedar-se que qualquer pessoa interna ou externa à instituição pudesse influir ou pressionar por certo julgamento, o qual deve ser feito somente de acordo com a consciência do magistrado, para considerar garantida a independência.

Uma vez, porém, que nem sempre as violações são perpetradas de modo tão direto, desde cedo os ordenamentos passaram a

²⁹ STORY, *Commentaries*, v. 2, § 1.577, citado por LESSA, Pedro, op. cit., p. 4.

fixar algumas garantias básicas, com vistas à manutenção dessa independência: a vitaliciedade, a irredutibilidade de vencimentos e a inamovibilidade.

Sendo o Direito um fato cultural, não necessariamente a ausência, por expresse, dessas garantias no ordenamento significará ataque à independência do Poder Judiciário. Dependerá do contexto e do efetivo respeito à independência do poder de julgar. Veja-se o caso do Japão, que, mesmo sem garantia de inamovibilidade e de vitaliciedade (embora prevista estabilidade no cargo por dez anos, até reavaliação do magistrado), não costuma ser acusado de pressionar os juízes por decisões em seu favor. Lá, ainda que, evidentemente, situações pontuais em contrário possam acontecer, como em qualquer outro lugar (Brasil e Estados Unidos não foram exceções no curso do *New Deal*), há sempre o peso da cultura a impedir semelhante desrespeito. No caso, o pensamento, provavelmente, é o de que a remoção feita mediante uso de critérios objetivos preestabelecidos e transparentes, assim como a cassação do cargo feita em um sistema que de antemão prevê a reavaliação da pessoa a cada dez anos (em especial se o processo é transparente e viável é o contraditório), não fere a assinalada independência.

Não se desconhece que mesmo em países culturalmente tidos por avançados podem ocorrer rupturas ou desvios, como são exemplos os adventos do nazismo e do fascismo, respectivamente na Alemanha e na Itália, da ditadura franquista na Espanha (todos relativamente recentes), bem como, no próprio Japão, do seu controle pela ditadura militar – por boa parte do início do século XX, até o final da II Guerra Mundial –, que perpetrou inúmeros abusos durante a ocupação da China e do Sudeste Asiático. Veja-se, ainda, a situação do Judiciário em países com certo desenvolvimento, como a Rússia e a Venezuela, onde ele se encontra totalmente atado e submisso ao regime em vigor.

Daí a dificuldade de avaliação da pragmática do princípio, sendo certo, porém, que, a despeito da possibilidade de sua violação, mais garantido está o cidadão quando a Constituição expressa

claramente essas garantias do que quando as deixa em aberto, a depender apenas da consciência social, nem sempre presente, principalmente em certos países.

Voltadas a essa expectativa, as Constituições costumam prever certas regras, sobre as quais são tecidas várias classificações. Frederico Marques, por exemplo, falava em independência política (garantias de irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade e inamovibilidade) e independência jurídica (quanto às decisões). José Adércio Leite Sampaio, por sua vez, distingue a independência externa (institucional, orgânica ou objetiva) da interna (funcional).

A independência externa corresponde àquela apresentada pelo Judiciário, como instituição, em relação aos demais Poderes; abrange a autonomia administrativa, orçamentária e financeira. A independência interna (funcional), por sua vez, liga-se àquela apresentada pelo juiz, em face dos seus pares, para a tomada de decisões jurisdicionais.

Sob o prisma institucional, somente há independência se o órgão for capaz de autorregular-se (autonomia administrativa), prevendo sua organização interna e o modo de funcionamento, e puder dotar-se dos meios adequados para a persecução de seus fins, seja prevendo os recursos necessários para suprir suas despesas (autonomia orçamentária), seja gerindo esses recursos (autonomia financeira).

É preciso atentar, todavia, que, não obstante essas classificações, criteriosamente efetuadas, sejam úteis para efeitos científicos e pedagógicos, por simplificarem a complexidade existente e permitirem melhor compreensão do fenômeno estudado, sempre a realidade é mais rica, a ensejar a necessidade de sua contemplação por diversos prismas.

Assim, é impossível olvidar que, embora as garantias da irredutibilidade de vencimentos, da inamovibilidade e da vitaliciedade dirijam-se mais diretamente à pessoa do magistrado – motivo pelo qual, comumente, como deixa entrever José Adércio Leite Sampaio, são incluídas entre os atributos da independência interna

(funcional) –, elas também protegem o exercício da magistratura dos ataques porventura oriundos do âmbito externo, como a hipótese de uma lei, diante de grave crise econômica e financeira, determinar uma redução, ainda que temporária, dos vencimentos dos magistrados. Ademais, não apenas servem de garantia ao magistrado, mas, por via de consequência, à própria instituição, tornando-a assim mais forte.

Lamentavelmente, diante do limitado escopo deste trabalho, é impossível maior detença sobre cada uma dessas garantias, ainda que sumamente importantes e de interessante apreciação. Cingindo-nos a apontar as garantias básicas para a apreciação da independência do Judiciário, isto é, as funcionais, acima referidas, assim como as institucionais (autonomia administrativa, orçamentária e financeira), o essencial a ter em mente para os propósitos colimados é: (i) a variabilidade de situações possíveis, podendo as garantias ser plenas, limitadas ou condicionadas; (ii) a importância da cultura e das particularidades de cada sistema jurídico; (iii) a impossibilidade de existência, mesmo a despeito do sistema de freios e contrapesos, de sistemas com Poderes absolutamente autônomos.

Com efeito, independentemente da forma de controle, a arrecadação básica para o sustento do Estado sempre advirá da atividade executiva, que repassa os recursos ao Judiciário. Inevitavelmente, portanto, será difícil dimensionar a justa medida necessária ao repasse, de modo que não seja feita nem aquém nem além de suas reais necessidades. A atribuição de garantias institucionais decerto facilita a tarefa; todavia, nem sempre são elas suficientes para dirimir os problemas verificados, em especial nos países em desenvolvimento, onde escassos são os recursos e múltiplas são as demandas a serem satisfeitas.

O artigo 99 da Constituição de 1988, ao assegurar autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário, estipula que a proposta de orçamento para esse Poder será apresentada consoante os limites estipulados com os demais; ou seja, todos dialogariam “harmonicamente” para estabelecer, em conjunto, o valor adequado.

Na prática, todavia, não é simples; seja porque o Executivo tende a forçar sua posição, fortalecida por ser o detentor dos recursos, seja porque os demais Poderes naturalmente tendem a defender os interesses próprios de suas funções, sem possuir conhecimento mais aprofundado das funções dos outros Poderes.

4 O Poder Judiciário e a criação dos conselhos de justiça no direito comparado

Excetuados os costumes ingleses, que há tempos previam certa autonomia para os magistrados no exercício de suas funções judicantes, em regra, até a Revolução Francesa, a prática na Europa continental era a de os juízes agirem por delegação do rei (em seu nome) no exercício de uma função especializada do Estado. Não por outra razão, os “parlamentos”³⁰ e seus juízes, tão associados ao poder real, tornaram-se, após a Revolução, alvos de desconfiança; tanto que, originada dúvida sobre a interpretação de uma lei, devia o juiz encaminhar a questão à Assembleia Nacional³¹.

Assim, embora formalmente assegurada a vitaliciedade aos juízes – quando não eleitos (principalmente após 1793), eram escolhidos em listas –, não foram poucas as ocasiões, no curso do século XIX, até a Lei de 30/01/1873, na França, em que foram promovidos expurgos de magistrados (um quarto deles nessa Lei). Em 1799, ainda, o Ministro da Justiça tinha poder de direção de certos tribunais e de aplicação de sanção a magistrados³².

