

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DÉBORAH LEITE DA SILVA

**OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE
JUSTIÇA NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

**NATAL – RN
2014**

DÉBORAH LEITE DA SILVA

OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE
JUSTIÇA NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito necessário à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Dr. Walter Nunes da Silva Júnior

NATAL – RN
2014

Catálogo da Publicação na Fonte
Biblioteca Central Zila Mamede – Setor de Informação e Referência

Silva, Déborah Leite da.

Os limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça no contexto do Estado Constitucional brasileiro / Déborah Leite da Silva. – Natal, RN, 2015.

272 f.

Orientador: Walter Nunes da Silva Júnior.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito Público.

DÉBORAH LEITE DA SILVA

OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE
JUSTIÇA NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito necessário à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovado em: 19/12/2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Walter Nunes da Silva Júnior
UFRN

Prof^ª. Doutora Yara Maria Pereira Gurgel
UFRN

Prof^ª. Doutora Flávia Piovesan
PUC - São Paulo

Ao meu pai, José Leite da Silva (*in memoriam*), que através da doçura do seu olhar sempre me inspirou os melhores sentimentos, ensinando-me, com o seu exemplo, a enxergar o lado humano das pessoas, ainda que isso não estivesse tão aparente, e a agir, em qualquer circunstância, com integridade. Muito obrigada por ter me dado a vida, pelas lições tão edificantes e por me fazer sentir tão amada. Esse momento seria infinitamente mais especial se você estivesse aqui.

AGRADECIMENTOS

Após trilhar o árduo, porém gratificante, caminho da pós-graduação *stricto sensu*, é chegado o momento de agradecer a todos os que, com a sua presença, física ou não, foram apoio tão imprescindível durante a trajetória, fazendo-me ter a força necessária para até aqui chegar.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que nunca me abandonou, ainda quando, nos momentos de fraqueza, eu deixei de acreditar nisso. Sem dúvida, um dos maiores legados desse mestrado foi o fortalecimento da minha fé.

Agradeço aos meus amados pais, José Leite da Silva (*in memoriam*) e Maria do Socorro Leite da Silva, que fizeram da minha formação, intelectual e moral, a razão das suas vidas. Registro, em especial, a minha admiração pela postura da minha mãe, que, com a sua força e fé, conseguiu gerir com maestria o nosso lar, mesmo após a perda tão dolorosa do meu pai.

Sou imensamente grata aos meus irmãos, Izabel Leite e Rodrigo Leite, que, apesar da distância física, sempre estiveram aqui comigo, torcendo pelo meu sucesso, e me inspirando com os seus exemplos de destemor e competência. Amo vocês!

Agradeço também à minha vovozinha, Maria do Socorro Fernandes, pelas suas orações tão providenciais, por ser elemento agregador da nossa família e por nos inspirar a enfrentar as intempéries da vida com coragem e bom humor. Sou sua fã!

Ao meu noivo, Thiago Holanda, que trouxe leveza, doçura e amor aos meus dias de estresse e tensão durante a elaboração desse trabalho. A você que acompanhou tudo de perto com paciência, que me ouviu, aconselhou e revisou o texto, eu só posso agradecer. Agora, mais do que nunca, eu tenho a convicção de que não poderia ter escolhido companheiro melhor para dividir a vida, para sempre. Eu te amo!

Sou extremamente grata ao meu orientador Walter Nunes da Silva Júnior, que, com a sua experiência acadêmica e observações, sempre perspicazes, tanto contribuiu para a construção do trabalho.

Agradeço a todos os professores do mestrado, que muito contribuíram para a minha formação, aos colegas de turma, em especial Marília Ferreira e Cláudia Vechi,

amigas tão zelosas e generosas, bem como aos funcionários da secretaria do PPGD, que sempre me atenderam com atenção.

Dirijo agora o meu agradecimento à minha amiga e companheira de trabalho Aurélia Carla, pelos conselhos e apoio tão valorosos.

Por fim, agradeço à Carla Fernandes, Flavianne Fagundes, Patrícia Moreira e Denise Gurgel, pela amizade, tão cara para mim.

“Aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.” (Walter Burkhardt)

RESUMO

A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através da Emenda Constitucional nº 45/2004, decorreu da constatação de uma série de lacunas do Poder Judiciário brasileiro, relacionadas, sobretudo, à morosidade processual, à inefetividade das decisões judiciais, assim como à falta de mecanismos aptos a viabilizar, de maneira eficaz, a responsabilização disciplinar dos magistrados. O órgão foi concebido constitucionalmente como integrante do Poder Judiciário, dotado de natureza administrativa e com atribuições estatuídas no art. 103-B, § 4º da Constituição vigente, dentre as quais se destaca a de editar regulamentos que instrumentalizem a sua atuação. No entanto, desde que entrou em vigor, a Emenda suscitou amplas discussões, atreladas, em especial, à constitucionalidade do CNJ, o que se deu através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, ante a suposta violação aos princípios da separação de poderes e da forma federativa, bem como aos limites do seu poder regulamentar, a exemplo do que fora ventilado na ADI nº 3823/DF, esta versando sobre a Resolução nº 07, que disciplinou a vedação da prática do nepotismo no Poder Judiciário. Contudo, não obstante o Supremo Tribunal Federal já ter se pronunciado acerca da matéria, reconhecendo a constitucionalidade do órgão, assim como da resolução suso referida, o debate encontra-se em estado de latência, podendo novamente eclodir a cada nova manifestação regulamentar do CNJ, dada a ausência de consonância entre doutrina e jurisprudência em torno do tratamento constitucional do seu poder regulamentar. Nesse contexto, inegavelmente, a reflexão acerca da delimitação do poder regulamentar do CNJ, apresenta-se como extremamente relevante, além de atual, em particular, na ambiência do Estado Constitucional de Direito, onde se prima pela segurança jurídica e consolidação dos institutos normativos. Para que se pudesse chegar a um resultado satisfatório, hábil a solucionar a problemática suscitada, o presente estudo analisou as razões que ensejaram a criação do CNJ, demonstrando a sua imprescindibilidade, como também buscou caracterizar o seu *status* de órgão administrativo-constitucional, constatando, enfim, a compatibilidade da sua atuação regulamentar aos ditames constitucionais. Sob esta perspectiva, foi adotado o método dedutivo e realizada pesquisa de cunho bibliográfico e documental.

Palavras-Chave: Conselho Nacional de Justiça. Poder Regulamentar. Limites constitucionais.

ABSTRACT

The creation of the National Council of Justice (CNJ) through the Constitutional Amendment n° 45/2004, derived from countless gaps in Brazilian law, mainly relating to procedural delays, ineffectiveness of judicial decisions, and the lack of mechanisms that enable, effectively, disciplinary accountability of judges. The council is constitutionally designed as a member of the Judiciary, which has administrative nature and laid assignments in art. 103-B, § 4 of the current Constitution, among which is to edit regulations to instrument its performance. However, since it came into force, the amendment raised extensive discussions, linked in particular to the constitutionality of the CNJ, which was made through the direct action of unconstitutionality n° 3367, against the alleged violation of the principles of separation of powers and federative form, as well as the limits of its regulatory powers, as has fanned out in ADI n° 3823/DF, this one dealing on Resolution n° 07, which regulates the seal of nepotism practice in the judiciary. However, despite the Supreme Court has already pronounced on the matter, recognizing the constitutionality of the council, as well as the resolution already said, the debate is in a state of latency, and may erupt again with each new manifestation of regulatory CNJ, given the lack of agreement between doctrine and jurisprudence around the constitutional treatment of its regulatory powers. In this context undeniably reflection on the definition of the regulatory power of the CNJ, presents itself as extremely relevant, and current, in particular in the ambience of the Constitutional Rule of Law, where he strives for legal certainty and consolidation of regulatory institutions. So that it could reach a satisfactory result, skilled at resolving the problems raised, the present study analyzed the reasons that gave rise to the creation of the CNJ, demonstrating their indispensability, but also sought to characterize the status of their administrative and constitutional body, noting finally, the compatibility of its regulatory activities to constitutional principles. From this perspective, we adopted the deductive method and carried out research and bibliographic nature documentary.

Keywords: National Council of Justice. Regulatory power. Constitutional limits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	15
2.1 ABORDAGEM FILOSÓFICA.....	15
2.1.1 Consolidação e superação do jusnaturalismo.....	18
2.1.2 Positivismo.....	20
2.1.3 A derrocada ideológica do positivismo.....	21
2.2 ANÁLISE EVOLUTIVA DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO.....	23
2.3 CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	30
2.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	34
2.5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	41
3 AS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA AMBIÊNCIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	46
3.1 A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES E AS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	46
3.2 UMA REFLEXÃO SOBRE AS FONTES PROPRIAMENTE DITAS.....	50
3.2.1 A lei como fonte essencial do Direito Administrativo.....	52
3.2.2 Os regulamentos.....	56
4 A "CRISE" DO PODER JUDICIÁRIO E OS INSTRUMENTOS IDENTIFICADOS COMO VIABILIZADORES DA SUA SUPERAÇÃO	74
4.1 ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO E SUA INDEPENDÊNCIA.....	74
4.2 A "REFORMA" DO PODER JUDICIÁRIO ATRAVÉS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E A CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	84
4.2.1 Os aspectos evidenciadores da crise do Poder Judiciário.....	84
4.2.2 Os modelos de Poder Judiciário.....	94
4.2.3 As principais soluções apontadas para a superação das deficiências constatadas e a criação do CNJ.....	100
4.2.4 Análise histórica da reforma do Judiciário e a criação do Conselho Nacional de Justiça.....	105
5 OS CONSELHOS NACIONAIS DE JUSTIÇA NO DIREITO COMPARADO	113
5.1 ABORDAGEM INTRODUTÓRIA.....	113
5.2 OS MODELOS DE CONSELHO DE JUSTIÇA.....	117
5.3 ANÁLISE DE CONSELHOS COM REALIDADES PRÓXIMAS À BRASILEIRA.....	125
6 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO E DELIMITAÇÃO DO SEU PODER REGULAMENTAR	136

6.1 RESGATE DE QUESTÕES PERTINENTES À CRIAÇÃO DO CNJ	136
6.2 CARACTERIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DISCUSSÃO QUANTO À SUA CONSTITUCIONALIDADE.....	138
6.3 DELIMITAÇÃO DAS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	149
6.3.1 A função regulamentar do CNJ.....	155
6.3.2 Panorama atual da atuação do CNJ.....	165
7 CONCLUSÃO.....	169
REFERÊNCIAS	173
ANEXOS	181

1 INTRODUÇÃO

A discussão e aprovação pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, ao mesmo tempo em que sepultou as controvérsias embrionárias travadas no âmbito do Legislativo relativas à necessidade de imprimir maior celeridade aos procedimentos do Poder Judiciário e, por conseguinte, maior efetividade aos seus julgados, além de viabilizar um controle mais eficaz em relação à atuação dos magistrados e dos órgãos jurisdicionais, suscitou, supervenientemente, uma infinidade de discussões de cunho interpretativo, ideológico e até mesmo político relativamente ao seu objeto.

Tratou a mencionada Emenda Constitucional de promover uma verdadeira reforma no Poder Judiciário, possibilitando, dentre outras providências, a criação do Conselho Nacional de Justiça; a instituição da súmula vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal; a ampliação da competência da Justiça do Trabalho; o alargamento do rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; a implementação das Escolas da Magistratura no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST); além da equivalência dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, que forem aprovados pelo Congresso Nacional com quórum especial, a emendas constitucionais.

É evidente que o exercício do Poder Constituinte Derivado, sobretudo quando acarreta transformações profundas no Ordenamento Constitucional, acaba suscitando manifestações de discordância e até repúdio, não obstante tenha resultado de uma atuação legítima dos representantes do povo e dos estados, após um longo período de discussões e, por conseguinte, amadurecimento ideológico-jurídico. Foi o que se verificou em relação à Emenda Constitucional nº 45/2004 no que concerne, em particular, à criação do Conselho Nacional de Justiça e ao exercício do seu poder regulamentar.

Há de se destacar que as atribuições conferidas ao CNJ pela Constituição Federal vigente estão elencadas no seu art. 103-B, § 4º, todas elas atreladas ao desenvolvimento de mecanismos que possam, mediante a identificação dos pontos sensíveis da atuação do Poder Judiciário, aperfeiçoar a prestação da tutela jurisdicional. Como decorrência dessa atuação estratégica, compete ao órgão o controle da atuação

administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Anote-se, neste ponto, que a criação de um órgão com prerrogativas de controle sobre a atuação do Poder Judiciário encontra substrato no próprio modelo de Estado Constitucional de Direito instituído pela vigente *Lex Mater*, cuja finalidade primaz é, acima de tudo, a concretização dos interesses sociais mais relevantes, dentre os quais se destaca, com especial ênfase, a imprescindibilidade de uma tutela jurisdicional verdadeiramente efetiva, tempestiva e, sobretudo, útil.

Destaque-se, nesse contexto, que a instituição do CNJ consistiu em um passo relevante na busca pela legitimação da atuação estatal no âmbito do Poder Judiciário, dada a possibilidade de que a crença na viabilidade da utilização do processo como meio hábil à adequada solução de conflitos seja restabelecida. Eis o matiz social que a mencionada inovação constitucional possui.

Detendo-se à problemática enfocada pelo presente estudo, vale dizer que em 09 de dezembro de 2004, apenas um dia após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, foi proposta pela Associação Brasileira dos Magistrados (AMB) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, cujo precípuo objetivo era o reconhecimento da inconstitucionalidade do CNJ, com base, sobretudo, na suposta violação aos princípios da Separação dos Poderes e da forma federativa de Estado (arts. 60, § 4º, I e III, da CF). Em 13 de abril de 2005 o pleno do STF julgou a pretensão, reconhecendo a constitucionalidade do mencionado Conselho.

Restando superada a discussão supra delimitada, pelo menos no âmbito do Supremo, passou-se a controverter em torno dos atos emanados do CNJ, em especial os de natureza regulamentar. Neste cenário, cumpre realçar o debate travado em face da sua Resolução nº 03 (que passou a vedar as férias coletivas no âmbito do segundo grau de jurisdição), o qual acarretou a suspensão de um de seus artigos por meio da Resolução nº 24. Contudo, após a decisão liminar proferida na ADI nº 3823/DF, a eficácia original foi plenamente restabelecida.

Outra discussão ocorrida no contexto do poder regulamentar do órgão permeou a Resolução nº 07, que extirpou o nepotismo do Poder Judiciário. Tendo por escopo a plena aplicabilidade da norma sob comento, mais uma vez a Associação dos Magistrados Brasileiros se manifestou. Desta feita utilizando-se de Ação Direta de Constitucionalidade (ADCMC nº 12-DF), que, dentre outros aspectos, baseou-se na necessária observância ao princípio da impessoalidade (art. 37 da CF/88); na vinculação

da administração pública não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade; na inexistência de desrespeito aos princípios da separação dos poderes e federativo e, por fim, na inexistência de colisão da Resolução com direitos fundamentais. O STF, ao se manifestar, entendeu que o poder regulamentar do CNJ é amplo, razão pela qual gozaria a Resolução nº 07 de caracteres como a generalidade, impessoalidade e abstratividade. Tal entendimento reforçou a compreensão acerca da amplitude das atribuições dadas pela Constituição Federal ao CNJ, mas, nem de longe, foi capaz de pacificar o assunto.

No final de 2011, mais uma vez o órgão fruto da Emenda Constitucional 45/2004 foi objeto de contestação. A Associação Brasileira dos Magistrados (AMB) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.638/DF), formulando pedido liminar e impugnando, em sua integralidade, a Resolução nº 135 do CNJ, que foi publicada em 15 de julho daquele ano. Subsidiariamente, atacou a constitucionalidade dos arts. 2º; 3º, V e § 2º; 4º; 8º; 9º; 10º; 12, *caput* e parágrafo único; 14; 15, parágrafo único; 17, *caput*, IV e V; 18; 20, *caput* e § 3º; 21, parágrafo único, da referida resolução, sob a principal alegação de que o CNJ, ao criar regras abstratas e inovadoras, estaria extrapolando a sua esfera competencial, se imiscuindo na função legislativa e, desse modo, malferindo uma série de dispositivos constitucionais.

Cautelarmente, o Ministro Marco Aurélio (relator da ADI *sus*o referida), em 19 de dezembro de 2011, proferindo decisão monocrática, suspendeu a aplicabilidade de vários dos dispositivos impugnados, até que, no último dia 02 de fevereiro, o pleno do STF, em decisão apertada (6x5), acabou rechaçando a pretensão da AMB em relação à inconstitucionalidade do art. 12 da Resolução nº 135 do CNJ, reafirmando, mais uma vez, a autonomia do CNJ para exercer o seu poder disciplinar e correicional definido no art. 103-B, § 4º da CF e, por conseguinte, para instrumentalizar tal exercício por meio da elaboração de resoluções.

Não obstante a decisão tomada pelo STF, a discussão acerca dos limites do poder regulamentar do CNJ certamente não estancou, haja vista a existência de dissenso interno na própria Corte Constitucional, além da absoluta falta de sintonia entre os entendimentos doutrinário e jurisprudencial. Dessa forma, a possibilidade de que novas Ações Diretas de Inconstitucionalidade sejam propostas em face da instrumentalização da atuação do CNJ, por ser real e iminente, exige uma reflexão que possa delimitar e consolidar as atribuições constitucionais do órgão, a fim de que ele possa efetivamente atingir os fins para os quais foi criado.

Outrossim, sob o ponto de vista acadêmico, é inquestionável a relevância da discussão, a fim de que sejam confrontados os posicionamentos acerca do tema e, ao final, erigidas as bases que conduzirão a uma conclusão que melhor se enquadre no contexto atual de constitucionalização do direito.

A fim de que se possa abordar adequadamente o objeto do presente trabalho acadêmico, que consiste, exatamente, na análise dos limites do poder regulamentar do CNJ na ambiência do Estado Constitucional brasileiro, será delineada a chamada “crise” do Poder Judiciário, proveniente da sua própria estrutura, que seguiu a sistemática do princípio federativo, atribuindo autonomia administrativa aos tribunais, o que veio a acarretar uma ausência de padronização de procedimentos e, por conseguinte, dificuldade em se manter o caráter unitário do referido Poder, além de várias outras lacunas, atreladas, sobretudo, à eficiência da atuação jurisdicional e à responsabilização disciplinar dos magistrados que, amplamente discutidas, culminaram na aprovação da Emenda Constitucional nº 45 a qual, dentre outras medidas, viabilizou a criação do Conselho brasileiro, órgão de natureza indiscutivelmente administrativo.

Discutir-se-á, também, o irrefreável processo de constitucionalização do Direito e, por conseguinte, do Direito Administrativo, a fim de que se possa aferir a sua influência em relação ao sistema de fontes normativas, no contexto em que o princípio da legalidade foi suplantado pela juridicidade, de modo que os atos administrativos devem buscar o seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional, sem necessidade de intermediação de uma lei em sentido estrito.

A *posteriori*, será realizado um estudo de direito comparado acerca dos Conselhos de Justiça, de modo que se possa traçar as suas peculiaridades, em especial a previsão em texto constitucional ou infraconstitucional, funções, composição e forma de nomeação dos seus membros. Objetiva-se, com isso, compreender a relevância desses órgãos, assim como proceder a uma análise da influência dos mesmos em relação à estruturação do Conselho brasileiro.

Proceder-se-á, por fim, à abordagem acerca do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, principiando-se pela caracterização do órgão, adentrando-se na problemática da sua constitucionalidade, e, por fim, discutindo as funções que lhe foram atribuídas pela *Lex Mater*, em especial a de caráter regulamentar, a fim de se possa, nesse ponto específico, proceder-se à sua delimitação.

Sob o viés estrutural, o trabalho será construído em cinco capítulos, a fim de que todos os pontos que circundam a temática sejam efetivamente enfrentados. Já sob a

perspectiva metodológica, a pesquisa em tela possui caráter bibliográfico e documental, alicerçando-se na análise da doutrina, jurisprudência e demais textos jurídicos pertinentes, a exemplo de decisões do STF e Regimento Interno do CNJ e será desenvolvida com esteio no método dedutivo.