Nesse contexto, pois, era marcante a diferença entre o sistema continental e o anglo-saxônico, lastreado em conceito mais flexível de lei, principalmente se considerada a práxis norte-americana,

³⁰ Designação dada aos antigos tribunais de justiça criados, na França, por Luis IX (século XII), cujos cargos, no Antigo Regime, primeiro atribuídos a certas pessoas, depois passaram a ser comprados ou herdados (como o foi por Montesquieu). Foram dissolvidos em 1789.

³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 14.

³² SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 15.

derivada de sua Constituição e da compreensão desta pela Suprema Corte, desde o caso *Marbury v. Madison*³³. No entender dos constitucionalistas americanos, que tanto influenciaram outros, como o nosso Pedro Lessa, é irrelevante a objeção – de alguns (leia-se, em especial, o sistema francês) – referente à impossibilidade de um poder ser nomeado ou eleito por outro, porque “*nunca se exigiu em direito público a eleição direta ou imediata pelo povo para a constituição de todos os poderes do Estado*”³⁴, pois em qualquer deles o representante do poder político seria o chefe do Executivo.

Contudo, se, ao menos na aparência, o princípio democrático (na linha de Rousseau) era atendido com a praxe francesa, que, inclusive, em determinado momento, veio a outorgar certas garantias ao Judiciário – como a vitaliciedade –, cedo foi percebida a necessidade de reforçar essas garantias contra intervenções inadequadas que pudessem ser praticadas pelos outros poderes em detrimento do cidadão. Na França, diante das inúmeras demissões de magistrados supostamente vitalícios, era nítida a pouca valia dada a essa espécie de garantia.

Natural, portanto, era a insegurança disso decorrente, grandemente reforçada pela dependência orçamentária em relação ao Executivo, tanto no tocante ao aparelhamento da instituição, quanto no tocante à política remuneratória dos magistrados.

Paulatinamente, os países da Europa continental, a começar pela França e depois pela Itália, conceberam a existência de um órgão colegiado, encarregado de preservar a independência do Judiciário: os Conselhos de Magistratura.

Na França, o Conselho Superior da Magistratura originou-se de Lei de 1883, correspondente à reunião de todas as Câmaras da Corte de Cassação, para deliberar sobre questões disciplinares. Posteriormente, passou por diversas mudanças, entre as quais a da

³³ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria Geral do Controle do Poder Público*. Lisboa: Cosmos, 1996, p. 183. Segundo ele, foi essa menor rigidez que permitiu, mais facilmente, o advento do *judicial review*.

³⁴ LESSA, Pedro, op. cit., p. 4.

Constituição de 1946, quando se tornou órgão auxiliar do Presidente da República (que preside o Conselho), e as da Lei Constitucional de 27/07/1993 e da Lei Orgânica de 05/02/1994, que retomaram a eleição para os conselheiros magistrados. Composto, além do Presidente da República, pelo Ministro da Justiça (Vice-presidente do Conselho), por doze representantes do Judiciário e do Ministério Público, um integrante do Conselho de Estado e três pessoas escolhidas pelo Presidente da República, o Conselho francês tem por principais competências a indicação de nomes para as Cortes de Cassação e de presidentes para as Cortes de Apelação e outros Tribunais (a indicação dos demais magistrados é de iniciativa do Ministro da Justiça, mediante aprovação do Conselho), a apreciação de promoções, a matéria disciplinar e, em especial, a defesa da independência do Judiciário. Para tanto, recolhe dados da realidade, inspeciona as unidades e apresenta relatórios sobre seu funcionamento, apontando os problemas verificados nas Cortes e na Escola de Magistratura e sugerindo providências ao Presidente da República. Presta, ainda, informações sobre questões atinentes ao Judiciário, em cuja defesa, por exemplo, repudiou a convocação de magistrados por uma CPI em 2006³⁵.

No entanto, o fato de suas decisões poderem ser revistas pelo Conselho de Estado reforça sua condição de órgão administrativo. Ademais, também se critica uma suposta ideologização do colegiado e partidarização da magistratura, o que causaria divisão nas eleições dos conselheiros³⁶.

Na Itália, as atribuições do Conselho Superior da Magistratura, desde 1907 estabelecido como órgão consultivo do Ministério da Justiça e também presidido pelo Presidente da República, não destoam muito do congênere francês no qual se inspirou. Esse Conselho tem por objeto a seleção, remoção e promoção de juizes, a designação de magistrados, por mérito, para a Corte de Cassação, bem

³⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 183-185.

³⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 184-185.

como a de professores e advogados, e, além das matérias atinentes à organização judiciária, deve disciplinar a administração da justiça e os serviços auxiliares. Composto, além de seu Presidente, pelo Presidente da Corte de Cassação, pelo Procurador-Geral, por dezesseis membros do Judiciário e dez juristas escolhidos pelo Parlamento – estes dois últimos com mandato de quatro anos –, também a ele ultimamente têm sido dirigidas críticas por sua defesa pública de juízes, a gerar crises com o governo e o parlamento³⁷.

Do ponto de vista administrativo, como salienta Pizzorusso, é o vértice do Poder. Foi de grande importância no curso das operações “mãos limpas” e na defesa contra a mídia e a iniciativa política para redução das prerrogativas dos magistrados³⁸.

Na Espanha, por sua vez, o Conselho Geral do Poder Judiciário é integrado pelo Presidente do Tribunal Supremo e por vinte membros nomeados pelo rei, por recomendação do parlamento, para mandato de cinco anos: doze oriundos do Judiciário, quatro indicados pelo Congresso de Deputados e quatro, pelo Senado, eleitos por 3/5 dos seus membros dentre juristas com experiência superior a quinze anos. Igualmente, incumbe-se da seleção e nomeação de juízes, e dos cursos de formação a serem adotados por meio da Escola; define promoções e questões administrativas relativas aos juízes, controla sua disciplina e realiza inspeções judiciais. Antes de tudo, porém, defende a independência do Judiciário, manifestando-se sobre os projetos de lei do seu interesse, bem como sobre as normas processuais que afetem os direitos dos tribunais e o funcionamento dos juízos, elaborando relatórios anuais sobre a situação, o funcionamento e a atividade do Judiciário e do Conselho, destacando suas necessidades. Na Espanha, é considerado órgão autônomo, externo aos três Poderes³⁹, com saldo, no geral, positivo, por ter, mesmo em clima adverso, garantido a independência da magistratura.

³⁷ Idem, p. 186.

³⁸ CARVALHO, Ernane. Controle Externo do Poder Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 170, abr./jun. 2006.

³⁹ SAMPAIO, op. cit., p. 188.

Já em Portugal, o Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e composto por 16 membros ordinários: dois indicados pelo Presidente da República, sete pelo Parlamento e sete pelo Judiciário (um do STJ, para exercer a função de vice-presidente, dois juizes do Tribunal de Relação e quatro juizes de direito, um de cada distrito, eleitos, para um mandato de três anos por sufrágio universal e secreto, por meio de listas. Lá, o Conselho apresenta-se como órgão de gestão e disciplinar da magistratura, para o que acompanha a vida funcional dos magistrados, aos quais provê a formação, suas remoções, promoções e exonerações. Possui, outrossim, a função de salvaguardar sua independência e cuidar dos cursos de formação ocorrentes no Centro de Estudos Judiciários. Não detém poderes de iniciativa de lei, mas pode emitir pareceres sobre a composição das seções dos tribunais e distribuição dos processos, para assegurar a igualdade⁴⁰. Considera-se que uma maioria de membros desvinculados da magistratura atribui maior legitimidade democrática e é capaz de evitar uma gestão corporativa⁴¹.

Na Alemanha, por sua vez, embora ainda não haja um Conselho, a administração da Justiça é em parte dependente do Executivo, estando em discussão a criação desse órgão⁴².

Atualmente, os Conselhos estão presentes em vários países do mundo, onde começaram a se disseminar na década de 1960, com a função precípua de garantir a independência do Judiciário. Amiúde, atuam, ainda, como órgãos de planejamento, gestão e controle disciplinar, bem como, às vezes, de seleção de magistrados. Na Europa, onde em geral o Conselho é considerado como evolução ao sistema de freios e contrapesos⁴³, há dois modelos: (i) o latino-europeu, no qual predominam os laços com o Executivo (sistema francês,

⁴⁰ SAMPAIO, op. cit., p. 189.

⁴¹ CARVALHO, Ernane, op. cit.

⁴² CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. Reforma do Judiciário. Tribunal Constitucional de Conselho Nacional de Justiça. Controles Externos ou internos? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 164, out./dez. 2004, p. 373.

⁴³ CARVALHO, Ernane, op. cit., p. 105-106. Na Suécia, a composição é: 1 Diretor-Geral, 4 juizes (2 presidentes de Corte de Apelação), 2 representantes do Parlamento, 1 advogado e 2 representantes sindicais.

italiano etc.); (ii) o nórdico-europeu, surgido na Suécia em 1975, que formula o projeto de orçamento do Judiciário e cuida de sua distribuição entre os diversos ramos, coordena toda a política de custeio e investimentos, gerencia os recursos humanos, físicos e logísticos, além de se encarregar do recrutamento e treinamento dos juízes. É seu plenário que faz, ainda, a distribuição dos recursos, apresentando balanço anual e justificativa de gastos⁴⁴. É seguido, também, pela Dinamarca.

Na América Latina, o processo de reforma do Judiciário, com o objetivo de aprimorar a administração da Justiça e possibilitar ampliação ao seu acesso, bem como a simplificação de procedimentos, teve o apoio do Banco Mundial, a despeito das críticas de que, em regra, neste continente os Judiciários não dependem do Ministério da Justiça⁴⁵, diversamente da Europa. A esse respeito, é de relevo citar o Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial, o qual prescrevia a reforma do Judiciário pela adoção: (i) de um órgão de controle externo; (ii) de meios alternativos de solução de conflitos; (iii) da prevalência da jurisprudência dos órgãos de cúpula⁴⁶.

Nessa parte do hemisfério, além do Brasil, pode-se citar a constituição de Conselhos, entre outros, na Argentina (1994)⁴⁷, na Colômbia (desde 1886, reformado na Constituição de 1991), no Peru e no México (1994).

4 A experiência do Brasil: o Conselho Nacional de Justiça – CNJ

Diante das sólidas garantias de independência outorgadas ao Judiciário pela Constituição de 1988, institucionais (externas) –

⁴⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 192-193.

⁴⁵ SAMPAIO, op. cit., p. 196.

⁴⁶ GRAMSTRUP, Erik Frederico. Conselho Nacional de Justiça e Controle Externo: roteiro geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin e outros (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 196.

⁴⁷ Na Argentina, os juízes são minoria no Conselho, composto, além do Presidente da Suprema Corte, de 4 juízes (2 de primeira instância), 8 legisladores, 4 advogados, 1 representante do Executivo e 2 do mundo acadêmico; apud SAMPAIO, op. cit., p. 197.

reveladas pela autonomia administrativa, orçamentária e financeira – e pessoais (internas), isto é, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (que aqui, como nos Estados Unidos, entende-se somente referir-se aos nominais, e não aos reais), evidentemente, seria desnecessária a instituição de um Conselho, no Brasil, nos moldes europeus, apenas com a finalidade de preservar a independência da instituição.

A preocupação, na verdade, era diversa: a de imprimir maior eficiência à administração da Justiça, melhorar seu acesso à população, conferir-lhe celeridade e coibir a corrupção e outros desmandos, em especial nos tribunais, até então imunes à atuação correcional de outros órgãos, ressalvada a competência própria dos Tribunais de Contas. Problemas tão antigos que, como apontou Almir Pazzianotto, já em 1655 Padre Vieira acusava o julgador de dilatar por “*oito meses a demanda que se pudera concluir em oito dias*”⁴⁸.

Certamente, desde o advento da Emenda Constitucional n. 7/1977, editada com base no Ato Institucional n. 5/1968, havia o Conselho Nacional de Magistratura (art. 112, II, da Constituição de 1969 – EC 1/69)⁴⁹, formado por sete ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, escolhidos entre eles próprios, com poderes para correcionar os tribunais e avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância (art. 120).

Contudo, não obstante a defesa veemente à sua criação pelo Presidente do STF à época, Ministro Antônio Neder⁵⁰, esse órgão nunca teve atuação relevante nem alcançou seu verdadeiro desiderato, que era o controle das instâncias inferiores.

Na Constituinte, desde 1987, foi amplo e profícuo o debate sobre o Judiciário; ponderou-se desde a conveniência da manutenção da estrutura dual de Justiça, com a extinção da Justiça Federal – ao argumento de que, ressalvada a organização judiciária, toda a

⁴⁸ PINTO, Almir Pazzianotto. *A Face Executiva da Corregedoria*. (Coleção Revista Jurídica Consulex 16 anos.)

⁴⁹ Integrante do Poder Judiciário.

⁵⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 240.

legislação básica aplicável era federal –, até a adoção da estrutura atualmente implantada, com a instauração de um controle externo a esse Poder.

Discussão sobre isso já constara do texto do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, que fora apoiado, na época, pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, presidida por Márcio Thomaz Bastos (posteriormente Ministro da Justiça no governo Lula) e pelo constituinte Nelson Jobim (futuro Ministro da Justiça, no governo Fernando Henrique Cardoso, e do STF, do qual foi Presidente). Em sentido contrário, o discurso de Josaphat Marinho acusava, nessa intenção, a violação à separação dos poderes⁵¹.

Foi, todavia, o agravamento da situação do Judiciário, decorrente de uma primeira ampliação de seu acesso a partir da maior divulgação dos direitos – também estes ampliados (em escala crescente, desde o reconhecimento de direitos sociais)⁵² e melhor assegurados na nova Constituição – e da exponencial multiplicação dos conflitos surgidos com a adoção de seguidos e frustrados Planos Econômicos de combate à hiperinflação verificada nesse período, em especial o Plano Collor (1990)⁵³, agregada à natural demanda oriunda dos questionamentos relacionados à transição do ordenamento, da velha à nova ordem⁵⁴, que tornou mais visível a necessidade de reforma do sistema normativo, bem como da gestão

⁵¹ SAMPAIO, *idem*, p. 241.

⁵² A esse propósito, é importante, também, o aspecto levantado por Zaffaroni a respeito do incremento da complexidade do Estado e de suas normas, decorrente da maior variedade e complexidade de tarefas hoje a ele atribuídas em virtude do reconhecimento desses direitos sociais, bem como o papel desempenhado, na América Latina, pelo retorno à democracia, considerada a atrofia do Judiciário durante as ditaduras locais (ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 23 e 25).

⁵³ Citem-se, a respeito, a partir do Plano Cruzado (28/02/1986), não tão contestado, os Planos Bresser (1987), Verão (1989), Collor I e II (1990 e 1991, respectivamente), além dos empréstimos compulsórios sobre a aquisição de combustíveis e veículos.

⁵⁴ Questionamentos, por exemplo, sobre a COFINS (Lei Complementar n. 70/1991), sobre a nova contribuição social sobre o lucro – CSL (Lei n. 7.689/88), sobre o PIS (Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449, ambos de 1988), bem como sobre a Lei de Benefícios da Previdência (Lei n. 8.213/1991).

processual e administrativa, de maneira a mitigar o problema da excessiva morosidade da Justiça⁵⁵.

Ademais, com a maior liberdade e penetração⁵⁶ da mídia e as novas atribuições conferidas ao Ministério Público pela Constituição, relativas à defesa da lei, da cidadania e dos direitos difusos, mais conflitos se instalaram e mais divulgados foram os abusos, de modo a, também isso, robustecer a demanda do Judiciário.