2 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Antes de se adentrar na análise das peculiaridades que permeiam o processo mediante o qual a Constituição, o mais valioso documento escrito, que compila as regras estruturais de um Estado, contendo elementos não apenas jurídicos, mas também políticos, destinando-se tanto às instituições quanto aos cidadãos, passou a figurar como embasamento normativo central dos ordenamentos jurídicos, faz-se necessária uma abordagem conceitual do fenômeno.

Nesse sentido, por constitucionalismo entende-se a irradiação das normas e princípios constitucionais por todo o sistema jurídico¹, de modo que a normativa infraconstitucional, as decisões judiciais, os atos emanados de todos os poderes e até de particulares, deverão buscar fundamento na Constituição, não podendo contrariar os seus preceitos, nem tampouco mitigar a sua força normativa.

Tal fenômeno foi viabilizado pela consolidação das Constituições escritas, as quais resultaram, em sua maioria, de um longo processo de lutas pela viabilização dos direitos individuais, tais como liberdade e igualdade, daí porque, inegavelmente, a democracia é um dos pilares da constitucionalização do direito.

Partindo-se destas premissas, serão abordados aspectos relevantes do fenômeno aludido supra, a fim de que seja possível compreender os seus meandros e, desse modo, aferir a sua inegável relevância para a estruturação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

2.1 ABORDAGEM FILOSÓFICA

Principiando a abordagem acerca do constitucionalismo contemporâneo, mister se faz analisar as bases teóricas e filosóficas dessa trajetória evolutiva, a qual implicou em mudanças significativas no que diz respeito ao processo de interpretação e efetivação das normas jurídicas.

Nesse contexto, é importante que sejam considerados os elementos históricos que fizeram surgir e se desenvolver a teoria jurídica tradicional. Parte-se, desse modo, do Direito Romano (de caráter eminentemente privado, com prevalência do direito civil), o qual, a partir do aprimoramento dos seus conceitos pelos comentadores

¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61.

(sobretudo escola dos *Pandectas*), de origem germânica, deu origem à família romano-germânica, que prevaleceu na Europa e depois se espalhou pelos territórios sob sua influência².

Ressalte-se que, após a Revolução Francesa, consolidou-se o período denominado legislativo ou primeiro positivismo³, no qual a lei passou a figurar como fonte primordial do Direito, em uma nítida substituição do poder monárquico (inerente ao regime absolutista), pela vontade popular, no sentido rousseauiano da expressão e nos moldes delineados pelo art. 6º da Declaração Francesa de 1789⁴.

Contudo, mesmo em um contexto de soberania popular, a consubstanciação da vontade democrática nos textos normativos não poderia ocorrer de forma direta, o que ensejou a substituição do conceito de povo⁵ pelo de nação, bem como a caracterização da representação democrática e da democracia direta. Desse modo, inegavelmente, a lei passou a ser fonte primordial do ordenamento jurídico.

Percebe-se que a posição de superioridade da lei não negava, no entanto, a existência de outras fontes, mas estas teriam que buscar o seu fundamento e validade na própria delegação legislativa.

Outro aspecto caracterizador desse período era a concepção da lei como resultado de um exercício racional, o que possibilitou a aglutinação dos pensamentos de Rousseau e Kant. Segundo Rousseau⁶, a soberania popular era garantida pela preponderância da lei. Para Kant, a supremacia legislativa não sucumbiria nem mesmo diante de uma revolução popular⁷. Esse modo de pensar sofreu inegável influência do Iluminismo e jusnaturalismo racionalista, estando totalmente dissociado de uma preocupação em relação ao processo de formação legislativa.

Sintetizando os aspectos antes aludidos, André Ramos Tavares⁸ aduz:

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.

³ A segunda expressão, de acordo com André Ramos Tavares, é mais pertinente, na medida em que, desde a Revolução Francesa jamais deixou-se de vivenciar um período legislativo. (TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional. Parte I: Estado Constitucional de Direito e Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29).

⁴ Art. 6º: A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou pelos seus representantes, à sua formação.

⁵ Expressão atribuída a Jean Jacques Rousseau.

⁶ TAVARES, op. cit., p. 32.

⁷ KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução: Edson Bini. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 161/162.

⁸ TAVARES, op. cit., p. 36.

A exaltação da lei adveio de triplo fundamento: (i) A aspiração democrática na lei se via realizada. (ii) A realização iluminista do ideal da razão. (iii) A certeza e a segurança se reconheciam no instrumento “lei”.

Por óbvio, em um contexto onde a lei se situa no topo da pirâmide normativa, o Poder Legislativo assume também uma posição de notoriedade, sendo considerado o poder inicial⁹, o que, por conseguinte, reduz sobremaneira a relevância da atuação do Poder Judiciário, que assume um viés extremamente mecanicista, restringindo-se a concretizar a vontade da lei. Percebe-se, pois, que ao juiz caberia apenas ser, utilizando-se a expressão de Montesquieu¹⁰, a boca da lei. Eis a concepção clássica do Direito.

Aludindo à conjuntura histórico-jurídica do contexto francês, Cappelletti¹¹ enfatiza que o Conselho de Cassação (órgão inerente à estrutura judiciária da França), deveria passar a denominar-se Conselho Nacional para a Conservação das Leis, vez que tinha por precípua fim tentar impedir que a interpretação das leis fosse realizada por órgão diverso do Poder Legislativo.

Adentrando-se ao século XIX, visualiza-se o apogeu do Direito moderno, sob ampla influência do positivismo, o qual, segundo Barroso¹², possuía “(...) *status* e ambição de ciência”.

Nessa ambiência positivista, passou-se a conceber o Estado como único instrumento de criação da lei (esta entendida como expressão superior da razão) e do poder; o sistema jurídico como dotado de *status* de completude e autossuficiência, além da segregação entre a filosofia e a ciência jurídica. Contudo, o modo de enxergar o Direito como uma ciência dotada de atributos como a objetividade, neutralidade, estatalidade e completude, fez com que surgissem vozes questionadoras, pautadas, sobretudo, na concepção de que no Direito não haveria a possibilidade de afastamento do sujeito e, por conseguinte, das suas concepções, o que acabaria comprometendo o elemento objetividade e a própria pretensão científica do Direito. Tais opiniões compuseram a teoria crítica. Segundo Luís Roberto Barroso¹³:

A teoria crítica [...] enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as

⁹ ROSSI, P. *Cours de droit constitutionnel*. Compilação: M. A. Porée. Introdução: M. C. Bom-Compagni. Paris: Librairie de Guillaumin. 2 ed. Paris: Librairie de Guillaumin, 1877, t. III, p. 365.

¹⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 176.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Il Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. 1 ed. reimp. Milano: Giuffrè, 1968, p. 21.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.

¹³ *Ibidem*, p. 231.

sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. [...] Contra isso, a teoria crítica preconiza a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação.

Ressalte-se que a corrente ora sob comentário se afasta da ideia de que a lei seria a única fonte de onde emanam os direitos, cabendo ao intérprete, ao perseguir a efetivação da justiça, buscar embasamento em outros elementos que, não obstante desertos de previsão legal literal, possam ser extraídos do sistema. Ademais, a relação entre o Direito e as demais ciências não é desconsiderada pela teoria crítica, o que acaba por afastar as concepções de pureza, autossuficiência e completude defendidas pela teoria clássica do Direito.

Há de se destacar que o pensamento crítico aflorou em vários países, a exemplo da França e Alemanha, sobretudo entre as décadas de 70 e 80, tendo como expoentes os filósofos Horkheimer, Marcuse, Adorno e Habermas. No Brasil, apesar da sua inegável contribuição para a produção científica, a multicitada concepção não se consolidou, sobretudo em razão da “[...] hegemonia quase que absoluta da dogmática convencional [...]”¹⁴, bem como da ausência de uma ambiência propulsora em virtude da ditadura militar.

2.1.1 Consolidação e superação do jusnaturalismo

A corrente filosófica que tem por base o direito natural, este consistente em uma gama de pretensões não provenientes do direito positivado, mas oriunda da vontade divina, servindo de parâmetro interpretativo das demais normas, é denominada jusnaturalismo, a qual vigorou durante o período medieval¹⁵.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento de Luís Roberto Barroso¹⁶,

Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença se contrapõe a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico [...].

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional. Parte I: Estado Constitucional de Direito e Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

¹⁶ BARROSO, op. cit., p. 235.

Historicamente falando, o direito natural esteve calcado na vontade de Deus ou na razão humana. Aquela foi sendo gradativamente abandonada em detrimento desta, quando da consolidação da cultura laica da Idade Moderna, a partir do século XVII¹⁷.

Na Idade Moderna, iniciada no século XVIII com a reforma protestante, a formação dos Estados Nacionais e a chegada dos europeus à América, ocorre uma desvinculação, embora não absoluta, do pensamento teológico. Tal fato propiciou o apogeu do jusnaturalismo que, associado ao iluminismo, viabilizou a conquista da tolerância religiosa, bem como a limitação do poder do Estado, elementos preponderantes para a ascensão burguesa¹⁸.

Nesse contexto, a partir da concepção segundo a qual o homem seria dotado de direitos naturais, e que tais direitos poderiam ser exigidos em face do Estado, eclodiram movimentos revolucionários, sendo os principais a Revolução Gloriosa (1689) ocorrida na Inglaterra, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Revolução Francesa (1789). Como expoentes desses movimentos revolucionários e da concepção jusnaturalista cita-se John Locke, Hobbes e Rousseau. Eis a gênese do constitucionalismo moderno¹⁹.

Após a consolidação das ideias vinculadas ao direito natural, iniciou-se a fase de codificação. Afinal, era preciso garantir proteção, segurança ao direito conquistado. Isso se deu no século XVIII e teve como exemplo mais significativo a elaboração do Código Civil francês (Código Napoleônico - 1804). Desse modo, o Direito e a lei passaram a ter uma relação muito próxima, razão pela qual a Escola da Exegese impunha uma interpretação gramatical e histórica, retirando do magistrado a criatividade no momento de desenvolver a sua atividade exegética. Dissertando sobre o assunto, aduz André Ramos Tavares²⁰:

Com a Revolução Francesa teve início toda uma era, o chamado “período legislativo” (DUGUIT, 1918: 198) ou “primeiro positivismo” (CALLEJÓN, F., 1991: 21). Esta última expressão reporta-se à chamada Escola Exegética, que encontrou seu apogeu no século XIX. Pode-se considerá-la como uma vertente do método gramatical de interpretação, na qual predomina o subjetivismo histórico do legislador. Uma de suas características, como acentua Bobbio (1995: 86), é implicar o “princípio da onipotência do legislador”.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 236.

¹⁸ *Ibidem*, p. 236.

¹⁹ *Ibidem*, p. 236.

²⁰ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional. Parte I: Estado Constitucional de Direito e Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

Percebe-se, pois, que a tutela do direito natural alcançou a sua máxima expressão a partir da positivação dos seus dogmas em textos normativos. Contudo, isso também significou a sua superação histórica, vez que o pressuposto de validade dos institutos passou a estar atrelado à sua previsão literal, positivada, o que trouxe como consequência o rebaixamento do jusnaturalismo a um segundo plano, na medida em que o positivismo se consolidava (século XVIII).

2.1.2 Positivismo

Pautado na concepção de que o conhecimento adquirira *status* de cientificidade, passando a ser regido por leis naturais, que não dependeriam da vontade humana, o positivismo filosófico também influenciou o Direito, ensejando a consolidação do positivismo jurídico.

Nesse contexto, houve uma cisão entre o Direito e a moral, sendo a ciência jurídica concebida como expressão da força coativa estatal. O principal expoente dessa concepção foi Hans Kelsen.

Elencando as principais características do positivismo no contexto jurídico, Luís Roberto Barroso²¹ afirma:

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

As ideias positivistas, apesar da sua inegável aceitação nas primeiras décadas do século XVIII, passaram a ser veementemente criticadas, sobretudo porque os elementos completude e descritividade jamais poderiam ser aplicados com perfeição à ciência jurídica, a qual tem por objeto fatos sociais, os quais são complexos e extremamente variáveis. Ademais, o afastamento do intérprete do objeto interpretado, uma exigência científica para que possa ser atingida a objetividade, não é compatível com o Direito.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 240.

Desse modo, por considerar que as discussões ideológicas serviriam apenas de parâmetro para a elaboração das leis e que estas, a partir do momento em que entrassem em vigor, passariam a ter comandos inquestionáveis de dever ser, o positivismo acabou por dar relevância extremada ao caráter formal e, por conseguinte, possibilitou que verdadeiros absurdos, simplesmente porque instrumentalizados por leis válidas, pudessem ser concretizados. Foi exatamente por isso que a partir da derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha o positivismo começou também a entrar em crise.

Ante a superação tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo, surge o pós-positivismo, expressão utilizada para:

[...] A designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas idéias de justiça além da lei e da igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*²².

Desse modo, é nesse contexto pós-positivista que a doutrina do Direito Natural, bem como do velho positivismo ortodoxo decaíram, sofrendo críticas contundentes, sobretudo por Ronald Dworkin²³.

2.1.3 A derrocada ideológica do positivismo

Prevaleceu durante algum tempo a concepção de que a Constituição não seria uma norma jurídica na autêntica acepção da palavra, mas apenas um conjunto de diretrizes principiológicas, que, embora inspirasse o legislador, não poderia ser aplicado de forma concreta e direta para a solução dos conflitos de interesses. Nesse sentido, a atuação jurídica estaria vinculada unicamente à lei em sentido estrito, resultado da elaboração ordinária do legislador, processo este que, nos países de tradição romano-germânica, foi denominado de legicentrismo²⁴.

Nesse cenário, caberia precipuamente à lei²⁵, o disciplinamento das relações intersubjetivas, pois a competência constitucional se restringiria a limitar o poder do

²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.

²³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978, p. 44.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.

61.

²⁵ Aqui entendida em seu sentido estrito, ou seja, legislação ordinária.

Estado, mediante a organização institucional deste, bem como a sua relação com os particulares²⁶.

O modelo estatal de cunho legalista, ou seja, pautado precipuamente na vontade da lei, viabilizou o cometimento de abusos por parte do legislador, o que acarretou o seu declínio, associado a uma crise do próprio parlamento²⁷.

De acordo com André Ramos Tavares²⁸:

O abuso praticado pela lei (pelo legislador) foi responsável pela mudança do modelo “legalista”. Esse abuso, em boa parte, decorria do excesso de leis na regulamentação da vida social, de sua indesejada intromissão em setores anteriormente ressalvados, do emaranhado e dispersividade das leis gerando a insegurança, bem como a falência qualitativa verificada como constante nas leis.

Para além do excesso de leis, responsável, como afirmado alhures, pelo enfraquecimento do seu poder de reger as relações sociais, fenómeno denominado por André Ramos Tavares de hiperlegalidade, verificou-se também a incapacidade de as leis em vigor atenderem, satisfatoriamente, aos anseios sociais, o que se denominou hipolegalidade²⁹.

Pode-se entender, pois, que a associação de fatores como a crescente desobediência às leis, a ineficiência na sua aplicação pelos órgãos competentes, bem como a não sujeição dos próprios particulares aos seus ditames, foram aspectos primordiais para que o legalismo decaísse³⁰.

No Ocidente, a ampliação da atuação do legislador teve um aspecto extremamente relevante, qual seja, o surgimento do *Welfare State*, ou Estado de Bem Estar Social, conjuntura na qual o Estado passou a intervir mais intensamente no âmbito social, processo viabilizado pela atuação do Legislativo³¹. Paradoxalmente, a produção exacerbada de leis conduziu à sua desvalorização, o que se associou à formação de

²⁶ GUASTINI, Ricardo. **La costituzionalizzazione dell ordinamento italiano**. Tradução de Enzo Bello. In *Ragione Pratica*. Milano: Anabasi, nº 11, 1998, p. 277.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 45.

²⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional. Parte I: Estado Constitucional de Direito e Justiça Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 29.

²⁹ *Ibidem*, p. 43.

³⁰ HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p. 9.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.

microssistemas normativos, às vezes incompatíveis entre si, culminando em um processo de descodificação³².

De outra margem, a partir da entrada em vigor das constituições contemporâneas, bem como do reconhecimento da sua força normativa, identifica-se uma nova mudança de parâmetros, em que a certeza do Direito passa a não mais ser prioridade³³. O conceito de legalidade é superado pelo de constitucionalidade. “[...] Nesse sentido, a Constituição em sentido moderno implica a superação dos fundamentos jusnaturalistas, externos, do direito. O direito autofundamenta-se constitucionalmente. [...]”³⁴

Referindo-se ao panorama pós-positivista, Paulo Bonavides, invocando o pensamento de Dworkin e Alexy, afirma que os princípios assumem uma posição de centralidade, podendo ser considerados como o coração das Constituições³⁵.

Tal estado de coisas foi extremamente importante para a implementação dos ideais constitucionalistas, em que o poder, embora pertencente ao povo, tem o seu exercício protagonizado pelo Legislativo, o qual, por sua vez, sofre limitações provenientes da Constituição. Isso implica também em uma reformulação na própria relação entre os poderes - já que o legislativo passa a não ser mais onipotente -, como também nas fontes do Direito, pois “[...] o legislador não possui mais o monopólio da produção (e revogação) do Direito”³⁶. Trata-se da consolidação do Estado constitucional de Direito, cujos meandros serão traçados nos próximos tópicos do presente capítulo.

2.2 ANÁLISE EVOLUTIVA DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Conforme já afirmado, a irradiação da força da Constituição, vinculando todos os poderes e jurisdicionados, resultou de distintos processos de transformação da estrutura político-ideológica de alguns países, ostentando, em sua maioria, um viés democrático.

³² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

³⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.59.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. Malheiros: São Paulo: 2011, p. 265.

³⁶ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional. Parte I: Estado Constitucional de Direito e Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

Aprofundando este ponto, é possível a adoção de duas diferentes posturas, uma cognoscitiva e outra voluntarista³⁷. A primeira, de cunho passivo, destinando-se a descrever ou reproduzir determinada conjuntura jurídico-política. A segunda, de viés positivo, intencionada a transformar a realidade vigente, através da criação de normas jurídicas. Desse modo, segundo o entendimento de Jorge Miranda³⁸:

A atitude cognoscitiva é a adotada pelos juristas no tempo das Leis Fundamentais do Estado estamental e do Estado absoluto. Encontra-se subjacente à Constituição britânica, com a sua carga consuetudinária. Manifesta-se, também, em larga medida, na Constituição dos Estados Unidos.

Relativamente à posição voluntarista, adotada a partir da Revolução francesa, constata-se que se encontra atrelada a correntes ideológicas distintas. Cite-se o jusracionalismo – com pretensões de descobrir o direito através do uso da razão, apartando-se da realidade que o precedeu; o historicismo conservador, na exata medida em que intencionava o retorno à realidade que antecedeu a consolidação dos ideais liberais; e, por fim, de forma bastante emblemática, a ideologia constitucionalista atual, de nítido carácter transformador da realidade social e inspirada nos movimentos revolucionários.

Afirme-se que a caracterização da supremacia constitucional não ocorreu de forma linear em todos os lugares do mundo³⁹. Inclusive, as constituições de alguns países europeus nem sequer contemplavam declarações de direitos, a exemplo da Constituição Imperial de Bismark (1871) e das leis constitucionais da Terceira República francesa (1875)⁴⁰. Outrossim, o carácter retórico⁴¹ assumido por muitos textos dificultou sobremaneira o processo de constitucionalização.

³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo II**. Portugal: Coimbra editora, 2007, p. 08.

³⁸ *Ibidem*, p. 08.