Evidentemente, com o aumento da consciência dos direitos e o amadurecimento da sociedade, mais elevadas tornaram-se as críticas às práticas antigas, como o clientelismo, o nepotismo e a corrupção, nos três Poderes, ainda que (em especial a última) mais pontuais no Judiciário. Nesse terreno, emblemático foi o caso do Fórum Trabalhista, do qual resultou a prisão do ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, Nicolau dos Santos Neto, depois de milhões terem sido desviados dos cofres públicos, e, ainda, após isso, o referente à “venda de decisões”, objeto da assim denominada “Operação Anaconda”, da qual resultou a prisão de advogados e de um juiz federal.

Em suma, não eram poucos os problemas e as críticas ao funcionamento do Judiciário – considerado inadequado para lidar, satisfatoriamente, com a demanda existente e em contínua expansão –, bem como ao comportamento de alguns tribunais, fosse pela ineficiência, fosse pelo nepotismo ou, ainda, pela estreita ligação, nos Estados, com políticos locais.

Daí os debates e estudos, como os que resultaram no citado Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial⁵⁷, o qual, dentre ou-

⁵⁵ Veja-se, a esse propósito, discurso pronunciado no Senado pelo Sen. Pedro Teixeira, em que destaca a ânsia por uma reforma no Judiciário desde 1970, em especial de 1974 a 1978, com o propósito de conferir-lhe maior celeridade, bem como problemas com sua instalação, burocracia, procedimentos procrastinatórios, impunidade e dificuldade de acesso. Ao fim, propõe o debate, também, sobre um órgão de controle externo a esse poder (Diário do Congresso de 02/10/1993).

⁵⁶ A liberdade, pela redemocratização; a penetração, por conta do natural desenvolvimento social e tecnológico, em um processo ainda não esgotado, como o demonstram os reflexos oriundos do advento da internet.

⁵⁷ Documento produzido pelo Banco Mundial em junho de 1996, denominado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma”,

tras medidas, recomendava a adoção de um órgão de controle externo ao Judiciário, além dos travados no Congresso Nacional e em outras instituições, inclusive na mídia⁵⁸.

Conquanto várias críticas tenham sido dirigidas ao aludido Documento Técnico, sob o argumento de servir unicamente ao capital internacional, sob qualquer prisma é inegável que não somente no seio de uma economia globalizada, mas, igualmente, levando-se em conta apenas a economia interna, são adequadas muitas de suas proposições, embora importe sempre estar atento à independência do Judiciário (fato não refutado pelo documento)⁵⁹. Não se pode desconhecer, na montagem de um quadro propício aos negócios e, portanto, ao desenvolvimento (um dos fins propugnados em nossa Constituição – art. 3º, II), a importância de uma Justiça célere, eficaz e imparcial, cujas decisões sejam pautadas em fundamentos técnicos, e nunca políticos, populistas, emocionais ou imorais⁶⁰. Daí, também – fora propiciar a ampla defesa –, a importância da fundamentação da decisão, estipulada no art. 93, IX, da Constituição.

Vencida, na Constituinte, a tese da instituição do controle externo, nem por isso a ideia esmoreceu, como o confirmam os

pelos técnicos Malcolm D. Rowat, Sri Ram Aiyer e pelos pesquisadores Manning Cabrol e Bryant Garth, com base nas experiências obtidas com a reforma judiciária em alguns países da América Latina, dentre os quais a Argentina. E, ainda que se diga ignorar ele algumas das causas da morosidade, como a reiterada violação das normas pelo Poder Público, não deixa de ter razão quanto a outros fatores, como o excesso de recursos e a ausência de mecanismos consensuais de resolução de controvérsias (total àquele tempo).

⁵⁸ Veja-se discurso proferido pelo Sen. Bernardo Cabral, no Senado, em agosto de 1995, em que aborda os problemas do Judiciário e aponta artigo de Miguel Reale, publicado no jornal “O Estado de S. Paulo” em 02/08/1995, defendendo a reforma do Judiciário e a adoção de um órgão de controle externo, com ampla função fiscalizadora, para coibir a inépcia e a corrupção (Anais do Senado Federal, agosto 1995, p. 462).

⁵⁹ A esse respeito, veja-se artigo do juiz Hugo Cavalcanti Melo Filho, que, não obstante aponte essa mazela, reconhece acertos no diagnóstico do Estudo (MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A Reforma do Poder Judiciário Brasileiro: motivação, quadro atual e perspectivas. *Revista CEJ*, Brasília, abr./jun. 2003, p. 79-86).

⁶⁰ A decisão fruto de ato de corrupção, além do aspecto criminoso, viola a imparcialidade.

debates travados no Congresso Nacional ao longo de 1993. Retornou com a Proposta de Emenda Constitucional – PEC n. 112/95, de José Genoíno, a qual foi apensada à PEC n. 96/1992⁶¹, de autoria do Deputado Hélio Bicudo, que propunha a extinção da Justiça Federal de Primeiro Grau, da Justiça Militar e da representação classista na Justiça do Trabalho de Primeira Instância. O texto foi aprovado na Câmara em 2000, com os substitutivos da Deputada Zulaiê Cobra e do Deputado Jairo Carneiro. No Senado, recebeu várias emendas, entre as quais a PEC 29/2000, do Senador Bernardo Cabral. Nesse entretanto, o Ministério da Justiça criou, em 2003, a Secretaria da Reforma do Judiciário, que buscou aprovar as propostas do governo⁶².

O intuito, com relação ao Conselho, era, essencialmente, conferir maior unidade ao sistema e que ele servisse de canal de interlocução com a sociedade. Ademais, que atuasse como órgão de planejamento e disciplinarmente em relação aos juízes e tribunais.

Alguns defensores mais ardorosos argumentavam que quem dispunha de inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade e autonomia administrativa e financeira deveria aceitar alguma limitação em contrapartida⁶³.

Assim, diante dos problemas existentes – alguns decorrentes de fatores externos inevitáveis, como o incremento da demanda, pelas razões assinaladas, e a ausência de uma reforma legislativa imediata, que racionalizasse e conferisse celeridade ao processo, e outros derivados de deficiências internas (*v.g.*, problemas de gestão, nepotismo, clientelismo em alguns Estados e insuficiência disciplinar, em especial nas segundas instâncias) –, não podia ser outro o desfecho, senão a aprovação da assinalada Reforma do Judiciário, que culminou na aprovação das referidas Propostas, como a Emenda Constitucional n. 45, em 08/12/2004, cujo artigo 1º, mediante

⁶¹ A PEC 96/1992, em 1993, foi convertida em Proposta de Emenda Revisional. Arquivada em 1999, foi desarquivada 20 dias depois pelo rel. Dep. Nelson Jobim, que a ela apensou várias PECs.

⁶² SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Considerações sobre a Reforma do Judiciário. *Revista CEJ*, Brasília, n. 23, out./dez. 2003; p. 74.

⁶³ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p. 242.

a introdução do inciso I-A ao artigo 92 da Constituição, fez criar o Conselho Nacional de Justiça.

A rigor, porém, não se trata de um órgão de controle externo ao Judiciário; para que o fosse, seria preciso: (1) que ele não estivesse formalmente afeto à estrutura do Poder Judiciário; (2) que fosse composto, majoritariamente, por pessoas estranhas a essa instituição; (3) que suas decisões não pudessem ser por ele contrastadas. Presentes essas três características, ou ao menos as duas últimas, indubitavelmente o órgão seria externo. É impossível cogitar a pertença ao sistema de quem nele não se inclui nem pela forma nem pelo conteúdo, seja porque seus membros são majoritariamente estranhos à carreira, seja porque suas decisões, mesmo administrativas, situam-se em nível superior às de qualquer órgão judicial.

Aliás, mesmo se o Conselho estivesse formalmente inserido no Judiciário, presentes as demais características (conselheiros estranhos à carreira e decisões incontrastáveis), ainda assim tratar-se-ia de órgão de controle externo, por ser impossível considerar algo diverso, se a maioria dos seus membros advém de órgãos exteriores à estrutura judicial e suas decisões são inoponíveis ao Judiciário. Ausentes, porém, as três características citadas, decerto tratar-se-á de órgão de controle interno, pelos motivos expostos.

De fato, previsto no capítulo da Constituição correspondente ao Poder Judiciário (art. 92, I-A)⁶⁴ e composto majoritariamente por magistrados, o CNJ, cujas decisões são jurisdicionalmente controladas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula desse Poder, só pode situar-se no âmbito interno deste.

Consoante o artigo 103-B da Constituição, o CNJ é composto de quinze membros, com idade entre trinta e cinco e sessenta e seis anos, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, das seguintes origens: um Ministro do STF; um Ministro do STJ; um Ministro do TST⁶⁵; um Desembargador de Tribunal de Justiça; um

⁶⁴ Trata-se do Capítulo III do Título IV da Constituição.

⁶⁵ Esses Ministros são indicados pelos respectivos Tribunais.

juiz estadual⁶⁶; um Desembargador Federal; um juiz federal⁶⁷; um juiz do TRT; um juiz do trabalho⁶⁸; um membro do Ministério Público da União; um membro do Ministério Público do Estado⁶⁹; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, um indicado pela Câmara e outro, pelo Senado Federal. Aprovados os nomes pela maioria absoluta do Senado Federal, são nomeados pelo Presidente da República⁷⁰, cabendo a presidência do Conselho ao Ministro do STF (art. 103-B, § 1º, CF).

Desse modo, dos quinze membros, somente seis, ou seja, 40% (quarenta por cento), não são, em princípio, magistrados: os representantes do Ministério Público, os da OAB e os do Congresso (dois de cada)⁷¹. O índice é semelhante ao da Espanha (oito entre vinte) e ao da Itália (doze entre trinta e dois), mas é inferior ao de Portugal (50%), onde apenas oito dos dezesseis membros advêm da magistratura⁷².

O fato de uma parcela de seus membros ser composta de pessoas não integrantes da carreira da magistratura não afasta a conclusão acima explanada, por não ser estranho ao Judiciário a outorga de poderes a pessoas nessa condição – inclusive jurisdicionais –, como ocorre na hipótese dos jurados, ainda que sob certas limitações, e no fato de a quinta parte dos juízes dos tribunais de segundo grau serem oriundos do Ministério Público ou da advocacia. Nos tribunais superiores, por sinal, nem essa limitação persiste, podendo haver nomeações dentre pessoas com notório saber jurídico, com

⁶⁶ Esses, oriundos da magistratura estadual, são indicados pelo STF.

⁶⁷ Os representantes da Justiça Federal são indicados pelo STJ.

⁶⁸ Os representantes da Justiça do Trabalho são indicados pelo TST.

⁶⁹ Os membros dos Ministérios Públicos Federal e Estadual são indicados pelo Procurador-Geral da República. No último caso, porém, dentre os nomes indicados por cada uma das instituições estaduais.

⁷⁰ Art. 103-B, § 2º, CF.

⁷¹ Desse modo, o número de membros externos ao Judiciário, no Conselho (6 dentre 15), corresponde a 40% (quarenta por cento), semelhante àquele presente no texto final da Câmara e intermediário entre os propostos por Zulaiê Cobra (46% – 6 membros dentre 13), Jairo Carneiro (13% – 2 membros dentre 15) e Aloysio Nunes (33% – 3 membros dentre 9).

⁷² Em todos esses casos, com a Presidência atribuída a um magistrado.

idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, a incluir, portanto, outros profissionais do direito, como os acadêmicos⁷³.

A Constituição, no art. 103-B, § 4º, atribuiu ao Conselho competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, bem como do cumprimento, pelos juízes, de seus deveres funcionais, sem prejuízo das funções previstas no Estatuto da Magistratura, e da atuação dos Tribunais de Contas, conforme previsto nos artigos 31, § 1º, e 71 da Carta Magna.

Naturalmente, exercido esse controle por órgão dessa ordem, interno ao Poder, ainda que externo a cada um dos tribunais, e limitada a fiscalização à atuação administrativa e financeira desses colegiados, no quanto possam exorbitar do seu poder de autogestão, e à conduta funcional dos magistrados – e nunca à conduta jurisdicional de quaisquer destes –, não há como verificar inconstitucionalidade nas competências do Conselho, ainda que não previstas pelo constituinte original, principalmente se suas decisões podem ser revistas jurisdicionalmente pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, r, CF), sendo, ainda, Ministro dessa Corte o Presidente do CNJ (art. 103-B, § 1º, CF). Em momento algum, por sinal, questionou-se o controle exercido pelo Tribunal de Contas acerca das matérias de sua competência.

Afinal, é inerente à separação dos poderes a existência de freios e contrapesos, do mesmo modo como é inerente ao Estado Democrático a transparência da gestão pública, que deve guiar-se pela razoabilidade e moralidade (art. 37 da Constituição).

Não obstante, principalmente antes da reforma, era grande a resistência dos magistrados à criação do CNJ: apenas 20% eram favoráveis caso incluíssem membros externos à magistratura; esse percentual se elevava a 48,5% se fossem compostos de membros apenas do Judiciário. Quanto ao Conselho, em si, somente 39% eram favoráveis à sua criação⁷⁴.

⁷³ Nessa linha, também CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e, op. cit., p. 373.

⁷⁴ Pesquisa coordenada por Maria Tereza Sadek (SADEK, M. Tereza. *Os juízes e a reforma do judiciário: textos para discussão*. São Paulo: IDESP, 2001, apud CARVALHO, Ernane. Brasília, a. 43, n. 170 abr./jun. 2006, p. 106).

Ao expor sua posição sobre a matéria, o STF, por seu Pleno, no seio da ADIn n. 3.367, impetrada pela AMB antes da publicação da EC n. 45/2004, negou afronta ao princípio da separação dos poderes, porquanto estaria preservada a função jurisdicional típica do Poder Judiciário, bem como as condições materiais para o seu exercício imparcial e independente. Na ocasião, frisou tratar-se de controle limitado à atividade administrativa, financeira e disciplinar, dirigida apenas aos órgãos e juízes situados hierarquicamente abaixo do STF, sobranceiro ao Judiciário e, inclusive, ao CNJ (ADIn n. 3.367, rel. Min. Cesar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 22/09/2006).

No julgamento, é elucidativo atentar para a diferença apontada entre esse caso e o previsto na Súmula n. 649 do STF⁷⁵, lastreada nos julgados das ADIns n. 197 (rel. Min. Gallotti, DJ 25/05/1990), 251 (rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 02/04/1993), 135 (rel. Min. Gallotti, DJ 15/08/1997), 98 (rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31/10/1997) e 137 (rel. Min. Moreira Alves, DJ 03/10/1997)⁷⁶, porquanto, nesses casos, à parte a instituição de Conselho por Estado Federado (só a Constituição Federal poderia prevê-lo), os Conselhos foram criados como órgãos de controle externo ao Poder Judiciário, sem que, em nenhum caso, o número de juízes fosse majoritário (na melhor das hipóteses, era igual ao de não juízes).

Nestes dez primeiros anos de existência, não houve situação pela qual se pudesse atribuir ao CNJ o protagonismo de qualquer ação em desfavor da independência do Judiciário. Ao contrário, ao buscar a melhoria da gestão institucional, com o estabelecimento de metas qualitativas (resolução dos processos mais antigos ou concernentes a determinadas matérias consideradas prioritárias; controle dos réus presos ou condenados por improbidade e das escutas, entre outras medidas), em conjunto com a adoção de regras uniformes a

⁷⁵ Súmula 649: “É inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes e entidades”.