³⁹ Na Europa, o movimento constitucionalista inicialmente não prosperou em virtude “[...] dos ataques concentrados da direita e da esquerda. Pela direita, porque nesse momento da Restauração monárquica consagra-se o chamado princípio monárquico [...] que faz do monarca uma fonte pré-constitucional do poder, e da Constituição [...] pouco mais que retórica em sua parte dogmática. E, de outra parte, pela esquerda, esquerda hegeliana, por meio de Ferdinand Lassale em sua famosa palestra em Berlim de 1862 [...] esta desvalorização [...] é a que a esquerda irá manter por meio das formulações marxistas, que excluem também todo valor específico da Constituição como norma suprema. (ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1983, p.130)

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional. Parte I: Estado Constitucional de Direito e Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

⁴¹ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para um balance)**. Teoría y Realidad Constitucional, n.4, p. 241-272, 2 semestre, 1999, p. 242.

Importa ressaltar que a constitucionalização do Direito pressupõe a presença de elementos caracterizadores ou mesmo requisitos. Cite-se, nesse diapasão, a necessidade de uma Constituição rígida; a garantia, através de um aparato jurisdicional, da supremacia do texto constitucional; a vinculação da legislação infraconstitucional, dos atos emanados dos demais poderes, bem como de particulares, à Constituição; a existência de uma hermenêutica constitucional que viabilize a máxima eficácia da norma constitucional; a possibilidade de aplicação direta da Constituição, desvinculando-a da legislação infraconstitucional, e subtraindo-lhe o *status* de norma meramente programática; a interpretação da normativa infraconstitucional de acordo com o espírito constitucional (interpretação conforme a Constituição) e, por fim, a imbricação entre a Constituição e as questões políticas.⁴²

Depurando-se os referidos elementos, tem-se que a existência de uma Constituição rígida⁴³ apresenta-se como essencial à consolidação do constitucionalismo, na medida em que impede que a legislação ordinária venha a ter ingerência sobre o texto constitucional, modificando-o. Nesse sentido, há, de forma muito clara, a formação de uma hierarquia normativa⁴⁴, onde a Constituição figura no topo, constituindo-se como elemento vinculante e inspirador de todo o ordenamento jurídico. Ressalte-se que a ambiência viabilizadora do desenvolvimento do constitucionalismo está diretamente atrelada ao grau de rigidez da Constituição, devendo esta ser escrita⁴⁵; ademais, os países que não admitem a reforma do texto constitucional nem por meio do Poder Constituinte derivado ou reformador, protagonizam uma constitucionalização em grau mais elevado.

⁴² GUASTINI, Ricardo. *La costituzionalizzazione dell ordinamento italiano*. Tradução de Enzo Bello. In Raggio Pratica. Milano: Anabasi, nº 11, 1998, p. 273 e seguintes.

⁴³ Imunes a alterações ou que exigem um processo de modificação mais rígido do que o observado para a alteração da legislação ordinária.

⁴⁴ Para Canotilho, citado por André Ramos Tavares, a supremacia constitucional está alicerçada em três pilares: “(1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas de direito constitucional são normas de normas (*norma normarum*), afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas[...]; 3) [...] implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição [...].(TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional. Parte I: Estado Constitucional de Direito e Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57.)

⁴⁵ Discordando de tal posicionamento, Paulo Bonavides afirma ser descabida a vinculação entre a rigidez constitucional e a forma escrita do seu texto, citando o exemplo da Constituição francesa anterior à de 1789, a qual, segundo o autor, apesar de apresentar natureza nitidamente consuetudinária, continha disposições rígidas (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. Malheiros: São Paulo: 2011, p. 83). De fato, embora não se possa atrelar o aspecto rígido de uma Constituição ao fato de a mesma ser escrita, é, sem dúvida, um aspecto dificultador do fenômeno da constitucionalização a existência de normas constitucionais não escritas. Daí por que, ao tratarem dos requisitos ou condições para a constitucionalização, os autores costumam citar o caráter escrito das Constituições.

No que tange à necessária rigidez, exige-se a presença de um órgão responsável por velar pela efetiva observância do texto constitucional, que é o Tribunal Constitucional, o que, segundo Duguit⁴⁶, não ocorreu na Inglaterra, onde não há uma distinção entre leis de cunho constitucional e leis ordinárias.

A garantia da Constituição através do desenvolvimento de um aparato jurisdicional é outro aspecto condicionante do processo de constitucionalização, pois, associada à existência de uma rigidez constitucional, viabiliza a aferição da adequação da legislação ordinária ao texto da Constituição, de modo a impedir que este reste violado. Constata-se a existência de variantes no que concerne aos modelos de controle de constitucionalidade, sendo que, em alguns países, tal ocorre antes da entrada em vigor da norma potencialmente inconstitucional, sendo, portanto, realizado abstratamente, enquanto em outros se dá em concreto, ou seja, após a entrada em vigor da lei sob crivo (quer seja de forma difusa ou através de um órgão especificamente designado para tal)⁴⁷.

É também exigível, para efeito de caracterização do fenômeno sob análise, o caráter vinculante da norma constitucional, no sentido de determinar que os atos emanados de todos os poderes, assim como dos particulares, estejam em consonância com a norma constitucional, o que se associa à necessidade de aplicação imediata desta última, sem qualquer dependência da legislação ordinária. Tal aspecto se configura como de extrema relevância, posto que, durante muito tempo, os textos constitucionais foram concebidos como meros arcabouços principiológicos, com baixa densidade normativa e, portanto, inaptos à produção de efeitos imediatos, ou mera carta de intenções, prevendo a existência de direitos de caráter social que só se tornariam exequíveis por intermédio do desenvolvimento de políticas públicas⁴⁸.

Ademais, sobressai-se como elemento de extrema importância para a aferição do processo de constitucionalização, a construção de uma hermenêutica constitucional que

⁴⁶ DUGUIT, León. *Manual del derecho constitucional: teoría general del estado: el derecho y el estado: las libertades públicas: organización política*. Tradução: José G. Acuña. 2 ed. Madrid: Francisco Beltrán, 1926. Tradução da 3 ed. francesa, 1918, p. 280.

⁴⁷ O primeiro modelo é o adotado na França, enquanto nos Estados Unidos o controle se dá *a posteriori* e difusamente, não possuindo efeito *erga omnes*. Já em países europeus, a exemplo da Alemanha, Itália, Espanha, dentre outros, adota-se o sistema de controle de constitucionalidade também *a posteriori*, mas exercido por um Tribunal Constitucional, cujas decisões terão aplicabilidade ampla, ou seja, *erga omnes*. (GUASTINI, Ricardo. *La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano*. Tradução de Enzo Bello. In Raggio Pratica. Milano: Anabasi, nº 11, 1998, p. 274).

⁴⁸ Nesse sentido: “Um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização consiste precisamente na difusão, no seio da cultura jurídica, da ideia oposta, qual seja, a de que cada norma constitucional – independentemente da sua estrutura ou do seu conteúdo normativo – seja uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos”. (*Ibidem*, p. 275/276).

viabilize a máxima eficácia do texto interpretado, partindo-se do reconhecimento de que, por mais que se trate de um documento finito⁴⁹, a Constituição não possui lacunas, dispondo sempre de elementos norteadores de soluções, ainda que de forma implícita, bem como parâmetros de aferição de constitucionalidade. Sob este ângulo, a interpretação de toda a legislação ordinária, além da atuação dos demais poderes, necessariamente teria que encontrar conformação na norma constitucional. Surgem, então, conceitos como interpretação conforme a constituição⁵⁰ e sobre-interpretação⁵¹, além da inevitável constatação de que não há como dissociar as questões políticas da legitimação constitucional⁵².

Ao se analisar os elementos condicionantes aludidos supra, constata-se que, embora alguns países tenham vivenciado experiências democráticas, culminando na consolidação de uma gama de direitos individuais, não se pode afirmar que neles tenha se consolidado o constitucionalismo, ou, pelo menos, não imediatamente após tais experiências⁵³. Ilustrando tal evidência, cite-se os casos da Inglaterra, Estados Unidos e França⁵⁴.

No Reino Unido, apesar do seu pioneirismo em relação à adoção do modelo liberal, não há uma Constituição escrita, nem tampouco instrumentos viabilizadores da realização do controle de constitucionalidade, ou seja, não há uma jurisdição constitucional, razão pela qual, ausentes estes elementos, não se pode afirmar que o processo de constitucionalização encontrou ambiência no citado país⁵⁵.

⁴⁹ Já que não consegue abarcar a totalidade de matérias que exsurgem das intrincadas relações sociais, nem tampouco esgotar o disciplinamento político de um país.

⁵⁰ Dentre duas interpretações possíveis, opta-se pela que melhor se adequa ao texto constitucional, o que viabiliza a manutenção, no ordenamento jurídico, de uma lei a princípio inconstitucional.

⁵¹ Interpretação com base na ideia de completude do texto constitucional.

⁵² A correlação entre as normas constitucionais e as questões políticas não pode ser facilmente aferida, na medida em que está atrelada a questões diversas, tais como o objeto do texto constitucional, a atuação dos julgadores, dos órgãos constitucionais e agentes políticos. (GUASTINI, Ricardo. *La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano*. Tradução de Enzo Bello. In Ragio Pratica. Milano: Anabasi, nº 11, 1998, p. 279).

⁵³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo II**. Portugal: Coimbra editora, 2007, p. 19: “Nos Estados Unidos, até porque a Constituição de 1787 foi acto fundador da União, muito cedo se apercebeu que ela era também, por isso mesmo, a norma fundamentadora de todo o sistema jurídico. [...]. Já na Europa (onde as vicissitudes políticas e constitucionais, viriam a ser muito menos lineares e mais complexas que nos Estados Unidos) o caminho para o reconhecimento de um verdadeiro e pleno primado da Constituição foi mais longo, por duas razões principais: 1º) porque, tendo em conta o absolutismo precedente, toda a preocupação se reportava à reestruturação do poder político (em especial, do poder do Rei); 2º) e porque não se quis ou não se pôde instituir senão no século XX formas de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade.”

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353.

⁵⁵ Posicionando-se em sentido oposto à necessidade de uma Constituição assumir o caráter escrito para que possa ser considerada como tal, Jorge Miranda traz a lume o conceito de Constituição em sentido

Relativamente aos Estados Unidos, descortina-se a sua influência em relação ao processo de constitucionalização, até porque, como resultado dos movimentos de independência vivenciados naquele país, foi elaborada e entrou em vigor a Constituição de 1787, a qual passou a ser aplicada diretamente pelo Judiciário, bem como a servir de parâmetro interpretativo de todo o sistema jurídico, passando, pois, a ser “[...] norma fundamentadora de todo o sistema jurídico [...]”⁵⁶.

Nesse sentido, de acordo com Luís Roberto Barroso⁵⁷, “[...] a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea”. No entanto, é discutível o efetivo enquadramento do país em relação ao fenômeno constitucionalismo, ante as questões da legitimidade e limites da atuação do Poder Judiciário.

Na França, apesar de inexistir um efetivo controle de constitucionalidade, já que a Constituição de 1958 previu apenas a realização de um controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a apenas algumas leis, constata-se que a constitucionalização está se firmando, o que pode ser aferido através da análise da emblemática decisão 71-44 DC, proferida em julho de 1971, a qual reconheceu que a exigência de prévia autorização, administrativa ou judicial, para a formalização de uma associação, violava a liberdade de expressão, admitindo como parâmetro interpretativo constitucional o preâmbulo da Constituição de 1946 e a Declaração Universal de 1979, o que não apenas viabilizou a construção da tese do bloco de constitucionalidade, como fortificou o Conselho Constitucional na posição de guardião da Constituição. Esta prerrogativa ganhou especial ênfase a partir da Reforma de outubro de 1974, quando se ampliou a legitimidade para a provocação do referido Conselho, estendendo-a, além do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional e do Senado, a sessenta deputados ou senadores.

Alargando a análise da experiência constitucionalista no direito comparado, também merece destaque a experiência alemã, que é tida como uma das precursoras no

institucional, sendo que esta, como a própria terminologia já induz a concluir, teria a função de institucionalizar o Estado, definindo as suas funções, delimitando os seus poderes, estabelecendo os critérios de aferição da sua legitimidade, enfim, criando um elo entre os titulares e os destinatários do poder. Desse modo, dada a essencialidade dessas regras fundamentais, independentemente de serem escritas ou não, todo Estado seria dotado de uma Constituição, pelo menos no sentido institucional. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo II**. Portugal: Coimbra editora, 2007, p. 13).

⁵⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 354.

que tange ao processo de constitucionalização, na medida em que o Tribunal Constitucional Alemão, arrimado na Constituição de 1949, reconheceu que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva, também possuíam uma dimensão objetiva, ensejadora da elaboração de normas vinculativas de todos os poderes estatais e parâmetro interpretativo dos diversos ramos jurídicos. O precedente citado como motivador das transformações em realce é o caso Luth, que foi objeto de julgamento em janeiro de 1958.

Paralelamente, o modelo italiano também merece ser detalhado, considerando-se que o ordenamento jurídico peninsular ostenta todos os elementos típicos ao multicitado fenômeno. Ressalte-se que a Itália possui uma Constituição rígida, aliás, mais que rígida, pois além de ser dotada de regras diferenciadoras do processo de elaboração das leis de revisão constitucional (mais severo, com exigência de dupla aprovação pelas Câmaras, sendo que na segunda por maioria qualificada, além da possibilidade de realização de referendo popular) e ordinárias, apresenta em seu texto cláusulas pétreas, as quais não podem ser alteradas por nenhum processo legislativo. Outrossim, no ordenamento italiano, há a previsão do controle de aferição da legitimidade constitucional das leis, o qual “Normalmente é exercido *a posteriori, in concreto* e por via de exceção”⁵⁸.

Insta ressaltar que a Itália, apesar de possuir uma Constituição escrita já a partir de 1948, apenas nos anos 60 passou a vivenciar o processo de constitucionalização, sobretudo em virtude de a Corte Constitucional ter se instalado apenas em 1956, o que atrasou a efetivação das normas atinentes aos direitos fundamentais⁵⁹. Contudo, a partir deste marco, constatou-se uma evolução substancial, na medida em que o texto constitucional passou a assumir um viés vinculativo da legislação ordinária, exigindo uma compatibilização, independentemente da sua natureza preceptiva ou programática. Outro aspecto a ser ventilado pertine à hermenêutica constitucional, que passou a ser construída no intuito de garantir a máxima efetividade da Constituição, partindo da idéia de completude do seu texto, o que viabilizou a colocação da norma constitucional na condição de referencial inafastável de validade da legislação ordinária. Frise-se, ainda, a

⁵⁸GUASTINI, Ricardo. *La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano*. Tradução de Enzo Bello. In Raggio Pratica. Milano: Anabasi, nº 11, 1998, p. 280.

⁵⁹Nesse ínterim, foi atribuída aos juízes de primeiro grau a competência para a realização do controle de constitucionalidade das leis, o que ocorreu de forma bastante insipiente, pois a Corte de Cassação tratou de proceder à diferenciação entre normas constitucionais vinculantes e programáticas, sendo que estas não poderiam servir de parâmetro de aferição de legitimidade constitucional. Ademais, o critério de análise de supostos conflitos frequentemente utilizado era o cronológico e não o hierárquico. (*Ibidem*, p. 281.)

possibilidade de aplicação direta dos preceitos constitucionais pelos juízes de primeiro grau, sem a necessidade de intermediação da legislação infraconstitucional, ao realizar, por exemplo, uma interpretação conforme a Constituição ou quando são instados a se pronunciar sobre a não manifesta falta de fundamento no contexto da aferição de legitimação constitucional.

Por fim, faz-se inevitável a análise da imbricação entre as normas constitucionais e a política, o que pode ser constatado a partir da postura da interpretação realizada pela Corte Constitucional no que tange a certas matérias, a exemplo da ponderação entre princípios constitucionais (cujo critério possui natureza eminentemente política), bem como ao cabimento da utilização do referendo⁶⁰. Esta ordem de coisas acabou por influenciar também a mudança de paradigmas interpretativos do Direito Privado, como também propiciou mudanças na legislação atinente à matéria.

2.3 CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Após a superação da ideia de que as normas constitucionais não seriam cogentes, o que se deu, conforme afirmado anteriormente, a partir da crise do legalismo, foi se consolidando o entendimento de que o coração de um ordenamento jurídico seria a Constituição, não apenas no sentido de inspirar o legislador ordinário por meio de seus princípios, mas, sobretudo, de fazer-se concretizar, de forma direta e efetiva, no cotidiano da vida em sociedade. Um aspecto de extrema relevância que conduziu a esse momento foi a traumática experiência da Segunda Guerra Mundial, em que os direitos humanos foram absurdamente desrespeitados, sob o respaldo legal, trazendo à tona a necessidade de limitação dos poderes públicos. Inevitavelmente, a jurisdição constitucional foi se elastecendo, tendo por alvo a necessidade de um aparato concretizador das normas constitucionais.

Ademais, os textos constitucionais passaram a disciplinar temas que antes não lhe eram afeitos, de modo que as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, símbolos dessa nova era, versavam, por exemplo, acerca de direitos prestacionais

⁶⁰ GUASTINI, Ricardo. *La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano*. Tradução de Enzo Bello. In *Ragione Pratica*. Milano: Anabasi, nº 11, 1998, p. 289 a 293.

de cunho positivo exigíveis dos poderes públicos, e não meramente negativos (deveres de abstenção), além de aspectos relativos a relações familiares, cultura, dentre outros⁶¹.

Constata-se, desse modo, que a segregação entre Direito Público e Privado perde a sua razão de ser, ou pelo menos se fragiliza, posto que a Constituição passa a agregar todos esses primados, adquirindo inegável força, não apenas com esteio nas regras e princípios⁶². Este último aspecto deve ser analisado com maior acuidade, pois o caráter principiológico das Constituições, durante muito tempo, foi utilizado como argumento contrário à sua força normativa, visto que, dado o seu elevado grau de abstração, eram aplicados como instrumento de suprimimento de lacunas, ou seja, subsidiariamente. No entanto, passaram ao topo da ordem jurídica, permitindo a inserção de valores de extrema relevância, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, segurança jurídica, conduzindo à formação de um elo entre o Direito e a moral⁶³.

Importa ressaltar que os princípios, exatamente pelo seu elevado grau de abstração, permitem uma maior adaptabilidade às demandas que continuamente se renovam no contexto de uma sociedade extremamente dinâmica como a contemporânea. Este aspecto, no entanto, não subtrai a sua força normativa, considerando-se que em uma ordem jurídica, convivem de forma harmônica e complementar as regras (maior grau de concretude) e os princípios, os quais, embora em diferentes proporções, instrumentalizam a consecução dos ideais constitucionais⁶⁴.

Desse modo, ante a consagração da supremacia constitucional, nesse movimento que se convencionou denominar constitucionalização do direito ou neoconstitucionalismo, exige-se dos juristas uma nova postura, no sentido de buscar o

⁶¹ “[...] o constitucionalismo tende a disciplinar toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; pretende submeter à lei todas as manifestações da soberania e aí consignar os direitos dos cidadãos; declara uma vontade autônoma de recriação da ordem jurídica”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo II**. Portugal: Coimbra editora, 2007, p. 16.)

⁶² HESSE, Konrad. *La Fuerza Normativa de La Constitución, in Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, p. 55/78.

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 64.

⁶⁴ “A ambiência natural dos princípios jurídicos, como é fácil deduzir, será o texto constitucional. Tendo por base a terminologia, [...], proposta por GOMES CANOTILHO (1989, P. 129), inspirado em modelo germânico, pode-se elencar, como espécies de princípios, em ordem crescente de abstratividade, “princípios constitucionais especiais”, princípios constitucionais gerais” e “princípios estruturantes”. Esses últimos são aqueles que traduzem as opções políticas fundamentais, sobre as quais repousa toda a ordem constitucional e, logo, toda a ordem jurídica, e que seriam, no Direito brasileiro, como deflui já do “Preâmbulo” e do primeiro artigo de nossa Constituição, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, bem como o princípio federativo. O princípio da isonomia pode ser apontado como um dos princípios constitucionais gerais, assim como a isonomia entre homens e mulheres, referida no Art. 5º, inc. I, seria exemplo de princípio constitucional especial.” (FILHO, Willis Santiago Guerra. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Imprensa, 2009, p. 53).

fundamento das suas interpretações na Carta Maior, de modo não apenas a não contrariar o texto constitucional, mas a potencializar, em grau máximo, os seus preceitos, o que implicará na realização de uma verdadeira filtragem constitucional⁶⁵.