⁷⁶ Casos referentes às Constituições dos Estados de Sergipe (ADIn 197), Paraíba, Mato Grosso, Ceará e Pará.

todos os tribunais relativamente a certas matérias (v.g., autorização para viagens de crianças e adolescentes, concursos, formação de juízes e promoções), e, ainda, melhor planejamento (no qual se insere o esforço para mudar a cultura de solução de litígios, incentivando as soluções de cunho consensual), além de medidas moralizantes, como as tomadas contra o nepotismo, é inegável que sua atuação só favoreceu a posição do Judiciário. Por outro lado, décadas de experiência mostraram a ineficiência das corregedorias internas antes da criação do CNJ, bem como a inexistência de freios quanto à magistratura de segundo grau. Prevista essa instância externa aos tribunais, só por sua própria existência o controle das corregedorias tende a ser mais eficaz. É o que já se percebe.

6 Da competência disciplinar do CNJ

No aspecto disciplinar, instalou-se polêmica sobre se o poder disciplinar do Conselho seria concorrente ou subsidiário ao das corregedorias dos tribunais.

A primeira posição, sustentada basicamente por diversas vozes da sociedade civil, teve defensores dentro do Judiciário, como os Ministros Carlos Mário Veloso (STF)⁷⁷, Edson Vidigal⁷⁸, Eliana Calmon e Gilson Dipp⁷⁹ (STJ). Argumentava, por exemplo, o Presidente da OAB, Roberto Busato – que afastava a participação, no Conselho, dos não operadores do Direito, em especial de outros Poderes –, ser impensável tirar a independência do juiz para julgar, pois isso seria o fim da Justiça, embora, do ponto de vista adminis-

⁷⁷ Sem, contudo, a participação de políticos (*Revista Jurídica Consulex* 16 anos, 31/03/2004).

⁷⁸ VIDIGAL, Edson. É tempo de governança no Judiciário. *Revista do TCU*, ano 35, n. 101, jul./set. 2004, p. 13-14.

⁷⁹ DIPP, Gilson. A Corregedoria Nacional de Justiça, o CNJ e a Constituição. Coleção *Revista Jurídica Consulex* 16 anos, 15/12/2009. Segundo este, “*não se cogita de interferir na jurisdição, ou seja, na independência que o juiz tem que ter para suas decisões judiciais. O que se quer, porque é necessário, é racionalizar os recursos, é acabar com o arquipélago deste conjunto de ilhas de muitos donos*”.

trativo, fosse preciso “saber, por exemplo, por que alguns juízes julgam e outros não julgam. Ou a razão de um processo demorar dois ou até três anos para sair de um gabinete a outro”⁸⁰.

A segunda corrente teve como defensores de destaque o Ministro Cesar Peluso, em especial como Presidente do Supremo Tribunal Federal e, portanto, do próprio CNJ, a Ministra Ellen Gracie, para quem a Corregedoria do CNJ só deveria atuar quando houvesse inação das corregedorias locais⁸¹, e os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Segundo este último, em voto na ADIn n. 4.638, de 19/12/2011, para não avançar no “autogoverno dos tribunais”, tampouco invadir a esfera de competência do legislador, a atividade do CNJ haveria de ser sempre “subsidiária”, observando-se os pressupostos assinalados pelo Min. Celso de Mello: (i) a inércia dos tribunais na adoção de medidas disciplinares; (ii) a simulação investigatória; (iii) a indevida procrastinação dos atos de fiscalização; (iv) a incapacidade de o tribunal promover, com independência, procedimentos administrativos para apurar a responsabilidade dos magistrados⁸². Também em sentido contrário ao controle externo posicionou-se J. E. Carreira Alvim⁸³.

Inaceitável é a tese exposta por uns poucos, como José Carlos Arouca, juiz do TRT da 2ª Região, o qual, embora preserve o controle da função típica do poder – julgar –, defende um controle popular pelos sindicatos, conselhos comunitários, associações de bairros, aposentados, etc., legitimados desde os Municípios⁸⁴. Embora o cidadão tenha direito de acompanhar as ações estatais e questioná-las,

⁸⁰ BUSATO, Roberto. O Controle Externo. *Revista Jurídica Consulex* 16 anos, 31/03/2004.

⁸¹ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Palestra ministrada na Escola de Magistrados do TRF da 3ª Região em 22/08/2014 (<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/317219>).

⁸² ADIn n. 4.638, rel. Min. Marco Aurélio, apud BRITTO, Roberto Cajubá da Costa. *A Atuação do CNJ no campo disciplinar*. (Coleção Revista Jurídica Consulex 16 anos.)

⁸³ ALVIM, J. E. Carreira. Controle externo do Poder Judiciário: meditação que se impõe, in *O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁸⁴ AROUCA, José Carlos. Controle externo popular para todos os poderes oficiais e oficiosos. *Revista Consulex* 16 anos, 31/03/2004.

não parece produtivo, para dizer o mínimo, implementar uma estrutura nos moldes “bolivarianos”; basta essas instâncias reportarem aos agentes competentes o que entenderem de direito.

No âmbito da Justiça Federal, em acréscimo à situação das corregedorias regionais⁸⁵, poder-se-ia questionar, ainda, a possível duplicidade de atuação entre o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Conselho da Justiça Federal – CJF, órgão vinculado ao Superior Tribunal de Justiça⁸⁶, principalmente no tocante à atividade disciplinar, exercida por sua Corregedoria-Geral, uma vez que o art. 1º do Regimento Interno veiculado pela Resolução CJF n. 42, de 19/12/2008, atribui a este último a supervisão orçamentária e administrativa da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, “*como órgão central de sistema e com poderes correccionais, tendo suas decisões caráter vinculante*”, conforme o art. 105, parágrafo único, II, da Constituição Federal e a Lei n. 11.798/2008⁸⁷.

Entretanto, o primeiro indicativo da falta de contradição entre as normas regimentais do CJF e as que atribuem poder semelhante ao CNJ (a servir de parâmetro para todos os demais casos) está no fato de o artigo 15, IX, do Regimento Interno do CJF deixar claro incumbir à Corregedoria-Geral deste manter contato direto com as Corregedorias dos Tribunais Regionais Federais e com a Corregedoria Nacional de Justiça – CNJ, enquanto o § 1º do artigo 17 do RI do CJF determina que “*as sindicâncias, inspeções e correições serão realizadas sem prejuízo da atuação disciplinar e correicional do Conselho Nacional de Justiça*”. Ademais, dita o inciso XXV deste RI que incumbe ao CJF “*zelar pelo cumprimento das decisões do Conselho Nacional de*

⁸⁵ Remetemo-nos àquelas referentes aos Tribunais Regionais Federais.

⁸⁶ A despeito da vinculação, é de ressaltar a autonomia institucional do CJF, à luz do art. 14 do respectivo RI.

⁸⁷ A esse respeito, ver, em especial, o art. 8º do Regimento Interno do CJF, que trata da atuação de ofício ou de recurso de magistrado contra decisão administrativa dos Tribunais Regionais Federais, do julgamento de processos administrativos contra membros dessas Cortes e avaliação dos sistemas contábeis, orçamentários, financeiros, patrimoniais, de pessoal, dentre outros, da Justiça Federal, de primeiro e segundo grau, no Brasil, bem como o art. 15, incisos II, III, IV e V, referente à instauração de sindicâncias, inspeções e processos disciplinares.

Justiça, no âmbito da Justiça Federal". Suas decisões são vinculantes a ambos os graus de jurisdição (art. 8º, § 2º, do RI). No caso das contas, aprovadas estas pelo Plenário, o Presidente do Conselho (que também é o do Superior Tribunal de Justiça) encaminha relatório ao Tribunal de Contas da União e ao Congresso Nacional (art. 10, XXI).