Tratando acerca do tema, Marcelo Neves enfatiza que o constitucionalismo, atrelado ao Estado territorialmente organizado, surgiu para responder a duas questões: “[...] 1) como determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos? 2) como limitar e controlar o poder estatal expansivo e, ao mesmo tempo, garantir a sua eficiência organizacional?. A resposta veio com as constituições estatais [...]”⁶⁶.

Em um Estado constitucionalizado, conforme já se afirmou, as diretrizes extraídas do texto constitucional vinculam todas as fontes normativas, de modo que, ao legislador, não caberá agir livremente, escolhendo os fins a que se destina a lei; antes, a atividade legislativa será deliberadamente voltada à concretização constitucional. A judicatura também estará inevitavelmente atrelada a esse fim, na medida em que a norma-decisão⁶⁷ deverá inevitavelmente ser elaborada à luz dos preceitos constitucionais. A função da doutrina, como não poderia deixar de ser, voltar-se-á para a interpretação de todo o arcabouço jurídico à luz da sua maior inspiração, a Constituição. Por fim, as relações privadas, também geradoras de efeitos jurídicos, só encontrarão legitimidade e razão de subsistência nos preceitos constitucionais⁶⁸.

No mesmo sentido, aduz Luís Roberto Barroso⁶⁹:

A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso, a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 65.

⁶⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.120.

⁶⁷ Segundo Guilherme Sandoval Góes, citado por Barroso, “[...] representa a última fase do ciclo hermenêutico, ou seja, é a norma já interpretada levando-se em consideração todos os elementos fáticos do caso concreto [...]”. (BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121.).

⁶⁸ GUASTINI, Ricardo. *La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano*. Tradução de Enzo Bello. In *Ragione Pratica*. Milano: Anabasi, nº 11, 1998, p. 272.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

Todavia, mais do que uma simples ampliação do conteúdo normativo da Constituição, o movimento ora sob análise enfatiza o alcance e teleologia constitucionais, disciplinando detalhadamente matérias que antes estavam atreladas a outros instrumentos normativos e, por conseguinte, exigindo o desenvolvimento de uma estrutura viabilizadora da consecução de seus objetivos⁷⁰.

Discutindo um viés mais abrangente do fenômeno da constitucionalização, que envolveria não apenas a relação entre as legislações internas de um dado ordenamento jurídico, como também realidades normativas de países distintos, Marcelo Neves assevera o termo transconstitucionalismo. Segundo o citado jurista, o reconhecimento da existência de normas constitucionais que possam ser aplicadas para além dos limites de um Estado soberano se torna essencial no contexto de globalização vivenciado pela sociedade hodierna. Porém, para que tal possa se concretizar, é essencial a existência de um diálogo constitucional entre as diversas ordens jurídicas, assim como a existência de “problemas” constitucionais em comum, para os quais possam ser adotadas soluções extraíveis da conjugação das normas previstas nas Constituições dos países envolvidos. O detalhe que torna essa interação transnacional um desafio é a disparidade de regramentos constitucionais, circunstância esta que, em muitos casos, inviabiliza o consenso. Outrossim, é discutível a legitimidade de uma ingerência externa sobre um país dotado de soberania. Nesse sentido, acrescenta o autor⁷¹:

O problema reside exatamente na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas. Daí por que a busca de “pontes de transição” é fundamental. Evidentemente, essas “pontes”, como modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não são construídas de maneira permanente e estática no âmbito dinâmico do transconstitucionalismo.

Dados os óbices anteriormente delineados, constata-se que, em termos de organização estrutural, o transconstitucionalismo tem se desenvolvido a contento. No entanto, no que concerne à exequibilidade do conceito no contexto da sociedade global, há uma forte resistência, razão pela qual, embora o transconstitucionalismo seja um mecanismo de grande valia para o fortalecimento das relações internacionais, como também para a solução de questões que interessam e envolvem Estados diversos, será necessária uma mudança de postura, que permita a abertura necessária para que tal

⁷⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo II**. Portugal: Coimbra editora, 2007, p. 17.

⁷¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 128.

ocorra, medida que, inevitavelmente, passaria pelo desenvolvimento de uma metodologia hábil à consolidação de um direito transnacional.

Como reflexão derradeira do presente tópico, importa mencionar que o desenvolvimento da teoria do transconstitucionalismo é indiciário da irreversibilidade do processo de constitucionalização, na medida em que, não sendo suficiente a supremacia constitucional na ordem interna, já se encaminha para a expansão da força normativa da Constituição para além dos limites políticos de um Estado soberano.

2.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

No cenário brasileiro, a implantação desse Estado constitucional decorreu de um longo processo histórico, tendo como marcos definidores a promulgação da Constituição de 1988 e o movimento de redemocratização que o antecedeu. Desse modo, a referida Carta permitiu que o direito constitucional no Brasil passasse da penumbra ao apogeu em menos de uma geração⁷².

Porém, antes de se analisar o atual momento vivenciado pelo constitucionalismo brasileiro, o qual ainda não se consolidou em definitivo⁷³, é imprescindível que se faça uma rápida abordagem histórica, enfatizando-se, desde logo, que a experiência constitucional brasileira teve a sua gênese atrelada à dominação exercida pelo país colonizador, Portugal. Apesar disso, a primeira Carta Constitucional brasileira, a de 1824, denominada de Constituição Imperial, acabou por inspirar a Carta portuguesa de 1826. Ambos os documentos, apesar de incompatíveis com as aspirações revolucionárias, sobretudo em relação aos direitos individuais e à separação de poderes, apresentaram alguma evolução no que concerne à limitação de poderes.

Importa frisar que o grande marco histórico brasileiro em relação ao processo de constitucionalização foi a Revolução Pernambucana de 1817, por meio da qual foi apresentada uma proposta de decretação de um texto normativo que, pelos seus caracteres, foi considerado de caráter constitucional, pois através dele o Governo Provisório da República de Pernambuco “[...] decretou a queda do Império, a instituição

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma repolitização da legitimidade**. Malheiros: São Paulo, 2001, p. 190.

da República, o fim do Estado unitário, o advento da Federação e a criação da forma presidencial de governo”⁷⁴.

Apesar de reações cujo objetivo era evitar a proliferação dos ideais revolucionários, em 03 de junho 1822 o Príncipe Regente convocou a Assembleia Geral Brasileira Constituinte e Legislativa, meses antes da Proclamação da Independência. Considera-se, pois, que a convocação da Assembleia, com o intuito de se elaborar um texto constitucional, foi determinante para a segregação entre Brasil e Portugal. Contudo, em virtude do Golpe de Estado de 1823, o poder constituinte originário não pôde desenvolver a contento o seu mister, de modo que, sob a égide da Constituição outorgada de 1824, houve tão somente a transmutação de uma monarquia absoluta para uma monarquia constitucional, realidade que perdurou durante o Primeiro Reinado, passando pela Regência e chegando ao Segundo Reinado⁷⁵.

Embora não tenha viabilizado a realização de um controle de constitucionalidade, além de se restringir, basicamente, a prever os direitos de primeira geração e a separação de poderes, a Carta de 1824 foi pioneira em alguns aspectos. Nesse sentido, disciplinou a existência de direitos e deveres, priorizou a constitucionalidade material em detrimento da formal, além de ter criado um quarto poder: o moderador⁷⁶. Este, a princípio idealizado como uma espécie de poder judiciário dos demais poderes, foi constitucionalmente previsto e concretizado como um instrumento ditatorial, sendo exercido pelo Imperador, que possuía amplíssimas atribuições, contrariando o princípio da tripartição de poderes, desenvolvido por Montesquieu. Ademais, destaca-se na Constituição sob comento a cumulação, no âmbito do Poder Legislativo, das funções de elaborar e interpretar as leis, inclusive as constitucionais, além de ter traçado elementos caracterizadores da matéria constitucional, a fim de se estabelecer os critérios para a sua reforma.

Não obstante a ausência de originalidade, já que as suas diretrizes foram importadas de Portugal, não se pode deixar de reconhecer a relevância da Constituição de 1824, visto que, além de ter instrumentalizado a superação da dicotomia entre absolutismo e liberalismo, constituiu a iniciativa inaugural da consolidação, no Brasil,

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma repolitização da legitimidade**. Malheiros: São Paulo, 2001, p. 193.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 195.

⁷⁶ Realidade que antecedeu a Abdicação, após a eclosão de movimentos revolucionários, sobretudo em Minas Gerais.

de um sentimento nacionalista, com vistas ao atingimento de uma maturidade constitucional⁷⁷.

Após a queda do Império, em 1889, adveio um instrumental normativo provisório (Decreto n. 1 do Governo Provisório), por meio do qual foi possível a instalação da República e da Federação. Após esse momento, instalou-se, mais uma vez, um período ditatorial de dois anos, ao final do qual se promulgou o Estatuto Fundamental da República.

Sob a égide do documento referido supra, consolida-se a primeira fase do constitucionalismo republicano, que se estendeu entre 1891 e 1930. Como relevante mudança, destaca-se a adoção do federalismo, inspirado no modelo norte-americano e desenvolvido por Rui Barbosa, cuja imprescindível colaboração culminou na Constituição de 1891, que adotou a República, o modelo federativo e o presidencialismo como pilares.

Contudo, frise-se que o sistema republicano não vingou, provavelmente em virtude da ausência de uma ambiência propiciadora da sua consolidação⁷⁸, o que culminou na imposição do ato institucional de 15 de novembro de 1891. No que concerne ao federalismo, o mesmo não se consolidou tal como no modelo americano, o que implicou no desequilíbrio da relação entre as unidades federativas e a União, propiciando o cometimento de abusos, desvios e, por conseguinte, no desvirtuamento do sistema. Por fim, o terceiro elemento do tripé, o presidencialismo, também não logrou êxito, na medida em que assumiu o viés militarista, ou seja, absolutamente deserto de legitimidade; tal contexto acabou por viabilizar a eclosão de movimentos: a Campanha Civilista (liderada por Rui Barbosa), a Revolução Republicana de Nilo Peçanha, as revoltas dos dois 5 de julho de 1920 e a Revolução de 1930 (movimento da Aliança Liberal), sendo que esta fez ruir a Primeira República⁷⁹.

⁷⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **A experiência Constitucional Brasileira**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227.

⁷⁸ O que se deveu, sobretudo, ao fato de que a “A república em si mesma não penetrara ainda a consciência da elite governante e da camada social hegemônica, talvez à míngua de preparação, porquanto no diagrama do novo regime os fatos atropelaram os valores, os interesses sobrepujaram as idéias, a destemperança, as vaidades e a soberba calcaram as verdades; as paixões, as ambições e os ódios escureceram o bom senso e a razão. [...]”. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma repolitização da legitimidade**. Malheiros: São Paulo, 2001, p. 199.)

⁷⁹ Contudo, segundo Inocêncio Mártires Coelho, a Constituição de 1891 “[...] ainda assim possibilitou a consolidação do Estado brasileiro e das suas instituições, contra os vaticínios pessimistas dos que anteviam a desintegração do País, o que não aconteceu, segundo Miguel Reale, graças à atuação de Rui Barbosa, ao se opor, de um lado, à *concentração do poder*, preconizada pelos adeptos da “ditadura

A partir da Revolução de 1930, iniciou-se a reivindicação por uma maior transparência e legitimidade do processo eleitoral. Passou-se também a dar ênfase à proteção dos direitos sociais, dada a inserção do Brasil no processo de industrialização, tornando iminente o conflito entre os interesses dos detentores de capital e os trabalhadores, estes, por óbvio, em uma posição nitidamente desfavorável.

O cenário político que perdurou entre os anos de 1930 e 1934 foi marcado pela intenção de dar continuidade ao período antecedente, ensejando a eclosão do movimento revolucionário denominado Revolução Constitucionalista de 1932, ocorrida em São Paulo e que não logrou êxito. No entanto, os ideais propugnados pelo movimento implicaram na convocação da Constituinte de 1933, a qual culminou na promulgação da Constituição de 1934⁸⁰. Esta Carta, elaborada sem a efetiva discussão dos líderes políticos do antigo regime, os quais ainda estavam exilados, padecia de uma efetiva legitimação. Associado a tal fator, foi eleito, de forma indireta, o líder do movimento de 1930, o qual, em 1937, protagonizaria um golpe de Estado.

No ano de 1935 insurreições comunistas se desenvolveram no Rio de Janeiro, Natal e Recife, fato que acabou por ensejar o golpe de 1937, às vésperas da eleição para presidente da República, através do qual se instalou o período denominado Estado Novo. Nesse contexto, Getúlio Vargas assumiu o poder, tendo governado, apenas em tese, sob a égide da Constituição de 1937⁸¹, pois esta não passou de uma Carta retórica, cujo teor jamais se concretizara.

Tratando acerca da referida Carta Constitucional, João Bosco Leopoldino da Fonseca aduz: “foi um nome sem qualquer vinculação com a realidade política e social

positivista” e representada pelo “castilhismo”; e, de outro, à *dispersão do poder*, nascida das pretensões de soberania partilhada, pela qual pugnavam as antigas províncias, pomposamente convertidas em Estados”. (Grifos constantes no original) (COELHO, Inocêncio Mártires. **A experiência Constitucional Brasileira**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 230).

⁸⁰ Apesar de supostamente consolidar os ideais da Revolução de 1930, a Carta não foi hábil à viabilização das mudanças que prometeu. Nesse sentido, importa frisar que foi atribuída ao Senado a missão de fiscalizar os demais poderes e guardar a Constituição, função muito similar à do Poder Moderador, previsão que pode ser considerada como um retrocesso. Entretanto, inovações relevantes foram consagradas no texto constitucional, a exemplo da previsão de direitos sociais, da implantação da Justiça Eleitoral, do voto secreto e feminino, além do instituto do mandado de segurança. (*Ibidem*, p. 231-232).

⁸¹ A referida Constituição apresentou duas relevantes inovações: a ampliação do Poder Executivo, no sentido de assumir a competência para expedir decretos-leis relativamente às matérias que deveriam ser legisladas pela União até que o Parlamento Nacional se reunisse; além da efetivação do controle de constitucionalidade, que passaria pelo crivo do Presidente da República, sendo que este, desde que se caracterizasse o interesse público, poderia levar mais uma vez à apreciação do Parlamento a matéria, sendo que se este, por maioria de 2/3 dos seus membros em cada uma das Casas, confirmasse o entendimento do Chefe do Executivo, a decisão do Tribunal seria considerada como sem efeito e a emenda constitucional efetivada. (*Ibidem*, p. 234).

do país. Fruto de um amálgama de *fascismo, corporativismo, nacionalismo e de aparente liberalismo* [...]”⁸²

Sucessivamente, em 1945, como resultado do movimento de redemocratização inspirado nos ideais do pós-guerra, foi promulgada a Constituição de 1946, dotada de um texto considerado lúcido e de caráter positivo⁸³, o qual muito se assemelhou ao da Constituição de 1934. Contudo, apesar de ter aperfeiçoado a divisão das competências entre os entes federativos, além de ter avançado consideravelmente na previsão de direitos sociais, a Carta sob comento apresentou lacunas, adiante elencadas:

a) o enfraquecimento do Executivo, deixado à mercê do Legislativo; b) o fortalecimento do Legislativo, mas num quadro normativo anacronicamente reduzido às figuras da lei constitucional e da lei ordinária; c) a criação de óbices à intervenção do Estado no domínio econômico, o que era incompatível com a sociedade industrial emergente; e, por fim, d) a adoção do pluralismo partidário, sem limitações nem cautelas, o que levou ao ressurgimento da “política estadual” e à criação de “partidos nacionais” de fachada, cujas siglas escondiam meras federações de clientelas ou de facções locais⁸⁴.

No ano de 1964, através de um golpe militar, instala-se mais uma vez uma ditadura, cujo cenário era de desrespeito às instituições (tanto que o Congresso Nacional, embora existente, não atuava de forma concreta), bem como aos direitos atrelados aos ideais democráticos, a exemplo da liberdade de imprensa e de expressão. A Constituição de 1967 resultou desse período, daí porque o seu texto continha um viés autoritário, o que se consubstanciou, exemplificativamente, no estabelecimento da forma indireta de eleição do chefe do Poder Executivo, como também na possibilidade de aprovação de leis por decurso de prazo⁸⁵.

Importa ainda acrescentar que, após a Carta de 1967, como resultado de outro golpe militar, diante da impossibilidade de o Presidente da República continuar à frente da administração do país, os três ministros militares impediram que o então Vice-Presidente assumisse, contrariando o que previa o texto da Constituição em vigor. Para

⁸² LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 115-116.

⁸³ “Os constituintes de 1946 partiram do princípio filosófico kantiano de que o Estado não é o fim em si mesmo, mas meio para o fim. Este fim seria o homem. O Estado deveria fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar material, física e espiritualmente o *homem*.” (grifo do original). (BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 18-19).

⁸⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **A experiência Constitucional Brasileira**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 238.

⁸⁵ Nesse caso, a justificativa era impedir que o Congresso permanecesse inerte, de modo que, caso não houvesse a votação de um determinado projeto de lei, esta seria considerada aprovada.

supedanear o seu intento, os militares editaram a Emenda nº 1 à Constituição de 1967, texto que vigorou no Brasil até a promulgação da Constituição de 1988⁸⁶.

O passo seguinte nessa caminhada de consolidação do constitucionalismo no Brasil foi a promulgação da Constituição de 1988, esta dotada de um amplo rol de mecanismos viabilizadores da proteção dos direitos sociais, características que a faz ser considerada como a melhor de todas as Constituições brasileiras.

Insta ressaltar que, embora desde a Constituição de 1891 já houvesse no Brasil a previsão de mecanismos de jurisdição constitucional, as normas previstas constitucionalmente padeciam de uma patente inefetividade, visto que não eram aplicadas como parâmetro de interpretação da legislação ordinária, nem tampouco possuíam incidência direta em relação à solução dos conflitos de interesse levados à apreciação do Judiciário⁸⁷.

Nesse diapasão, a Carta de 1988 foi responsável pela mudança do paradigma anteriormente caracterizado, enfatizando a necessidade de proteção dos direitos humanos fundamentais e a concretização dos seus ditames. Tal ordem de coisas fez consolidar-se o caráter normativo da Constituição, passando esta a ser considerada não como um mero arcabouço principiológico que, de tão abstrato, estava impedido de ter aplicabilidade direta e imediata, necessitando do apoio instrumental da legislação infraconstitucional, mas um mecanismo de viabilização tanto de direitos individuais quanto sociais, além de propiciar toda a organização política estatal.

Tratando acerca do tema, Luís Roberto Barroso enfatiza que a Constituição sob foco, não obstante a sua inegável contribuição para a estabilidade política de que goza o país durante todos esses anos, não corresponde ao contemporâneo momento institucional brasileiro, pois contempla, paradoxalmente, direitos legítimos e privilégios desarrazoados, de modo que: “A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa⁸⁸.”

Aprofundando-se um pouco mais a análise da relevância da Carta de 1988, há de se enfatizar que, em um contexto de constitucionalização, o parâmetro de interpretação

⁸⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **A experiência Constitucional Brasileira**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 244.

⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 67.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360.

da legislação ordinária, assim como o balizamento dos atos praticados pelos demais poderes e até dos particulares passa a ser dado pela Constituição, tornando inevitável a imbricação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, não no exato sentido de que os institutos tutelados por estas serão inseridos naquelas, mas na exigência de que toda a interpretação tenha respaldo constitucional.

Outra decorrência relevante do processo de expansão do constitucionalismo foi a ampliação da jurisdição constitucional. Desse modo, quando as normas constitucionais passaram a ser não apenas parâmetro de interpretação das demais normas, mas também dotadas de força normativa no sentido material da expressão⁸⁹, surgiu a necessidade de criação de órgãos de controle de constitucionalidade. No Brasil, tal mister é exercido através da atuação do Poder Judiciário, em sentido lato, abrangendo todos os juízes e tribunais, além do Supremo Tribunal Federal.

Inegavelmente, os métodos interpretativos foram sensivelmente alterados por essa atmosfera constitucional, de modo que se exige do hermeneuta posturas que viabilizem o reconhecimento da revogação de normas anteriores à Constituição e que sejam com ela incompatíveis; a declaração de inconstitucionalidade de normas posteriores à Constituição e que apresentem incompatibilidade com o seu texto; a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a consequente provocação do Poder Legislativo, assim como a interpretação conforme a Constituição⁹⁰. Esta poderá implicar na indicação do sentido da norma interpretada, no afastamento da sua aplicação a uma situação determinada ou na exclusão de certa interpretação do texto; viabilizando-se, dessa forma, a manutenção da norma objeto da interpretação no ordenamento jurídico⁹¹.

⁸⁹ Esposando o seu entendimento acerca da necessidade de que as normas constitucionais sejam interpretadas pelo Judiciário, com vistas à consecução dos direitos, sobretudo sociais, que tutela, Lênio Streck preleciona: “A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política). Quando clamo por um “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. [...]” (STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil**. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 21/11/2014, p. 281-282).

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360.

⁹¹ Tal iniciativa parte da presunção de constitucionalidade das leis, princípio oriundo dos Estados Unidos e que se espalhou por todo o mundo. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma repolitização da legitimidade**. Malheiros: São Paulo, 2001, p. 247.)

Ademais, ainda no que tange ao modo de interpretar as normas, sobretudo constitucionais, percebe-se que esse novo contexto exigiu uma mudança de posição, não apenas em relação às normas em si, mas também no que concerne ao papel do hermenêuta. Daí por que novos métodos interpretativos foram elaborados, dado o reconhecimento da insuficiência dos tradicionais, em um contexto de consolidação de normatividade principiológica, da admissibilidade de colisão entre direitos fundamentais, bem como da necessidade de utilização da técnica da ponderação.

2.5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Quando se trata da ampla ingerência constitucional sobre todas as normas inerentes ao ordenamento jurídico, em um contexto de constitucionalização, inevitavelmente deve-se considerar a heterogeneidade desse sistema, o qual é dotado de fontes normativas diversas, as quais se encontram atreladas a uma ordem hierárquica em cujo topo encontra-se a Carta Constitucional. Esta é responsável por imprimir coesão e unidade ao ordenamento jurídico que, além de heterogêneo, é aberto.

Sob esta perspectiva, as normas constitucionais são erigidas a parâmetros interpretativos e fundamento de validade de todas as demais normas, tanto as de direito público, quanto as atinentes ao direito privado.

Relativamente à necessária reinterpretção do Direito Administrativo à luz da Constituição, como também ao tratamento constitucional dos institutos administrativos, o que será mais bem detalhado a partir desse momento, por ter uma singular relevância para o desenvolvimento da presente pesquisa, tem-se que as Constituições italiana e alemã foram as precursoras, sendo seguidas pelas Cartas espanhola e portuguesa⁹².

Importa ressaltar que a necessidade de criação de um arcabouço normativo-principiológico, que passasse a servir de fundamento de todo o ordenamento jurídico – a Constituição - surgiu com o advento do liberalismo, dada a necessidade de se limitar o poder estatal. Com o mesmo objetivo foram criadas as regras inerentes à administração pública, de modo que se pode afirmar que o Direito Constitucional e o Administrativo surgiram de uma necessidade comum, mas trilharam caminhos bastante díspares. Enquanto o Direito Constitucional esteve associado às questões políticas, ou seja, considerado como o regramento dos poderes estatais, cujas previsões não possuíam

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 373.

aplicabilidade imediata e nem eram dotadas de força normativa, o Direito Administrativo, sobretudo na França, consolidou-se como um ramo autônomo, inclusive dotado de jurisdição própria, contexto que apenas seria transformado após a Segunda Guerra Mundial, com a elevação das normas constitucionais a uma posição de superioridade⁹³.

No contexto brasileiro, a partir da Constituição de 1988, houve um maior detalhamento das questões administrativas, o que, na visão de Gustavo Binbenojm⁹⁴, implicou na adoção de um viés mais corporativo do que garantístico. Contudo, inegável foi o avanço da previsão expressa no texto constitucional dos princípios norteadores da administração pública, quais sejam: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência⁹⁵.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes⁹⁶, a relevância da relação entre Estado e sociedade viabilizou a aproximação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, de modo que este passou a prever, explícita e implicitamente, uma gama de princípios norteadores da atuação da administração pública.

Para que se possa melhor caracterizar o processo de constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil, mister se faz considerar que isso resultou das transformações que o Estado brasileiro protagonizou nos últimos anos, assim como da influência exercida pelas normas constitucionais em relação às administrativas, o que resultou na previsão, por parte do texto constitucional, de matérias pertinentes à administração pública.

A Constituição Federal, conforme já alinhado anteriormente, previu, de forma detalhada, aspectos inerentes à Administração Pública, o que a torna alvo de críticas. Contudo, no que concerne à previsão dos princípios vinculativos da Administração Pública, além do disciplinamento distinto das atividades de governo⁹⁷ e administrativas, o tratamento dado pelo texto constitucional é digno de elogios.

No que concerne especificamente à diferenciação entre as funções administrativas e de governo ou políticas, importa mencionar que estas se dissociam das

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 373.

⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70.

⁹⁵ O princípio da eficiência foi acrescido ao texto constitucional pela Emenda nº 19/98.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 961.

⁹⁷ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, p. 74.

atividades de cunho executivo tanto sob o aspecto formal quanto material. Ressalte-se que, materialmente, a função executiva se destina a atender às demandas corriqueiras da vida em sociedade e, por isso, possui um respaldo legal preexistente; já a atuação política tem por escopo solucionar questões de cunho excepcional e de alta relevância, a exemplo da decretação do *impeachment*, da declaração de estado de calamidade, dentre outras situações que exigem a prática de “[...] atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas. [...]”⁹⁸,

Quanto às mudanças pelas quais passou o Estado brasileiro nos últimos anos, tem-se que a abertura ao capital estrangeiro, a flexibilização do monopólio estatal, além da não atuação estatal em determinadas áreas, foram fatores que contribuíram enormemente para a mudança do foco estatal, tanto no que pertine à prestação de serviços públicos, quanto à sua atuação no âmbito econômico. Desse modo, o Estado passa a agir no sentido de fiscalizar a consecução dos serviços delegados ou concedidos à iniciativa privada, exercendo as agências reguladoras um papel de singular importância.

Outro aspecto que merece destaque nessa dimensão da constitucionalização do direito administrativo é a influência direta exercida pelas normas constitucionais em relação aos institutos pertinentes àquele ramo do direito, de modo que os atos emanados da administração pública passam a buscar fundamento e legitimidade no próprio texto constitucional, ainda que não haja uma lei em sentido estrito que os embase. Desse modo, conforme preleciona Gustavo Binenbojm⁹⁹:

A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em *juridicidade administrativa*. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição.

Percebe-se, de forma bastante nítida, uma mudança de paradigma, posto que a segurança jurídica, garantida no âmbito administrativo pela legalidade em sentido estrito, vai cedendo espaço à incidência da carga normativa e principiológica constitucional, com vistas à consecução de uma interpretação viabilizadora dos fins expressa ou implicitamente extraíveis da Constituição. Em tal contexto, desde que haja

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo: 2013, p. 37.

⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70.

respaldo constitucional, é possível que atos administrativos ilegais sejam convalidados, ante a utilização da ponderação como instrumento capaz de equalizar a *voluntas legis* e as diretrizes oriundas dos princípios constitucionais.

Outrossim, nesse contexto de vinculação dos atos administrativos diretamente à constituição, constata-se uma transformação significativa no que diz respeito ao conceito de discricionariedade, posto que ao administrador, ainda que em um contexto onde não fosse exigível a intermediação de uma lei para a sua atuação, não seria dada a prerrogativa de decidir de forma livre, escolhendo apenas de acordo com a sua convicção qual a medida a ser adotada ante o surgimento de uma demanda. Inevitavelmente, a atuação administrativa passa a estar atrelada às autorizações constitucionais, passando a discussão a se pautar na ideia de uma maior ou menor adstrição a tais comandos¹⁰⁰.

Acrescenta Luís Roberto Barroso¹⁰¹ que a incidência da principiologia constitucional sobre o Direito Administrativo também implicou na redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, o que exige, para que seja possível uma compreensão adequada, a distinção entre o interesse público primário (inerente à sociedade) e interesse público secundário (relativo à Fazenda Pública); destaque-se que o interesse público secundário não goza de presunção de supremacia em detrimento de um interesse particular. Dessa forma, existindo conflito entre ambos, necessária será a aplicação da ponderação¹⁰².

Ao tratar acerca do interesse público, o qual deve ser perseguido e, por decorrência lógica, legitimar a atuação da Administração pública, Celso Antônio Bandeira de Mello desmistifica o seu conceito, enfatizando que resulta da confluência dos interesses de todos os membros pertencentes à sociedade, razão pela qual não seria possível se vislumbrar uma colisão entre os interesses públicos e os titularizados, em conjunto, pelos indivíduos¹⁰³. Outrossim, não há como se fazer uma associação necessária entre o interesse estatal e o interesse público, posto que, nem sempre, a

¹⁰⁰ “A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. [...]” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71).

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 375.

¹⁰² *Ibidem*, p. 375.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo: 2013, p. 62.

atuação do Estado visa à consecução dos direitos pertencentes aos indivíduos inseridos em um contexto social, daí por que é imprescindível a já referida distinção entre interesses primários e secundários¹⁰⁴.

Para Gilmar Ferreira Mendes¹⁰⁵, o princípio do interesse público, em uma ambiência de Estado Constitucional, afigura-se como de extrema relevância, na medida em que os interesses individuais, ante as intrincadas relações que se estabelecem na sociedade contemporânea, acabam por assumir um viés coletivo ou transindividual.

A possibilidade de submissão do mérito administrativo ao crivo jurisdicional foi outro legado da constitucionalização do Direito Administrativo, tornando possível a análise do motivo e objeto determinantes da tomada da decisão sob análise por parte do administrador, a fim de que se viabilize a aferição da sua conformação aos princípios constitucionais e, desse modo, da sua legitimidade, elementos condicionantes da subsistência do ato administrativo.

Ante as considerações acima feitas, constata-se a inegável influência exercida pelo processo de constitucionalização do direito em relação ao Direito Administrativo, o que implicou na necessária reinterpretação dos institutos inerentes a tal ramo do direito à luz do texto constitucional e, por conseguinte, na relativização de certos conceitos, a exemplo do princípio da legalidade, o qual, segundo afirmado supra, passou a estar atrelado não mais à lei em sentido estrito, mas à própria Constituição.

¹⁰⁴ Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. [...]” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo: 2013, p. 66).

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 961.

3 AS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA AMBIÊNCIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Partindo-se das premissas decorrentes das reflexões até aqui realizadas, constata-se que a inequívoca influência exercida pela Constituição em relação a todo o sistema jurídico impõe uma reinterpretação dos institutos a este inerentes.

No contexto brasileiro, mais especificamente na seara do Direito Administrativo, há de se considerar que alguns conceitos, muitos dos quais já sedimentados na doutrina, jurisprudência e, com similar ênfase, na própria prática administrativa, passaram a ser objeto de uma nova abordagem exegética, com vistas à sua adequação aos influxos do irrefreável processo de constitucionalização.

Nesse sentido, pela sua relevância para a pesquisa em tela, no sentido de viabilizar o delineamento da competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, passar-se-á a analisar as fontes hodiernas do Direito Administrativo do Brasil, partindo-se, para tanto, do grau de imbricação destas com o princípio da tripartição de poderes.

3.1 A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES E AS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Inegavelmente, o princípio da separação de Poderes foi desenvolvido com vistas à especificação das funções estatais, assim como à viabilização de um controle mútuo entre as três esferas de poder, o que passaria a impedir o cometimento de arbitrariedades e, desse modo, a violação aos direitos pertencentes à sociedade sob a tutela estatal. Ao mesmo tempo, tem-se que tal dogma também resultou da consolidação do Estado moderno, a partir da aplicação das teorias liberais do contrato social, de modo que a luta pelo poder, antes travada entre os indivíduos, passou a ser protagonizada pelos poderes estatais¹⁰⁶.

Acrescente-se, ainda, que a partir da Revolução Francesa, os poderes foram não apenas constituídos como também separados, a fim de que pudessem atuar de forma

¹⁰⁶ CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 575.

independente, preservando-se, contudo, a harmonia necessária à viabilização de um ambiente social mais humanizado, bem como à solidificação do ideal democrático.

Ilustrando este cenário, do Rei se retirou a competência para realizar julgamentos, missão que foi assumida pelo Poder Judiciário, assim como se direcionou a vinculação dos súditos à lei, por intermédio da atuação do Legislativo, o que antes se dava em relação ao monarca¹⁰⁷.

Em um primeiro momento, no entanto, apesar de não mais titularizar o exercício da função legislativa, o Poder Executivo francês ainda participava da elaboração das leis, na medida em que possuía a prerrogativa de exercer o veto suspensivo, de modo que se poderia falar, incontestavelmente, em exercício de ingerência sobre a legalidade à qual iria se submeter. Destaque-se que esta conjuntura passou a ser transformada a partir da contribuição de pensadores como John Locke, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant, os quais defendiam a supremacia do Poder Legislativo, exatamente por acreditarem que a lei era a legítima expressão da vontade do povo¹⁰⁸.

Na seara administrativa, como decorrência da aplicação do Princípio da Separação de Poderes, adveio a vinculação dos atos emanados dos titulares de funções administrativas à lei, como uma forma de superação do período absolutista, em que o poder era exercido de forma ilimitada pelo monarca. Desse modo, em virtude de a lei emanar da atuação do Poder Legislativo, possuindo caráter vinculativo, aos outros Poderes caberia apenas aplicá-la, implicando, assim, em uma inegável supremacia do Parlamento¹⁰⁹.

Associado a tal fator, percebe-se que a concepção da lei como expressão representativa da vontade do povo e, por conseguinte, do exercício da soberania popular, elevou-a ao *status* de instrumento viabilizador da liberdade. Nesse sentido, segundo Arícia Fernandes Correia¹¹⁰, “[...] O fundamento jusracionalista da legalidade corresponderia à própria liberdade. [...]”.

Visualiza-se, pois, que no panorama ora delineado, o princípio da legalidade passou a servir de norte e fundamento primaz da atuação estatal. Contudo, tal ordem de

¹⁰⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 21.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁹ Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos, historicamente falando, a submissão dos atos emanados da Administração Pública à lei consistiu em uma importante evolução, pois a tirania do soberano foi suplantada pelas normas emanadas do Legislativo. (*Ibidem*, p. 23).

¹¹⁰ CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 576.

coisas, apesar de, a princípio, implicar em um avanço em relação ao período absolutista, acabou por legitimar o cometimento de uma série de atrocidades, a exemplo da atuação nazista na Alemanha.

Posteriormente, a exigência de uma presença mais intensa do Estado na vida social, de modo a instrumentalizar políticas viabilizadoras de direitos considerados essenciais à coletividade, ocasionou a transformação do modelo estatal, que passou a se denominar, a partir do século XX, de Estado Social. Como pano de fundo, o referenciado princípio da legalidade estrita, que impunha a irrestrita obediência aos mandamentos legais oriundos da manifestação parlamentar, cedeu lugar à supremacia da Constituição, a qual passou a ocupar a centralidade do sistema jurídico.

Indubitavelmente, a incidência das normas constitucionais assumiu não apenas o viés de parâmetro interpretativo, mediante a aplicação da sua carga principiológica dotada de baixa densidade normativa, mas passou a instrumentalizar, de forma direta, a concretização dos direitos fundamentais, mediante a atuação tanto do Poder Judiciário quanto da Administração Pública.

Por ser assim, constata-se que o sustentáculo de validade das atividades estatais não mais teria que ser necessariamente a lei, mas a própria Constituição e os valores que dela irradiam para todo o sistema, mudança esta que terminou por trazer implicações em relação ao próprio princípio democrático, que não mais se colmata à idéia de respeito à vontade da maioria através da atuação do Poder Legislativo.

Analisando-se, de forma mais detida, as implicações do processo de constitucionalização em relação à atuação da Administração Pública, constata-se a sua vinculação não mais à lei em sentido estrito, mas à juridicidade¹¹¹, conforme já se defendeu no capítulo anterior. Esta circunstância, inevitavelmente, resvala no princípio da separação de poderes, uma vez que, embora acentue a necessidade de controle recíproco entre os poderes, o que se consubstancia na fiscalização da constitucionalidade das leis e na possibilidade de discussão mais ampla do ato administrativo por parte do Judiciário¹¹², também legitima e exige a atuação de órgãos

¹¹¹ Conceito mais amplo, abrangendo as fontes normativas diversas da lei, que pudessem viabilizar uma atuação mais eficaz da Administração Pública, ante a impossibilidade de exaurimento, por parte da previsão legal, de todos os aspectos necessários à consecução *in concreto* do interesse público.

¹¹² O que se denomina de sindicabilidade do mérito administrativo, admitindo uma análise mais ampla dos atos emanados de autoridades públicas, de modo que ao Judiciário caberá também fazer um juízo de moralidade e razoabilidade. Tal entendimento foi firmado no STJ, conforme se depreende da análise do julgamento do Recurso Especial nº 429570/GO, de relatoria da Ministra Eliana Calmon.

independentemente da intermediação legislativa, desde que atrelada às suas funções devidamente delineadas no texto constitucional.

Discutindo a problemática ora apresentada, Mauro Roberto Gomes de Mattos¹¹³ assim se pronunciou: “Houve uma profunda evolução do significado e do valor da Constituição Federal, que acompanhou a radical mudança do modelo de Estado. Assim, a reserva da Lei deu lugar à reserva da Constituição, alcançada pelo Estado-segurança (*Sicherheitsstaat*), que defende os interesses da sociedade através da segurança jurídica”.

Desse modo, o princípio da tripartição de poderes, tal como idealizado por Montesquieu, já não mais se aplica, em sua inteireza, ao contexto atual. Por isso, diante da necessidade de consecução dos fins constitucionais, o exercício do controle recíproco entre os Poderes, sobretudo com vistas à aferição da adequação dos atos praticados às diretrizes estabelecidas pela Constituição, assume um aspecto mais relevante do que a garantia das funções típicas de cada Poder¹¹⁴.

No contexto brasileiro, a imprescindibilidade da reinterpretação do princípio antes aludido pode ser corroborada pelas inovações ao texto constitucional realizadas pelas Emendas Constitucionais nº 32/2001 e 47/2005, responsáveis, respectivamente, pela introdução do poder regulamentar autônomo e da súmula vinculante. Nesse sentido, pelo menos no plano constitucional, a ênfase deve ser dada mais ao controle recíproco que um Poder exerce sobre o outro do que à delimitação de competências específicas entre tais esferas estatais.

Já no âmbito infraconstitucional, há de se considerar que a proteção às funções típicas de cada Poder, garantindo um espaço, mesmo que reduzido, onde não possa haver qualquer ingerência, serve de impedimento ao cometimento de abusos e à usurpação de funções, de modo que se pode falar na existência de reserva legal, reserva de jurisdição e reserva de administração¹¹⁵.

No que concerne especificamente à reserva de administração, esta corresponderia a uma margem intangível da atuação administrativa, a qual estaria

¹¹³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

¹¹⁴ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra: 1989, p. 258.

¹¹⁵ CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 582.

resguardada da intromissão dos Poderes Legislativo e Judiciário¹¹⁶. Esta reserva se daria tanto em relação ao exercício do poder regulamentar quanto em face das atividades concretas da Administração Pública.

Refletindo acerca da presente problemática à luz do Direito Alemão, contudo com pertinência também em relação à realidade brasileira, Hans Wolff enfatiza que o princípio da separação de poderes impede que haja uma delegação generalizada de atribuições entre eles, inclusive na esfera dos Estados federados, o que, em termos de relação entre o Executivo e o Legislativo, implicaria em o regulamento, via de regra, “[...] ter a possibilidade de se orientar pela vontade do legislador.¹¹⁷”.