Assim, trabalham todos em estreita colaboração, como convém a sistema que se pretende harmônico. Apenas, enquanto as atribuições do CJF dirigem-se exclusiva e especificamente à Justiça Federal, da qual, no âmbito administrativo, ele é órgão de cúpula, o campo de ação do CNJ é bem mais largo, por alcançar todo o Poder Judiciário (art. 8º, I, do Regimento Interno do CNJ, na redação da Ementa Regimental n. 1, de 09/03/2010).

Ao final do julgamento da ADIn n. 4.638, que apreciava justamente essa questão, decidiu o STF, por apertada maioria (6 votos a favor, 5 contra), ser a competência correccional do CNJ originária e concorrente com a dos tribunais. Como afirmado, na ocasião, pelo Min. Gilmar Mendes, componente da posição majoritária, *"até as pedras sabem que as corregedorias não funcionam quando se cuida de investigar os próprios pares"*, e, negado o poder originário do CNJ, este estaria esvaziado. Vários exemplos foram mencionados sobre essa dificuldade nos tribunais locais.

Destarte, ficou assente no STF a competência do CNJ para processar e julgar qualquer reclamação ou denúncia contra magistrado de qualquer grau, independentemente da atuação de outro órgão correccional.

Em suma, no âmbito do planejamento e controle das funções administrativas do Judiciário, deve haver relação de coordenação entre o CNJ, órgão de cúpula nessa matéria para o Judiciário, o CJF (na Justiça Federal) e os demais órgãos responsáveis pela administração de cada um dos Tribunais de Justiça. Quanto à competência disciplinar, o constituinte derivado fixou-a como sendo concorrente, de modo que qualquer ação dessas corregedorias (observada sua competência), voltada a apurar irregularidades ou denúncias, não obstará a atuação da outra, seja a do Estado, a do Distrito Federal, a do CJF ou, ainda, a do CNJ.

É certo que semelhante situação poderá dar azo a procedimentos simultâneos, dúplices, que, se, por um lado, podem representar perda de tempo para o Poder Público, podem, de outro, colocar o investigado na incômoda situação de defender-se em várias frentes, simultaneamente, de um mesmo fato.

Ainda assim, sopesados os valores em jogo, não há dúvida de que, entre ser ou não ser concorrente a competência, a opção que melhor atende aos propósitos do Estado Democrático de Direito é a trilhada pelo STF, a qual pode ser perfeitamente amoldada ao princípio da razoabilidade. Nada impede o CNJ de sustar sua atuação, se verificar conduta adequada do órgão correccional local. Para isso, bastará ao Relator requerer informações à corregedoria pertinente. Tudo dependerá do caso concreto. Com isso, ao mesmo tempo em que se onera menos o serviço público e o investigado, sem elidir transparência às ações estatais, assegura-se a submissão do servidor à lei e ao interesse público, salvaguardando a *res publica* e propiciando mais largo e minucioso controle relativamente às ações do Judiciário e de seus agentes. É pensamento similar àquele que presidiu, na constituinte, a outorga a uma pluralidade de pessoas da iniciativa das ações diretas de inconstitucionalidade e, posteriormente, das declaratórias de constitucionalidade, alargando o espectro de pessoas para isso, até a ocasião, legitimadas⁸⁸: não deixar ao alvedrio de um só ou mesmo de poucos o questionamento de uma ilicitude⁸⁹.

Frise-se, para essa tarefa, poder a Corregedoria “*requisitar das autoridades fiscais, monetárias e outras informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos submetidos à sua apreciação, dando conhecimento ao Plenário*” (art. 8º, V), e “*manter contato direto com as demais Corregedorias do Poder Judiciário*” (art. 8º, XVI, RI – CNJ).

⁸⁸ Até o advento da Constituição de 1988, somente o Procurador-Geral da República detinha legitimidade para essa espécie de ação.

⁸⁹ O art. 8º do Regimento Interno do CNJ atribui várias competências à sua Corregedoria-Geral, salvaguardando a possibilidade de iniciativa das demais Corregedorias.

7 Conclusão

Embora o princípio da separação dos poderes não revele uma fórmula fechada – ele se limita a apontar a um fim, deixando em aberto o caminho para alcançá-lo –, sua essência repousa na garantia da independência no exercício das funções básicas de cada Poder, em relação à intromissão dos demais, e, por consequência, na garantia da liberdade dos cidadãos, da segurança jurídica e da preservação do Estado de Direito.

É impensável a liberdade onde não há garantia do exercício independente das funções pelas pessoas competentes.

Foi lenta, todavia, a consolidação do princípio. Gestado a partir da prática política e constitucional da Inglaterra, no seio do *common law*, logo foi teorizado pelos juristas e filósofos dessa terra, antes de repercutir no pensamento iluminista, em especial em Montesquieu. Daí o conceito se desdobrou, de um lado, na experiência francesa, enquanto, de outro, sofria nova evolução por influência do pensamento constitucional norte-americano, particularmente sob o influxo dos autores de “O Federalista”, Hamilton, Madison e Jay, e, ainda, de John Marshall, para quem, reconhecida a supremacia da Constituição, não havia como deixar o Judiciário de exercer o controle dos atos legislativos e executivos praticados em franca violação àquela (*Marbury v. Madison*, 1803). Nada mais, portanto, que o reconhecimento da necessidade de “freios e contrapesos” entre os Poderes.

Diante da diversidade de visões pragmáticas do princípio, no entanto, diferentes modelos foram implementados: o inglês, lastreado no *common law* e no parlamentarismo; o francês, com suas especificidades; e o norte-americano, mais forte no reconhecimento do controle mútuo entre os Poderes, realizado, principalmente, embora não só, a partir do controle difuso de constitucionalidade, ao qual se conjuga o princípio do *stare decisis*, denotativo do caráter vinculante das decisões da Suprema Corte.

Assim, enquanto na Inglaterra e nos países parlamentaristas, regra geral, é maior a limitação do Executivo frente ao Legislativo,

nos países influenciados pelo modelo francês, cedo disperso pela Europa continental, é menor a autonomia institucional do Judiciário.

De todo modo, no que se refere à implementação do princípio, importa, também, verificar se o país adota o controle difuso de constitucionalidade ou, tão somente, o concentrado, no qual a função de “freio e contrapeso” deriva da atuação de um único órgão, composto de poucas pessoas. Embora, à evidência, não seja a adoção de um ou outro sistema de controle que garante maior ou menor independência ao Judiciário, por depender isso de outros fatores, é certo que, ao menos em princípio, se eficaz e livremente exercido, o controle tenderá a ter sua potencialidade maximizada, se albergados ambos os sistemas no ordenamento⁹⁰. É decorrência natural da pulverização dos centros de controle.

Na verdade, para que o exercício da função jurisdicional seja livre, incluído o controle da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, é preciso que – de fato – o ato de julgar seja exercido com independência, sem influência de qualquer espécie de pressão interna, quer oriunda da própria instituição ou de pessoas a ela vinculadas, ou externa, assim entendida a derivada de outras instituições, públicas ou privadas, ou, ainda, de grupos sociais não formalmente institucionalizados⁹¹. Afinal, é o livre exercício da função

⁹⁰ ZAFFARONI aponta não serem raros os ordenamentos que contemplam ambos os sistemas (op. cit., p. 61). Por outro lado, fala-se “em princípio”, pois, embora essa seja a semântica exata que se extrai dessa combinação de sistemas, não necessariamente a prática há de seguir essa lógica, havendo o que Zaffaroni aponta de diferença entre as funções “manifestas” e as “latentes” de um órgão, geradas por influências políticas e, principalmente, culturais, que leva a uma vivência prática diversa daquela manifestada no discurso oficial.