Após as discussões realizadas, imperioso é o reconhecimento de que o princípio da separação de poderes interfere, de forma direta, nas fontes do Direito Administrativo, tendo por alvo delimitar o âmbito de atuação de cada um dos Poderes, mesmo que não mais de forma rígida como outrora se observava, garante a proteção a um núcleo essencial correspondente às funções típicas estabelecidas constitucionalmente, o que afasta a potencial interferência dos demais Poderes e, por esta via, assegura uma atuação mais livre e comprometida com as diretrizes extraíveis da Carta Magna.

3.2 UMA REFLEXÃO SOBRE AS FONTES PROPRIAMENTE DITAS

Prefacialmente, anote-se a inexistência de uma sistematização dos regramentos atinentes ao Direito Administrativo, muito embora muito se cogite acerca da viabilidade de se realizar uma codificação de tal ramo jurídico, a exemplo do que ocorre com o Direito Penal, Civil e Trabalhista. Associado a este aspecto, o fato de a competência para legislar sobre a matéria ter sido atribuída, quer de forma exclusiva, comum ou concorrente a Estados, Distrito Federal e Municípios pela Constituição Federal, dificulta sobremaneira a análise das fontes dessa disciplina, dada a multiplicidade de instrumentos geradores de efeitos jurídicos.

Aprofundando a análise das fontes do Direito Administrativo, faz-se pertinente, de início, delimitar o sentido de tal expressão. Desse modo, pode-se afirmar que fonte jurídica seria o instrumento através do qual as normas de direito nascem e se

¹¹⁶ Marçal Justen Filho, por exemplo, nega a existência de uma reserva de administração no âmbito do Direito Administrativo brasileiro. (FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31).

¹¹⁷ WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto, STOBBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. Vol. 1. 11 ed. München: C. H. Beck, 1999, p. 360.

exteriorizam¹¹⁸. Adotando-se uma acepção mais ampliativa, entende-se por fonte do Direito Administrativo toda e qualquer manifestação da Administração Pública, de caráter escrito ou não, exteriorizada de forma direta ou por intermédio de outra fonte, com aptidão para gerar efeitos jurídicos¹¹⁹.

Abordando esta temática sob a égide da conjuntura jurídica brasileira, Gustavo Binbenojm¹²⁰ assevera que, sob a ótica vertical, em cada um dos entes federativos, estão presentes três patamares de fontes essenciais de Direito Administrativo, quais sejam: constitucional, legal e regulamentar¹²¹. O primeiro deles engloba não apenas a Constituição da República¹²², como também as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos municípios, devendo haver compatibilidade das duas últimas entre si e submissão de ambas aos ditames da Carta Magna. No segundo nível estão as leis, cuja tipologia está consignada art. 59, II a V, da Constituição Federal brasileira de 1988. E, por fim, no terceiro patamar, encontram-se os regulamentos, estes instrumentalizados por decretos, resoluções, portarias e circulares¹²³.

Nesse cenário de multiplicidade de fontes, coube à Constituição Federal vigente servir de baliza norteadora, considerando-se que, ao prever uma série de princípios atinentes ao Direito Administrativo, os quais se constituem em critérios hermenêuticos, disciplinou minuciosamente certos aspectos da Administração Pública, os quais deverão ser devidamente respeitados pela legislação infraconstitucional e concretizados pelos gestores públicos. Por esta razão, afirma-se que as normas constitucionais ora referidas tanto assumem a feição de fontes indiretas como também diretas da Administração Pública.

Exaurida a análise acerca da relevância da Constituição como instrumento gerador de normas vinculativas de todo o sistema jurídico, passa-se, a partir do tópico

¹¹⁸ HARTMUT, Maurer. **Direito Administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 67.

¹¹⁹ JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 171.

¹²⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146.

¹²¹ A depender do enfoque doutrinário, pode-se considerar como fontes essenciais do Direito Administrativo, além da lei em sentido amplo, a doutrina, os costumes e a jurisprudência. Nesse sentido é o entendimento de Veralice Celidonio Loppes Meirelles, que adota uma classificação mais ampla. (MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.).

¹²² Segundo Hartmut Maurer: “A constituição não é uma norma jurídica administrativa no sentido restrito; ela forma, contudo, fundamento e critério para a administração e o direito administrativo e contém, além disso, regulações imediata e mediadamente importantes para a administração.” (HARTMUT, op. cit., p. 68).

¹²³ José Cretella Júnior informa que, além da lei, são fontes do Direito Administrativo os regulamentos de execução e autônomos, os decretos, os costumes, os estatutos, assim como outras expressões normativas provenientes dos entes públicos. (JÚNIOR, op. cit., p. 171).

seguinte, a pormenorizar o tratamento jurídico das leis e regulamentos, adotando-se, para tanto, a sistemática de Gustavo Binbenbojm, por considerá-la metodologicamente mais pertinente.

3.2.1 A lei como fonte essencial do Direito Administrativo

Destaca-se, a princípio, que a atuação administrativa é permeada pela busca do bem comum, o qual deve ser concretizado sob o primado da legalidade, na medida em que a lei resulta da manifestação da vontade popular, exteriorizada através dos seus representantes no Congresso Nacional¹²⁴. Nesse sentido, segundo Hans Wolf¹²⁵, [...] a vinculação à lei é uma vinculação àquilo que o legislador considera necessário para o interesse público (para o bem comum)¹²⁶.

Historicamente, o dogma da legalidade pode ser analisado sob duas perspectivas. A primeira delas, de cunho positivo, decorrente das conquistas revolucionárias, foi garantida por meio da Constituição Francesa de 1791, determinando que a atuação da Administração Pública estivesse adstrita às autorizações legais. A vertente negativa adveio da necessidade de que os gestores públicos passassem a usufruir de um nível mais amplo de liberdade de agir, de modo que estariam aptos a realizar tudo o que a lei não proibisse, regra que foi consagrada na Constituição bonapartista de 1814. No começo do século XX, contudo, ante a ampliação da intervenção estatal, a concepção positiva do princípio da legalidade foi retomada, sendo apoiada pela concepção positivista de Hans Kelsen, o que viabilizou a sua migração para o Direito Administrativo em virtude da atuação de Adolf Merkl.¹²⁷

Na realidade jurídica brasileira hodierna, o princípio da legalidade foi estatuído constitucionalmente no art. 5º, II, denotando, precisamente, a exigência de que normas jurídicas sejam veiculadas pela lei, para que, dessa forma, ninguém seja obrigado a fazer

¹²⁴ De acordo com Marçal Justen Filho: “Numa democracia republicana, a atividade administrativa não pode ser compreendida senão como atuação infralegal.” (MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124).

¹²⁵ WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto, STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. 11 ed. München: C. H. Beck, 1999, Vol. 1, p. 424.

¹²⁶ No mesmo sentido, Hartmut Maurer aduz: “A lei formal possui hierarquia e predicado de uma decisão de maioria democrática. Seu significado jurídico-constitucional e político-constitucionalmente destacado resulta disto, que ela é promulgada pelo parlamento que representa imediatamente o povo, realiza-se em um procedimento dotado de garantias especiais, público e assegurador de possibilidades de influência da oposição parlamentar e afiança tendencialmente inequívocidade e durabilidade por causa de sua forma especial.” (HARTMUT, Maurer. **Direito Administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 70).

¹²⁷ SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 50.

ou deixar de fazer algo senão em virtude dela. A expressão “lei” extraível do texto constitucional foi expressamente definida pelo art. 59 da Constituição em vigor, significando “[...] um gênero que abrange a Constituição (e suas emendas), as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e, mesmo, as resoluções”¹²⁸.

No âmbito administrativo descortinam-se dois meios distintos de exteriorização da legalidade, quais sejam: o princípio da preferência da lei e o princípio da reserva de lei¹²⁹. O primeiro diz respeito à necessidade de que a atuação do administrador público não contrarie a previsão legal, sob pena de invalidação. Já o princípio da reserva legal¹³⁰ estabelece que certas matérias só poderão ser tratadas por via de lei¹³¹, o que acaba por limitar de forma mais profunda a atuação administrativa, posto que apenas poderão subsistir os atos praticados nos estritos termos estatuídos pelo pertinente diploma legal¹³².

Ao deter-se de forma mais aprofundada à análise do princípio da reserva legal, a doutrina especializada o classifica em:

[...] (a) de uma primeira perspectiva, de acordo com o órgão responsável pela normatização de uma questão, a reserva de lei pode ser *formal* ou *material*; (b) sob outro enfoque, de acordo com o grau de densificação normativa exigida ao encarregado da função legislativa, que dará ao aplicador maior ou menor espaço de conformação, a reserva pode ser *absoluta* ou *relativa*; e (c) de uma terceira perspectiva, de acordo com o dirigismo de uma determinada finalidade constitucional, a reserva de lei pode ser *qualificada* ou *não qualificada*.¹³³ (Grifos constantes no original).

¹²⁸ MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

¹²⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 148.

¹³⁰ Analisando a terminologia “reserva legal”, Marçal Justen Filho assevera que a expressão, no contexto brasileiro, não apresenta muita relevância, posto que, diferentemente do que ocorre na França (onde a Constituição vigente estabelece os assuntos que deverão ser disciplinados legalmente e, por exclusão, autoriza que os demais sejam versados por regulamentos), a regra é que todos as matérias sejam objeto de lei. (MARÇAL, op. cit., p. 124).

¹³¹ Segundo Hans Wolff, a necessidade de se estabelecer uma gama de matérias que necessariamente serão disciplinadas através de leis formais, ou seja, decorrentes de um processo legislativo, tem por objetivo reafirmar o poder político de direção do Parlamento, além de reforçar o papel de orientação da lei no Estado de direito. Ainda segundo o autor, a reserva legal implica, pois, em uma reserva do Parlamento, na medida em que não se admite a delegação da função de elaboração normativa a qualquer outro órgão. (WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto, STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. 11 ed. München: C. H. Beck, 1999, Vol. 1, p. 442).

¹³² Entende Gustavo Binjenbojm que o princípio da reserva de lei “[...] significa uma vinculação positiva da Administração Pública às normas legais. Isto é: em caso de reserva de lei, o Poder Público só pode agir se e conforme ao que autorizou ou estabeleceu a norma legal atributiva de competências.” (BINENBOJM, op. cit., p. 149).

¹³³ BINENBOJM, op. cit., p. 149.

Por reserva de lei formal entende-se a exigência de que certas matérias sejam disciplinadas, exclusivamente, por lei proveniente da atuação do Poder Legislativo. Já a reserva de lei material pressupõe o tratamento de determinados assuntos por lei em sentido material, ou seja, por instrumentos normativos aos quais a Constituição Federal atribui força de lei, mesmo não o sendo em termos formalísticos, tais como as medidas provisórias e leis delegadas.

No que tange à reserva absoluta, todos os pormenores pertinentes aos assuntos disciplinados deverão estar estabelecidos em lei, inexistindo margem de discricionariedade para a atuação administrativa¹³⁴, o que implica em nítida limitação do poder regulamentar. No que pertine à reserva relativa¹³⁵, evidencia-se que a previsão legal se restringe a traçar os meandros que nortearão os atos administrativos, permitindo-se ao gestor público, desde que não ultrapasse as margens previamente delimitadas legalmente, escolher a forma como conduzirá as questões apresentadas. Para tanto, ser-lhe-á atribuída a prerrogativa de editar atos normativos, como também a possibilidade de, em termos concretos, complementar o sentido da lei.

A reserva de lei qualificada, denominada também de estrita legalidade¹³⁶, ocorre quando o próprio texto constitucional define o modo como as limitações aos direitos fundamentais ocorrerão, estabelecendo a finalidade e os meios que o legislador e/ou administrador deverão necessariamente observar¹³⁷. Esta modalidade de reserva legal foi introduzida no cenário jurídico a partir do momento em que os direitos fundamentais assumiram uma posição de realce, exigindo o desenvolvimento de mecanismos que viabilizassem a sua máxima proteção. Trata-se de um mecanismo que autoriza o administrador a buscar embasamento para os seus atos diretamente no texto constitucional, sem necessidade de intermediação de dispositivos legais, aspecto que, aliás, está em plena consonância com o momento atual de ampla e crescente irradiação das normas constitucionais sobre todo o sistema jurídico. Por outro lado, na reserva não qualificada, por não haver limitações relativas a direitos relevantes, não há a preocupação de se delimitar previamente a forma como tal deve ocorrer.

Tratando acerca da supremacia atribuída à lei enquanto fonte do Direito Administrativo, Marçal Justen Filho afirma que isto se justificava em um contexto onde

¹³⁴ Como exemplo de reserva absoluta de lei, cite-se o art. 220, § 4º da Constituição Federal de 1988.

¹³⁵ Marçal Justen Filho a classifica como legalidade simples (MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155).

¹³⁶ MARÇAL, op. cit., p. 155.

¹³⁷ Há reserva qualificada nas determinações contidas no art. 5º, XII e XIII da Carta vigente, que versam, respectivamente, sobre sigilo de correspondência e liberdade de exercício profissional.

o Poder Legislativo esteve em uma situação de superioridade em face dos Poderes Executivo e Judiciário. No entanto, hodiernamente, dada a ampliação das funções estatais e a complexidade das relações que se estabelecem entre Estado e sociedade, inevitável se torna a reflexão sobre a própria estrutura da separação de poderes e, por conseguinte, das fontes do Direito Administrativo, com embasamento nos ditames constitucionais, bem como nas demandas concretas que exigem uma atuação mais célere e eficaz do Estado¹³⁸.

De fato, a rapidez com que a vida em sociedade se transforma, criando novas demandas, associada ao fato de que o Estado precisa satisfazer às necessidades sociais de maneira tempestiva, termina por fragilizar a pretensa suficiência da lei como único parâmetro modelador da atuação administrativa. Desse modo, não apenas se torna necessário o reconhecimento de outras fontes normativas, assim como se exige uma reinterpretação do papel desempenhado pela lei¹³⁹.

Destaque-se, por oportuno, que na Alemanha dos anos 70 desenvolveu-se a teoria da essencialidade da lei, com vistas à delimitação material da atuação do Parlamento, selecionando-se aqueles assuntos que, pela sua relevância, seriam objeto de lei, de modo que os demais seriam regulamentos pelos outros instrumentos normativos, dentre os quais os emanados da atuação administrativa.¹⁴⁰

Entendimento próximo ao acima esposado é encontrado na doutrina espanhola, realidade na qual, segundo Clarissa Sampaio Silva¹⁴¹, a concepção de reserva legal em sentido substancial tem sido adotada de forma cada vez mais ampla, na medida em que se atribui ao Parlamento o encargo de regular as questões reconhecidamente mais relevantes, bem como de fixar os parâmetros de conformação das demais fontes normativas.

Outrossim, associada à tendência de que as matérias mais relevantes sejam eleitas de modo que a lei possa sobre elas versar, evidência esta que indica uma atenuação da condição de supremacia da lei, importa mencionar a imperatividade de consolidação de outros elementos protetivos do homem em face do Estado diversos da lei, dentre os quais estão a efetividade da norma constitucional e de seus princípios basilares, a eficaz prestação jurisdicional, além da legitimação dos atos administrativos

¹³⁸ MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133.

¹³⁹ SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 54.

¹⁴⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra Ed., 2002, p. 106.

¹⁴¹ SILVA, op. cit., p. 57.

pelo procedimento¹⁴². Tal ordem de coisas conduz à imposição do reconhecimento de outras fontes normativas, além da própria abertura dos textos legais, adotando expressões mais abertas, de modo a incluir conceitos indeterminados, assim como viabilizar a atuação discricionária dos gestores públicos.

3.2.2 Os regulamentos

Analisando-se os regulamentos como fonte do Direito Administrativo, afirma-se que correspondem a instrumentos de cunho normativo, dotados das características da generalidade e abstração, cujo precípua fim é a concretização do conteúdo inserto na lei, ou, ainda que não haja a intermediação legislativa, a promoção da organização da Administração Pública, desde que tal não implique em aumento de despesas, nem tampouco a criação e extinção de cargos públicos¹⁴³.

Os elementos conceituais acima apresentados não são unânimes, pois, a depender do entendimento adotado, ou seja, considerando-se ou não a possibilidade de os regulamentos assumirem o viés autônomo, a doutrina diverge em relação ao seu conceito. A título exemplificativo, serão apresentados alguns desses entendimentos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello não há, no contexto brasileiro, regulamentos autônomos, os quais, necessariamente, adviriam da manifestação do Chefe do Poder Executivo, possuindo caráter geral e abstrato, com vistas à concretização da vontade da lei. Ou seja, o autor reconhece apenas os regulamentos de execução¹⁴⁴. No mesmo sentido, entendem Diógenes Gasparini¹⁴⁵, Odete Medauar¹⁴⁶ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁷.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, defende que os regulamentos não apenas servem à concretização do explícito comando legal, como também possuem um caráter

¹⁴² PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y Juzgar: dos Funciones Constitucionales Distintas y Complementarias*. Madri: Tecnos, 1993, p. 69.

¹⁴³ Importa, desde logo, proceder à distinção entre poder regulamentar e regulação. Desse modo, enquanto o poder regulamentar está atrelado ao exercício da função administrativa de caráter normativo, a regulação está relacionada “[...] À separação entre o exercício direto de atividades econômicas e a formulação de regras de funcionamento delas, aparecendo, de fato, aliada ao processo de liberalização da economia, experimentado recentemente tanto no Brasil quanto em países da Europa Continental, como Portugal.” (SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 20).

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 305.

¹⁴⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124.

¹⁴⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.128.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 75.

completivo, desde que haja lacunas ou constate-se que expressões contidas na lei necessitem ser mais bem explicitadas, ou seja, definidas com maior riqueza de detalhes¹⁴⁸.

Na concepção de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁴⁹, os regulamentos são “[...] regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público. [...]”. Acrescenta o autor que os mesmos são emanados do Poder Executivo, que os corporifica mediante decreto, classificando-os em executivos, autorizados ou delegados e autônomos.

Constata-se, pois, que o entendimento doutrinário majoritário no Brasil é o de que os regulamentos são atos de cunho normativo, decorrentes da atuação do Chefe do Poder Executivo e viabilizadores da concretização dos comandos estabelecidos legalmente.

No Direito Comparado também há uma tendência de vinculação do poder regulamentar aos ditames legais, assim como à instrumentalização da atuação da Administração Pública. Nesse sentido, cite-se Canotilho¹⁵⁰, para quem o regulamento é um ato normativo, que emana da Administração Pública, possuindo a natureza executiva ou completiva da lei.

Já Jorge Miranda¹⁵¹ acrescenta ao conceito de regulamento um elemento de extrema relevância, qual seja, a possibilidade de eles emanarem não apenas do Estado no sentido estrito que a expressão denota, mas também das entidades públicas a ele vinculadas. Seguindo a mesma linha, Gordillo¹⁵² afirma que os regulamentos são atos legislativos no sentido material¹⁵³, uma vez que compõem o Ordenamento, porém, por serem oriundos da atividade da Administração Pública, possuem natureza eminentemente administrativa.

Na realidade italiana, em face de a Constituição não ter definido, precisamente, as matérias objeto de reserva legal, há uma maior aceitação dos regulamentos

¹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 170.

¹⁴⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo. Vol. 1. Introdução**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 359.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 833.

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. (Constituição e inconstitucionalidade, v. 2), p. 278.

¹⁵² GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 9 ed. Buenos Aires: FDA, 2007, p. 332.

¹⁵³ Negando a natureza legislativa dos regulamentos, o argentino Bielsa afirma que, embora possuam os mesmos caráter geral, jamais assumirão a feição de lei por não resultarem da atuação do Poder Legislativo. (BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: El Ateneo, 1947, t. I, p. 332.)

autônomos, admitindo-se que estes inovem no ordenamento jurídico, sem, contudo, ostentarem a mesma abrangência e profundidade da lei¹⁵⁴.