⁹¹ Normalmente, as “pressões externas” hão de decorrer, com maior ou menor força, sutileza e eficácia, dos Poderes Executivo e Legislativo. Em países pouco desenvolvidos ou de cultura significativamente diversa da ocidental, todavia, não é impossível que provenham de outras instituições públicas (v.g., Exército) ou privadas (v.g., empresa monopolista ou cartel representativo de segmento básico para o funcionamento da economia local, ou, ainda, de um Conselho de Clérigos, como no Irã, responsável por ditar as diretrizes supremas da nação). Tampouco, independentemente do grau de desenvolvimento, não se pode olvidar a possibilidade de pressão por parte de estruturas informais, como o crime organizado, em especial na hipótese de essa interferência, dada a falência do Estado, tornar-se diuturna e generalizada.

jurisdicional, nos moldes retratados, que definirá a independência do Judiciário.

Desse modo, não será, necessariamente, a existência ou não de Conselho de Magistratura que definirá a independência do Judiciário. Isso dependerá da real dinâmica do sistema, afetada pelos fatores culturais que moldam a estrutura política, social, econômica e jurídica do país, bem como da rede de garantias, funcionais ou institucionais, implantadas com o propósito de salvaguardar o livre exercício da atividade jurisdicional.

Não é por outra razão que, verificados os riscos à atividade jurisdicional derivados do sistema francês, os países que o seguiram – a começar pela França (1883), seguida pela Itália (1907) – instituíram Conselhos cujo principal propósito era, ao menos manifestamente, o de assegurar a independência do Judiciário, como modo de equilibrar uma balança cujo peso preponderante era, normalmente, o do Executivo⁹². Sob essa perspectiva, esse órgão, nesses países, tem a função de garante da independência jurisdicional.

Nada impediria, todavia, de ser o inverso, de ele servir de freio às pressões gestadas no interior do organismo judiciário, tendentes à libertação: poderia, mais que mantê-lo coeso, organizado e amoldado à legalidade, ser utilizado para, lícita⁹³ ou ilícitamente, intervir no exercício livre de suas funções. É a prática constitucional, portanto, que definirá exatamente a posição do Conselho em determinado momento: se garantidor da independência e eficiência do Judiciário ou se seu órgão censor e manipulador.

É verdade que essa conclusão não passa, tão somente, de digressão teórica, pois, considerados os principais ordenamentos dos quais se tem notícia (*v.g.*, os da Europa Ocidental), nada leva a concluir em favor dessa segunda posição. Ao que consta, neles

⁹² Segundo Zaffaroni, é certo que, no momento inicial, a preponderância, na França, era a do Legislativo; com o tempo, porém, ainda antes do I Império (1804), migrou para o Executivo.

⁹³ Nos casos em que a própria moldura constitucional limita a atividade jurisdicional, o que, eventualmente, poderá revelar problema de legitimidade da ordem legal.

está sendo cumprida a função de garante. Contudo, nada obsta que, presentes as condições necessárias, determinado ordenamento não se oriente rumo à segunda posição.

Crucial na delimitação da diferença entre esses dois caminhos é – à parte a possível distância entre a norma manifesta e o comportamento efetivamente praticado, pelas razões culturais apontadas – o desenho, na primeira posição, das competências do Conselho, seus objetivos e sua composição.

Particularmente quanto a esta, nota-se que, se ponderável o risco à independência do Judiciário ao compor o Conselho com pessoas majoritariamente oriundas de instituições externas a esse Poder – em especial se vinculadas a outros Poderes e, principalmente, se um for o preponderante –, não será salutar, para o próprio Poder julgador, que precisa legitimar-se perante a sociedade, se sua composição for excessivamente corporativista e alheia à visão do todo, isto é, do Estado e da sociedade. Importa, portanto, ainda que não seja fator necessariamente comprometedor, o equilíbrio na composição do órgão.

Nesse passo, a linha de formação desenhada para o Conselho Nacional de Justiça, no Brasil, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, mostra-se bastante salutar, pois eis que, embora composto majoritariamente por magistrados (60%), representativos de diferentes tribunais e instâncias, possui significativa participação (40%) de pessoas oriundas de outras instituições (Ministérios Públicos Federal e Estadual, OAB e pessoas indicadas pela Câmara e pelo Senado). Isso oferece não só maior garantia de independência ao Poder Judiciário e de compreensão de suas vicissitudes, por conta da preponderância de juízes, mas, também, considerada a origem dos demais, uma abertura pela qual se permite reflexão sobre a visão do restante da sociedade sobre as mazelas e problemas desse Poder, bem como de novas possibilidades de gestão e de soluções para essas questões.

Ademais, o fato de, sem ser órgão externo ao próprio Poder, sê-lo em relação a todos os tribunais, confere-lhe bastante isenção

para discernir, com equilíbrio, sobre a conduta dos magistrados neles atuantes, e conhecer, globalmente, a situação e os problemas existentes, de forma a exercer importante papel estratégico no planejamento das ações desse Poder; quiçá, sua competência mais relevante. Isso só é reforçado pela colocação do CNJ no ápice da estrutura administrativa do Judiciário, próximo ao Supremo Tribunal Federal, seu órgão de cúpula, que, justamente por isso, acaba por controlar, jurisdicionalmente, as decisões administrativas do CNJ.

Destarte, mesmo no seio desse Poder verifica-se a instalação de “freios e contrapesos”, os quais, se, de um lado, impedem atos capazes de vulnerar sua independência jurisdicional, de outro permitem melhor planejamento e fiscalização de suas ações, em coro com os princípios da eficiência e da moralidade administrativa.

Na medida em que essas ações surtam seus resultados, como, até agora, parece ser o caso brasileiro, o CNJ não pode ser ignorado ou menosprezado. Antes, merece ser valorizado, em especial pelo caráter legitimador que pode ter de um Poder, sempre acusado de distante e alheio aos reclamos da população.

Referências

ALVIM, J. E. Carreira. Controle externo do Poder Judiciário: meditação que se impõe. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ANAIS DO SENADO FEDERAL, agosto de 1995 (p. 462) e maio de 1996 (p. 13).

ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

ARISTÓTELES, *A Política*, Livro III, Cap. XI.

AROUCA, José Carlos. Controle externo popular para todos os poderes oficiais e oficiosos. *Revista Consulex* 16 anos, 31/03/2004.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES).

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BUSATO, Roberto. O controle externo. *Revista Jurídica Consulex* 16 anos, 31/03/2004.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. Reforma do Judiciário. Tribunal Constitucional de Conselho Nacional de Justiça. Controles externos ou internos? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 164, out./dez. 2004.

CARVALHO, Ernane. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 170, abr./jun. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

DIPP, Gilson. *A Corregedoria Nacional de Justiça, o CNJ e a Constituição*. (Coleção Revista Jurídica Consulex 16 anos.)

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1974. t. I.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Conselho Nacional de Justiça e controle externo: roteiro geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 191-199.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: New American Library, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JORGE, Mário Helton. O Conselho Nacional de Justiça e o controle externo administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário: violação ao pacto federativo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 493-500.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Ed. Fac-Similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivação, quadro atual e perspectivas. *Revista CEJ*, Brasília, abr./jun. 2003, p. 79-86.

NALINI, José Renato. Conselho Nacional de justiça: um marco no Poder Judiciário. *Revista Jurídica Consulex* 16 anos, 15 dez. 2009.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Palestra ministrada na Escola de Magistrados do TRF da 3ª Região em 22/8/2014*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/317219>>.

PINTO, Almir Pazzianotto. *A face executiva da corregedoria*. (Coleção Revista Jurídica Consulex 16 anos.)

SADEK, M. Tereza. *Os juízes e a reforma do judiciário: textos para discussão*. São Paulo: IDESP, 2001.

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

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Considerações sobre a reforma do Judiciário*. *Revista CEJ*, Brasília, n. 23, out./dez. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controle do Poder Público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

VIDIGAL, Edson. É tempo de governança no Judiciário. *Revista do TCU*, ano 35, n. 101, jul./set. 2004, p. 13-14.

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