A doutrina alemã, ao se reportar aos regulamentos gerais, também denominados de regulamentos jurídicos, dotados de aplicabilidade mais ampla, provenientes da atuação unilateral dos órgãos do Governo ou da Administração e destinados a reger de forma abrangente e abstrata as relações de poder do Estado, os considera como verdadeira lei em sentido material¹⁵⁵.

Ressalte-se que os regulamentos são de extrema relevância para o bom desempenho da dinâmica administrativa, na medida em que efetivam a adoção de medidas concretas e específicas direcionadas às necessidades públicas identificadas pelo administrador, as quais, muitas vezes, não foram e nem poderiam (dada a dinâmica da vida em sociedade), ser abstratamente previstas pelo legislador. Outrossim, em termos quantitativos, os regulamentos se sobressaem à lei.

Tratando acerca das vantagens dos regulamentos em relação à lei, Hans J. Wolf¹⁵⁶ elenca uma série de aspectos, a começar pela simplicidade do procedimento de elaboração, já que os regulamentos não se submetem ao processo de formação da lei em sentido formal, viabilizando-se, por conseguinte, um outro elemento inegavelmente relevante, qual seja, o desafogamento do Poder Legislativo, que será dispensado de atuar em relação às matérias destinadas à normatização regulamentar, concentrando-se naquelas cuja essencialidade justifica a sua atuação.

Outro ponto destacado pelo autor é a plasticidade dos regulamentos, que se adaptam com uma maior rapidez às contingências sociais, preservando-se a sua eficiência ao reger os fatos a que se destinam. Outrossim, através da atuação regulamentar, viabiliza-se a previsão mais específica de matérias que exijam um conhecimento técnico, este podendo inclusive ser importado de outras esferas, aspecto que poderia restar sensivelmente prejudicado caso se optasse por adotar a previsão legal, notadamente abstrata, abrangente e imprecisa.

¹⁵⁴ Utilizando-se das palavras de Moncada, os regulamentos podem ser vistos “como uma norma inicial, mas não como uma norma primária e, portanto, equiparada à lei.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra Ed., 2002, p. 565).

¹⁵⁵ WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto, STOBBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. 11 ed. München: C. H. Beck, 1999, Vol. 1, p. 357.

¹⁵⁶ WOLFF, op. cit., p. 358.

Pormenorizando a questão relacional da lei e do regulamento, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁷ explicita que só há compatibilidade entre ambos quando os regulamentos tiverem por precípuos objetivos:

(I) *limitar a discricionariedade administrativa*, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surgirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) *caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos* cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações *técnicas* segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) *decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos*, mediante simples discriminação integral do que neles se contém. (Grifos no original).

A legitimidade para a elaboração dos regulamentos em regra é atribuída ao Chefe do Poder Executivo, que o instrumentaliza através de decretos. De fato, conforme preceitua o art. 84, IV da Constituição Federal de 1988, é de competência privativa do Presidente da República, dentre outras atribuições, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução. Nesse sentido, procedendo-se a uma interpretação literal do dispositivo constitucional, caberia apenas ao chefe do Poder Executivo editar decretos. São adeptos desse entendimento Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁸.

Externando posicionamento discordante do acima apresentado, Gustavo Binbenbajm enfatiza que os regulamentos não estão adstritos à exclusiva manifestação do Presidente da República, mas também das “[...] entidades administrativas dotadas de poder normativo.”¹⁵⁹, o que é corroborado por Jorge Miranda¹⁶⁰, conforme afirmado supra. Justificando o seu entendimento, o citado autor se reporta aos dispositivos constitucionais que autorizam a criação de autarquias e entidades reguladoras de determinados setores (art. 37, XIX, art. 21, XI e 177, 2º, III), além de invocar o próprio princípio da eficiência, que, segundo ele, pressupõe a descentralização administrativa que, irremediavelmente, passa pela prerrogativa de exercício do poder regulamentar.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo: 2013, p. 370.

¹⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 154.

¹⁶⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. (Constituição e inconstitucionalidade, v. 2), p. 278.

Ademais, cita o que dispõe o art. 174 da Carta de 1988, que atribui poder normativo e regulamentar à Administração Pública na forma da lei¹⁶¹.

Ainda de acordo com o autor acima mencionado, coexistem duas modalidades de regulamentos no Brasil, o presidencial e o setorial. Aquele decorrente da atuação do chefe do Poder Executivo, de cunho mais genérico e com um raio de atuação mais amplo, e os setoriais, com aplicabilidade específica em relação a certos setores e capitaneados pelas agências reguladoras. Ressalte-se que a existência de conflito entre os regulamentos presidenciais e os setoriais acarretaria na prevalência destes, em face do princípio da especialidade, entendimento que é reforçado pelo fato de a atribuição da competência regulamentar setorial decorrer de expressa disposição de lei, sendo que esta é hierarquicamente superior ao regulamento.

Debruçando-se sobre a análise dos regulamentos autônomos e de execução, ambos com previsão constitucional, respectivamente nos arts. 84, VI, *a* e 84, IV, agora não mais para supedanear a construção do seu conceito, mas para se perquirir, com maior riqueza de detalhes, os seus caracteres, cumpre frisar que os regulamentos de execução são aceitos de forma praticamente unânime pela doutrina¹⁶², haja vista que o seu âmbito existencial está pautado na lei, justificando-se apenas pela necessidade de garantir o seu fiel cumprimento. Já os regulamentos autônomos, cuja previsão constitucional foi veiculada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, ensejam uma discussão mais apurada, pois não há consenso doutrinário.

Principiando pelos regulamentos de execução, considere-se que a sua vinculação ao cumprimento fidedigno da lei não implica em apenas concretizar os seus explícitos e inquestionáveis ditames. Se esta fosse a perspectiva, os mesmos estariam desertos de uma finalidade plausível, posto que a própria lei poderia ser aplicada de forma autônoma, sem o auxílio da intermediação regulamentar. Contudo, considerando-se que nem sempre a previsão contida na lei, apesar da característica da abstratividade que possui, apresentará o nível de clareza ou o detalhamento necessário ao atingimento das situações que objetiva tutelar, a função regulamentar apresenta-se como essencial, tanto para complementar o seu sentido, quanto para explicitar os seus ditames¹⁶³. Nesse sentido, a dicção do art. 84, IV da Constituição Federal, ao se reportar à figura dos

¹⁶¹ Entende Gustavo Binebojm que a expressão na forma da lei deve ser interpretada no sentido de permitir à lei delegar a entidades administrativas a possibilidade de exercer o poder regulamentar. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 155.)

¹⁶² Conforme já se teve a oportunidade de mencionar anteriormente.

¹⁶³ Assumindo a feição *secundum legem e intra legem*.

regulamentos de execução, objetiva impedir que a atuação administrativa no âmbito regulamentar se dê mediante afronta a expressa previsão legal¹⁶⁴.

Reportando-se aos regulamentos de execução, Celso Antônio Bandeira de Mello entende ser a única modalidade existente no contexto jurídico brasileiro, apresentando um elemento justificador peculiar, qual seja, a necessidade de consubstanciação do princípio da igualdade. Isto porque, se a padronização de procedimentos no âmbito administrativo não fosse realizada pelos regulamentos, haveria uma multiplicidade de interpretações das previsões legais, fazendo com que os administrados estivessem sujeitos a regras distintas, embora extraíveis do mesmo instrumento normativo. Assim, arrematando o seu entendimento, o autor afirma¹⁶⁵:

[...] a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução das leis quando estas demandem uma atuação administrativa interna da esfera de discricionariedade que da lei resulta para a Administração, em vista de assegurar o referido princípio da igualdade, mediante imposição de um comportamento uniforme perante situações iguais.

É objeto de consenso doutrinário que os regulamentos de execução não podem proceder a inovações, criando regras geradoras de direitos e obrigações não delimitados anteriormente na lei¹⁶⁶. Todavia, não se pode retirar da função administrativa a possibilidade de complementar o sentido da lei, a fim de que não se reduza a uma concretização automática, deserta de concatenação com as vicissitudes da vida em sociedade.

Tratando acerca do assunto, Caio Tácito *apud* Gustavo Binbenojm¹⁶⁷ aduz: “[...] regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos em que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar”.

Depreende-se da citação supra que, mesmo sob o ângulo da atuação regulamentar executiva, sempre restará alguma margem criativa ao administrador público, pois, para que consiga empreender esforços hábeis à consecução dos fins legais, é necessária a prévia escolha de mecanismos pertinentes, o que, ainda que de forma limitada, implica em exercício inovador.

¹⁶⁴ Não são admitidos regulamentos *ultra legem*, *contra legem* ou *praeter legem*.

¹⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo: 2013, p. 357-358.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 359.

¹⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157-158.

Ressalte-se que, anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32/2001, apenas os regulamentos de execução eram admitidos pela maioria da doutrina brasileira¹⁶⁸. Entretanto, mencione-se o entendimento minoritário de Eros Grau, para quem a previsão contida no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, deveria ser interpretada como reserva de norma e não reserva de lei, o que viabilizaria a intermediação da atuação administrativa por atos distintos dos emanados do Poder Legislativo, a exemplo do regulamento¹⁶⁹.

Adentrando-se, a partir de então, na análise dos regulamentos autônomos, considere-se que a expressão “autonomia” revela a idéia de independência, de desapego a alguma delimitação. No sentido ora empregado, emerge que os regulamentos autônomos são aqueles cuja existência e validade não estão vinculadas à chancela legal, ou seja, tal espécie normativa decorre da direta manifestação do administrador público, que, neste caso, teria ampla aptidão criativa, inovadora, com esteio direto na própria norma constitucional atribuidora de tal competência. Por intermédio da atuação regulamentar, são estabelecidas obrigações, que, neste caso, resultam da atribuição normativa dada ao gestor público e não da atuação legislativa¹⁷⁰¹⁷¹.

De acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os regulamentos autônomos, diferentemente dos demais, podem realizar inovações no ordenamento jurídico, por possuírem natureza de lei¹⁷².

Saliente-se que os doutrinadores brasileiros não acolhem de forma tranquila a existência dos regulamentos autônomos, conforme já se destacou alhures, tornando-se

¹⁶⁸ Nesse sentido, de acordo com Clèmerson Clève, “Ora, se os regulamentos de organização devem ser editados “na forma de lei”, é porque não podem ser introduzidos independentemente da lei. Inobstante o poder regulamentar, quando dirigido à produção de efeitos no interior da Administração, seja mais extenso que aquele conferido pelo inc. IV do art. 84, nem por isso autoriza o Presidente da República a editar regulamentos autônomos.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 294).

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros: 2002, p. 247.

¹⁷⁰ Procedendo à distinção entre competência normativa e legislativa, Marçal Justen Filho preleciona que aquela é mais ampla, dizendo respeito à aptidão genérica para a criação de qualquer modalidade de norma jurídica, enquanto a competência legislativa corresponde a uma específica atribuição de elaborar leis. (MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132).

¹⁷¹ No mesmo sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito, passou a abranger também os atos normativos editados pelo Poder Executivo”. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23).

¹⁷² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Vol. 1. **Introdução**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 373.

necessária a análise dos principais posicionamentos, a fim de que se possa chegar a uma conclusão plausível e lastreada nos ditames constitucionais.

A princípio, registre-se que os regulamentos autônomos ou independentes possuem inegável prestígio na Europa. Na França, tais espécies atingiram tamanha importância que se fala na existência de uma reserva de regulamento, considerando-se que a Constituição de 1958, seguindo a tradição da Lei de 17 de agosto de 1948, estabeleceu as matérias que necessariamente seriam tratadas por lei e, por exclusão, as que receberiam disciplinamento regulamentar¹⁷³. Ademais, foi também prevista a possibilidade de os regulamentos modificarem os textos legais que versam sobre matéria regulamentar anteriores à entrada em vigor da referida Constituição, desde que consultado o Conselho de Estado. Tal ordem de coisas foi responsável pela consolidação do entendimento de que os artigos 34 e 37 da Constituição Francesa teriam acarretado um processo de deslegalização¹⁷⁴, o qual teria sido refreado pela manifestação mais recente do Conselho Constitucional, que reafirmou a supremacia da lei, além da sua universalidade temática. No entanto, a fim de que se possa prestigiar o texto constitucional, que se encontra no topo da pirâmide normativa, deve-se reconhecer a existência de um núcleo de matérias reservadas ao regulamento, relativamente à organização e funcionamento interno dos serviços públicos¹⁷⁵.

Na Bélgica, não há nenhuma discussão quanto à possibilidade de o Rei editar regulamentos orgânicos pertinentes à criação e organização das repartições públicas, assim como para a definição das respectivas competências, desde que não extrapole as verbas orçamentárias. Outrossim, permite-se a elaboração de regulamentos regimentais para fins de definição das regras pertinentes à prestação de serviços públicos¹⁷⁶.

Ressalte-se que na Alemanha, desde a época da monarquia, os regulamentos já eram utilizados para complementar as previsões legais, neste caso denominados de externos; para desenvolver os textos da lei, quando assumiam a feição de regulamentos autorizados ou delegados, ou para a aplicação mais eficiente da lei, caracterizados como executivos. Esta realidade continua em vigor até os dias atuais, inclusive com o reforço dos regulamentos internos, que nada mais são do que regulamentos autônomos ou

¹⁷³ Arts. 34 e 37 da Constituição francesa de 1958.

¹⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 162.

¹⁷⁵ FAVOREU, Louis. A Evolução e a Mutação do Direito Constitucional Francês. In **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 34.

¹⁷⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Vol. 1. **Introdução**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 361.

independentes disciplinadores da relação entre a Administração Pública e os agentes públicos¹⁷⁷.

No que pertine à sistemática brasileira, sublinhe-se que, anteriormente à Constituição de 1988, mais precisamente durante a vigência das Constituições de 1967 e 1969, com base no art. 81, V, defendia-se a existência de regulamentos autônomos, haja vista não estabelecer o mencionado dispositivo constitucional a vinculação da atuação administrativa de elaborar regras atinentes à estruturação, atribuições e funcionamento da administração à lei¹⁷⁸. Após a promulgação da Carta de 1988, praticamente sucumbiu o entendimento de que existiam regulamentos autônomos no Brasil, exatamente em virtude da redação do seu art. 84, VI, o qual passou a exigir a presença de uma lei norteadora da elaboração dos regulamentos¹⁷⁹.

A partir da Emenda Constitucional nº 32 de 2001, houve uma substancial transformação em relação à matéria regulamentar no Brasil, tendo por norte a supressão do termo na “forma da lei” do inciso VI do art. 84¹⁸⁰ da Constituição.

Como decorrência da alteração da redação do dispositivo acima transcrito, foram realizados remanejamentos competenciais. Dessa forma, retirou-se das atribuições do Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, quando os mesmos estiverem vagos, o que igualmente deve ocorrer em relação à criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública¹⁸¹. Também o inciso II do § 1º, do art. 61 da Constituição sofreu alteração a fim de se adequar à nova redação do art. 84, VI. No mesmo sentido, o art. 84 da Constituição foi objeto de reforma, de modo que enquanto a redação original previa que “a lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios”, a nova dispõe que “a lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”.

¹⁷⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Vol. 1. **Introdução**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 362.

¹⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 163.

¹⁷⁹ Entendendo de modo diverso, Hely Lopes Meirelles, não obstante a redação originária do art. 84, VI da Constituição Federal de 1988, defendia a possibilidade de edição de regulamentos autônomos, desde que não houvesse violação da precedência e da reserva legal. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 112-163).

¹⁸⁰ O dispositivo ficou assim redigido:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] *Omissis* VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, desde que vagos. [...] *Omissis*” (BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/07/2014).

¹⁸¹ Vide art. 48, X e XI da Constituição Federal.

Enfatize-se que a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32 de 2001 acarretou o que se denomina de deslegalização¹⁸² das matérias que passaram a estar sob a incidência dos regulamentos, afastando a aplicação, nestas situações, do princípio da legalidade¹⁸³.

A inovação constitucional ocasionou uma mudança de entendimento da doutrina, passando parte dela a se posicionar pela existência de regulamentos autônomos no Brasil. A jurisprudência também se firmou nesse sentido, posto que no julgamento da ADI nº 2564-DF, o STF se manifestou pela constitucionalidade de decreto do Presidente da República que verse sobre organização e funcionamento da Administração federal, o que não afrontaria o princípio da legalidade, estando em consonância com o art. 84, VI da Constituição Federal em vigor.

Contudo, ressalte-se que, não obstante a expressa previsão constitucional acerca dos regulamentos autônomos, ainda há quem defenda a inexistência no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se, ilustrativamente, Clèmerson Clève¹⁸⁴ e Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸⁵. Detendo-se à análise da concepção adotada por este último, descortina-se o entendimento de que a norma contida no art. 84, VI, da Constituição Federal de 1988, não se reporta ao poder regulamentar autônomo, na medida em que atribuiu ao Presidente da República, em situações bastante pontuais e com baixas perspectivas de inovações da realidade prática, a prerrogativa de editar decretos sem a necessária intermediação legislativa. Nesse sentido, segundo o autor, estes regulamentos não podem ser comparados aos regulamentos autônomos europeus, na medida em que estes, em essência, são normas de caráter primário, ou seja, podem proceder a inovações, já que disciplinam matérias que não estão sob o jugo de lei formal¹⁸⁶.

¹⁸² “Ao invés da tradicional e kelseniana hierarquia entre lei e regulamento, criaram-se campos constitucionais específicos: um, para a reserva de lei (formal), como cláusula geral, em razão do princípio da legalidade administrativa em sentido estrito - ou reserva de “lei proporcional” na medida em que hodiernamente jungida a Administração não só à lei, mas, também, à Constituição - e, outro, para a reserva de regulamento, como cláusula específica de organização interna da Administração Pública, dentro de uma roupagem mais ampla de legalidade: a juridicidade administrativa”. (CORREIA, Arícia Fernandes. **Reserva de Administração e Separação de Poderes**. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 593).

¹⁸³ MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137.

¹⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 293.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo: 2013, p. 317.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 346-347.

Discorrendo sobre as consequências decorrentes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32 de 2001 em relação ao poder regulamentar, Gustavo Bininbojm¹⁸⁷ afirma existirem três correntes:

- (I) a primeira, composta por aqueles que continuam a negar a existência dos regulamentos autônomos no Brasil, a partir de uma compreensão rígida do princípio da legalidade, como vinculação positiva da Administração à lei;
- (II) a segunda, em sentido diametralmente oposto, entendendo que a nova modalidade do art. 84, VI, a, ocorrerá em âmbito de reserva de administração (na modalidade de poder regulamentar), imune à lei em sentido formal, que simplesmente não mais poderá dispor sobre organização e funcionamento da Administração Pública em matérias que não importem aumento de despesa, exceto no que disser respeito à criação e extinção de órgãos, sob pena de configuração de inconstitucionalidade formal;
- (III) a terceira, reconhecendo a existência de uma nova espécie de regulamento (ou do velho regulamento autônomo, agora apenas admitido pelo novel texto constitucional), mas mantendo incólume o princípio da preferência da lei; ou seja: a matéria relativa à organização e funcionamento da Administração Pública pode até ser tratada por regulamento, mas no caso de superveniência de lei de iniciativa do Presidente da República, esta prevalecerá, no que dispuser em sentido diverso. De igual modo, será cabível a expedição de regulamentos em espaços normativos não sujeitos constitucionalmente à reserva de lei (formal ou material), sempre que à míngua do ato legislativo, a Administração Pública estiver compelida a agir para cumprimento de seus deveres constitucionais. Também neste caso, por evidente, assegura-se a preeminência da lei superveniente sobre os regulamentos até então editados.

O primeiro dos entendimentos acima revela a concepção tradicional da vinculação dos atos administrativos à lei em sentido estrito, que se desenvolveu ante a necessidade de máxima limitação da atuação do administrador público, objetivando-se evitar arbitrariedades e abuso de poder, situações tão corriqueiras na época em que vigorou o absolutismo monárquico.

A segunda corrente, melhor enquadrável à realidade francesa¹⁸⁸, defende não apenas a existência do regulamento autônomo, como também de uma reserva de regulamento, posto que as matérias reservadas ao disciplinamento regulamentar não poderiam ser objeto de tratamento legislativo, sob pena de inconstitucionalidade. Nesse sentido, relativamente a determinados assuntos, previamente delimitados constitucionalmente, o regulamento passaria a prevalecer em relação à lei, mediante a aplicação do princípio da especialidade.

¹⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 168-169.

¹⁸⁸ Realidade na qual, os regulamentos oriundos do Poder Executivo encontram embasamento diretamente na Constituição, tornando desnecessária a intermediação legislativa, o que foi responsável pela instituição de uma reserva regulamentar, para se utilizar a expressão de Luis de Moncada. (MONCADA, Luís S. Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 697).

Por fim, a terceira concepção apresentada entende que a nova redação do art. 84, VI da Constituição Federal de 1988 implementou a figura do poder regulamentar autônomo no Brasil, mas sem desprezo ao princípio da preferência da lei. Sendo assim, desde que uma lei viesse a tratar supervenientemente e de modo conflitante matéria objeto de regulamento, aquela deveria prevalecer. Ademais, caberia ao regulamento versar sobre matérias não legisladas, a fim de que tal pudesse viabilizar o cumprimento de deveres estatuídos constitucionalmente e atinentes à Administração Pública. Também nesta hipótese, haveria a necessidade de respeito ao princípio da precedência da lei.

Defendendo o terceiro entendimento, Gustavo Binembojm afirma ser o único que se compatibiliza com o princípio da precedência da lei, o qual se consubstancia na impossibilidade de reforma de certas matérias, protegidas sob o manto das cláusulas pétreas¹⁸⁹, assim como com a separação de poderes, que também não pode ser alvo de atuação do poder reformador (art. 60, § 4º, inciso III). Ainda segundo o autor, as diretrizes oriundas das normas antes mencionadas também servem de referencial hermenêutico à adequação entre as inovações implementadas pelo poder constituinte reformador e o espírito da Constituição. No entanto, isto não implicaria em deixar de reconhecer a possibilidade de exercício do poder regulamentar autônomo em outras hipóteses além da prevista no art. 84, VI da Constituição de 1988, desde que relativamente a matérias não vinculadas a reserva de lei, e diante da necessidade de concretização de alguma diretriz constitucional¹⁹⁰. Por ser mais consentâneo com as diretrizes constitucionais, corrobora-se com o presente entendimento.

A questão do reconhecimento do poder regulamentar autônomo para além da hipótese do art. 84, VI, da Constituição Federal, suscita acalorada discussão. Desse modo, é importante que sejam apresentados os entendimentos acerca do tema, por ser este um aspecto nodal para a presente pesquisa. Destaque-se, a princípio, a concepção de que os atos normativos provenientes de órgãos previstos constitucionalmente, mas não enquadráveis como nenhum dos Poderes estatais, possuem a aptidão de inovar o ordenamento jurídico, independentemente da intermediação legislativa. Exemplo disso seriam as resoluções emanadas do Conselho Nacional de Justiça, como também os regimentos internos dos tribunais¹⁹¹.

¹⁸⁹ Art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 171.

¹⁹¹ Aos quais o STF atribuiu o caráter de lei sem sentido material, conforme se poder constatar da análise do resumo do acórdão relativo ao assunto ora tratado: “Aos tribunais compete elaborar seus regimentos

Ademais, também há quem defenda a competência das agências reguladoras para editarem atos normativos de caráter primário, ainda quando não autorizadas constitucionalmente, na hipótese de a legislação infraconstitucional delegar-lhes essa prerrogativa¹⁹².

Um outro aspecto que merece destaque, envolvendo a relação entre o regulamento e a lei, é o aspecto complementar daquele em relação à previsão legal. Sob esta ótica, algumas teorias foram desenvolvidas, havendo os que defendem que a não existência de uma lei disciplinadora de determinada matéria autorizaria a edição de regulamentos; os que admitem que a lei pode delegar ao regulamento a competência para tratar sobre matéria não prevista legalmente; os que entendem que o regulamento poderia atuar de forma complementar apenas na hipótese de existir lei que não versou de forma pormenorizada acerca de determinada matéria e, por fim, os que admitem apenas os regulamentos de execução¹⁹³.

Dissecando as concepções acima explicitadas, considere-se o posicionamento que ora se consolida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir que o poder regulamentar possa se exteriorizar autonomamente, ou seja, sem a intermediação legal, com vistas à concretização de algum ditame constitucional. Corroborando o que ora se afirma, cite-se o desfecho do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12¹⁹⁴, em que o Pretório Excelso entendeu que a

internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços [...] Esse poder, já exercido sob a CF/1891, tornou-se expresso na CF/1934, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito dos distúrbios institucionais. A Constituição subtrai do legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo [...] O regimento interno é lei material. Na taxionomia das normas jurídicas, o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera.” (STF, Pleno, ADIN 1.105-7 – DF, REL. Min. Paulo Brossad, m.v., j. 3.8.1994 [vencidos os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence] DJU 8.8.1994, p. 19540. Acórdão publicado no DJU 27.04.2001 – RTJ 177/1).

¹⁹² CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 595.

¹⁹³ MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

¹⁹⁴ A título informativo, transcreve-se a ementa da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos

ausência de previsão legal não poderia impedir que o Conselho Nacional de Justiça exercesse o seu mister constitucional, manifestando-se pela constitucionalidade da Resolução nº 07, a qual passou a vedar a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

Dissertando sobre esta temática, Marçal Justen Filho assevera que:

[...] Logo, a questão deixa de ser disputada em vista de um critério formal (natureza do ato – legislativo ou administrativo – veiculador de normas) para ser decidida em face de um critério material (conteúdo das normas constitucionais concretizadas). Seguindo essa orientação, poder-se-ia afirmar que serão válidos os regulamentos autônomos necessários à implementação de direitos fundamentais ou à aplicação de vedações contempladas constitucionalmente. Então, será válido o regulamento fundado diretamente na Constituição quando uma disciplina diversa daquela nele consagrada, veiculada por uma lei, for configurável como inconstitucional.

No que pertine à hipótese de delegação intencional da lei para que, através de regulamento, matérias possam ser disciplinadas de forma originária, é imperioso o reconhecimento de que tal concepção não se sustenta, por violar a previsão da delegação legislativa contida no art. 68 da Constituição Federal de 1988¹⁹⁵. Outrossim, isto implicaria em deslegalização, transferindo-se ao poder regulamentar a competência para tratar acerca de matérias que a princípio estariam sob a incidência da lei, o que não seria compatível com a estrutura constitucional brasileira¹⁹⁶.

Relativamente à possibilidade de o regulamento funcionar de maneira complementar às disposições legais, considere-se que isto não apenas é possível como necessário, pois, ainda que se trate de regulamento de execução, os quais deverão

princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (BRASÍLIA. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12**. Relator: Ministro Ayres Britto, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12>>. Acesso em: 10.04.2012.)

¹⁹⁵ Contudo, ante a existência de uma lacuna normativa, e desde que haja expressa autorização constitucional/legal, é possível a delegação temporária ao regulamento, da competência para versar sobre matérias que, a princípio, deveriam ser disciplinadas por lei em sentido estrito. Eis o que se deu com a Emenda Constitucional nº 45 em relação ao Conselho Nacional de Justiça.

¹⁹⁶ MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139-140.

pautar-se nas delimitações legais, a adaptação da norma abstratamente prevista no texto legal à realidade concreta se constitui em premissa indispensável à consecução do próprio desiderato legislativo. Contudo, pondere-se a necessidade de que a norma regulamentar esteja em consonância com a norma legal, cabendo a esta a prerrogativa de tratar de forma mais abrangente as matérias de sua competência¹⁹⁷.

Ressalte-se, ainda, por oportuno, que a multireferida Emenda Constitucional nº 32, de 2001, suscitou outra relevante polêmica doutrinária, esta pertinente à possibilidade de revogação de lei operada por decreto regulamentar editado *a posteriori*, na hipótese de haver incompatibilidade entre ambos os regramentos. Admitindo esta potencialidade regulamentar, André Rodrigues Cyrino enfatiza que a criação dos regulamentos autônomos para versarem sobre a organização da administração pública no âmbito federal, desde que tal não implique em extinção de cargos e aumento de despesas, acarretou uma alteração na estrutura hierárquica das fontes do direito administrativo, o implicaria na possibilidade de os eventuais conflitos entre lei e regulamento serem solucionados através da prevalência deste¹⁹⁸.

Manifestando-se sobre o assunto ora tratado, Gustavo Binebojm preleciona que a não há como se sustentar a tese da permissibilidade de um regulamento revogar uma lei, pois isto implicaria em flagrante violação aos princípios da legalidade, da tripartição de poderes, assim como do Estado democrático de direito¹⁹⁹. Contrariamente a isso, Arícia Fernandes Correia²⁰⁰ não apenas defende que os regulamentos autônomos independem de uma intermediação legislativa, como também que os mesmos teriam o condão de revogar dispositivos legais com eles incompatíveis, assim como impediriam que lei posterior viesse a modificá-los²⁰¹.

¹⁹⁷ Nesse sentido, Francisco Campos *apud* Marçal Justen Filho afirma: “No exercício do poder regulamentar, a administração não pode, portanto, sob o pretexto de lacunas na lei a ser executada, dispor em relação ao seu objeto com a mesma amplitude e a mesma liberdade com que em relação a ele poderia dispor o Poder Legislativo, ainda que se limite à criação de meios e instrumentos destinados à realização de uma finalidade, que a lei se cinge a formular em termos vagos e gerais.” (MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152).

¹⁹⁸ CYRINO, André Rodrigues. **O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República – A Espécie Regulamentar criada pela EC nº 32/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 186.

¹⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 172.

²⁰⁰ CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. *In* BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 589.

²⁰¹ A título exemplificativo da segunda opinião, cite-se a Lei de Organização Judiciária brasileira, que assim se tornou conhecida em virtude de, sob a égide da Constituição de 1967, ter a competência exclusiva para versar sobre as matérias relativas à organização judiciária. A Constituição de 1988, por sua vez, autorizou o regramento de matérias atinentes à dinâmica da atuação judiciária que não impliquem em aumento de despesas por atos normativos diversos de lei.

Ressalte-se que está pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, desde 30 de janeiro de 2002, a ADI nº 2601 com pedido liminar, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, que impugnou a Medida Provisória nº 008, de 31 de outubro de 2001 e o Decreto nº 3.995, de 31 de outubro de 2001. A mencionada medida provisória foi responsável por alterar e incluir dispositivos à Lei nº 6.385/76, que versa sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Já o referido decreto também alterou e acresceu dispositivos à Lei nº 6.385/76 nas matérias reservadas a decreto. Visualiza-se, aqui, o debate acerca da constitucionalidade da atuação normativa inovadora via decreto que contraria, frontal e expressamente, dispositivo de lei formal, nos moldes da problemática acima apresentada. Até o presente momento, o pedido liminar ainda não foi apreciado, de modo que as interpretações sobre a matéria deverão continuar sendo construídas pela doutrina ou pelo Judiciário nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade.

Importa ainda frisar, por ser de extrema relevância para a discussão acerca das fontes do Direito Administrativo em um contexto de constitucionalização, a questão da atuação administrativa contrária à lei, porém em consonância com os ditames constitucionais. Ora, diante de tudo o que já se expôs, ficou patente a necessidade de relativização da adstrição do ato administrativo à legalidade estrita, falando-se, atualmente, em vinculação à juridicidade. Nesse sentido, considere-se não apenas possível, mas exigível do administrador público que afaste a aplicação de lei flagrantemente contrária à Constituição Federal, independentemente de reconhecimento, pelo STF, da inconstitucionalidade do referido ato normativo²⁰².

Contudo, a desconsideração de um dispositivo legal violador do texto constitucional pode ameaçar relevantes princípios, sobretudo o da segurança jurídica, que é um dos estandartes do princípio da legalidade. Nesse sentido, há de realizar uma ponderação dos elementos envolvidos na situação concreta sob análise, a fim de que se possa aferir a viabilidade da medida a ser tomada, com vistas à otimização da vontade constitucional.

²⁰² Nesse sentido entendem Luís Roberto Barroso, Lucio Bittencourt, Miguel Reale, Themistocles Brandão Cavalcanti, Vicente Ráo, José Frederico Marques, Carlos Maximiliano, Caio Tácito, Clemerson Merlin Clève, Gustavo Binenbojm, dentre outros. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 175-176).

Corroborando com o exposto acima, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁰³, reportando-se à atuação regulamentar do Poder Executivo, aduz:

Afinal, tendo a prerrogativa constitucional de baixar regulamentos independentes ou autônomos, o fará dentro dessas prerrogativas, sem necessidade de qualquer manifestação do Legislativo, e a este poderá, mesmo, ser vedada a interferência nessas matérias para dispor sobre elas, se reconhecida como privativa a competência constitucional do Executivo a respeito. Se concorrente, ainda e sempre, na conformidade do regime constitucional, pode prevalecer o último texto, seja lei ou regulamento independente, modificando o anterior, quer emanado do Legislativo, quer pelo Executivo, ou, então, a ação do Legislativo absorve a do Executivo. A extensão desses regulamentos independentes oscila entre o disposto pelo costume constitucional ou pela Constituição escrita, e a afirmação dos seus preceitos depende da construção desse direito costumeiro ou da legislação a respeito, pela decisão dos Tribunais. Esses regulamentos, que correspondem a verdadeiras leis, podem ser baixados pelo Executivo se, constitucionalmente, lhe tiver sido reconhecida tal atribuição.

Indubitavelmente, as discussões travadas em relação ao princípio da legalidade induzem a uma reflexão sobre o seu real conceito e extensão do referido princípio, bem como da possibilidade de o exercício do poder regulamentar autônomo se embasar diretamente nos ditames constitucionais, para além do que dispõe o art. 84, VI da Constituição Federal de 1988. De fato, a possibilidade de vinculação dos atos administrativos à juridicidade em um contexto de constitucionalização é algo de extrema pertinência, por potencializar a força do texto constitucional, viabilizando a sua concretização independentemente da existência de uma lei que possa fazer essa intermediação. No entanto, isso não implica em superação da legalidade, na medida em que esta consiste em relevante instrumento de garantia do Estado de Democrático de Direito e da segurança jurídica.

Nessa conjuntura, mais especificamente no contexto do Direito Administrativo, os regulamentos autônomos, assim como as resoluções emanadas de órgãos previstos constitucionalmente - a exemplo do Conselho Nacional de Justiça - e as portarias, dentre outros, podem estar diretamente vinculados à Constituição, desde que isso fomente uma melhor e mais ampla aplicação da Constituição Federal.

Delimitado o processo de constitucionalização do Direito, e, com especial ênfase, das normas administrativas, assim como a influência do referido fenômeno para o sistema de fontes normativas, sobretudo no que pertine aos regulamentos, será realizada a discussão (capítulo 4), atinente à crise do Poder Judiciário e à criação do

²⁰³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo. Vol. 1. Introdução.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 376.

Conselho Nacional de Justiça como um dos instrumentos viabilizadores da sua superação, o que tornará possível a posterior caracterização do Conselho Nacional de Justiça como um órgão de natureza eminentemente administrativa e, como tal, inenfoque às regras atinentes a tal ramo (capítulo 5), analisando-se, por fim, os limites do seu poder regulamentar à luz de todos os balizamentos anteriormente delineados (capítulo 6).

4 A “CRISE” DO PODER JUDICIÁRIO E OS INSTRUMENTOS IDENTIFICADOS COMO VIABILIZADORES DA SUA SUPERAÇÃO

O desempenho do Poder Judiciário brasileiro tem sido alvo de muitas críticas, as quais são provenientes tanto da sociedade, que não o reconhece como suficientemente hábil a tutelar os interesses trazidos à sua apreciação de forma célere e efetiva, dos integrantes dos demais Poderes e instituições, assim como dos seus próprios membros.

Sob esse ângulo, identificou-se uma verdadeira crise institucional do referido Poder, cuja amplitude ensejou o debate sobre quais seriam as possíveis soluções, o que resultou na adoção de algumas medidas, dentre as quais se destaca a criação do Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45, cujas características serão explicitadas no capítulo 6. Antes, contudo, analisar-se-á, no presente capítulo, a própria estrutura do Poder Judiciário e sua independência, por estar diretamente relacionada à necessidade de implementação de mudanças, como também os elementos caracterizadores da crise do Judiciário e os antecedentes da criação do citado Conselho.

4.1 A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO E SUA INDEPENDÊNCIA

Para que se possa compreender adequadamente a formatação do Poder Judiciário brasileiro tal como concebida pela Constituição Federal de 1988, imprescindível se torna a aferição da sua natureza, enquadrando-o como poder propriamente dito ou um órgão de cunho administrativo com função jurisdicional. Isso porque, na França²⁰⁴, por razões históricas, o Judiciário não é considerado um Poder, o que, inevitavelmente, traz implicações em relação à sua autonomia.

²⁰⁴ “O Estado absolutista francês e o que lhe sucedeu (o republicano constitucionalista) conceberam o juiz de acordo com suas próprias conveniências, sem nenhuma garantia real nem independência, com total desconfiança inclusive, a ponto de lhe proibir qualquer atividade interpretativa da lei (o juiz, segundo Montesquieu, só podia pronunciar as palavras da lei, que era sempre tida como racional e realmente representativa do interesse geral), bem como qualquer atividade fiscalizadora dos demais poderes (situação que ainda perdura, em grande parte, nos tempos atuais; basta considerar, como já afirmamos, que hoje em França não existe Poder Judiciário, senão Autoridade Judiciária); vigoravam, então, os dogmas da soberania absoluta do Estado e do Legislador, assim como da racionalidade e justiça das leis, razão pela qual toda legislação produzida pelo Poder Político tinha que ser aplicada pelo juiz (Poder Judiciário) sem nada questionar (positivismo legalista)”. (GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 28.)

No Brasil, o Judiciário foi reconhecido como um Poder, posto que a Constituição Federal de 1988, já no seu art. 2º, estatuiu que constituem “[...] Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.”²⁰⁵ Outrossim, disciplinou a organização do mesmo no Capítulo III do Título IV, o qual versa acerca da Organização dos Poderes.²⁰⁶

Frise-se que o texto constitucional atribuiu também, de forma expressa, autonomia financeira e administrativa ao Judiciário, mais especificamente no art. 99, com a nítida intenção de reforçar a sua independência em relação aos demais Poderes, assim como a imprescindibilidade da sua atuação. A esse último ponto se associa a previsão contida no art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional, que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Historicamente falando, pode-se afirmar que a independência do Judiciário no Brasil foi reconhecida desde a Constituição do Império. Contudo, a sua atuação se restringia à análise das contendas envolvendo particulares, de modo que os atos atinentes à administração pública escapavam à sua competência, como também aos Poderes Legislativo e Moderador cabia exercer o controle de constitucionalidade das leis. Desse modo, a independência consignada na Carta de 1824 só pode ser lida como garantia atribuída ao magistrado de julgar conforme a sua convicção.²⁰⁷

A partir da proclamação da República, no entanto, constata-se uma completa mudança de paradigmas quanto à função jurisdicional, posto que o Judiciário, transpondo a sujeição do regime anterior, assume o relevante papel de velar pela independência entre os Poderes e concretização dos direitos inerentes aos cidadãos, com esteio nos ditames constitucionais.

As incursões até então realizadas conduzem inevitavelmente à constatação acerca da relevância do Poder Judiciário no Brasil, haja vista que, diferentemente do que ocorre nos países em que há o contencioso administrativo, e salvo as situações em que aos outros Poderes é dada a prerrogativa de atuar, de forma excepcional, no âmbito

²⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/07/2014.

²⁰⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Poder Judiciário. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.); MACIEL, Adhemar Ferreira (et. al.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24.

²⁰⁷ SILVEIRA, José Néri da Silveira. **Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.); MACIEL, Adhemar Ferreira (et. al.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 02.

jurisdicional²⁰⁸, cabe ao mesmo, prioritariamente, atestar a existência de direitos, viabilizando a sua concretização.

Destaque-se que a função jurisdicional estatal é eminentemente política, haja vista que ao Judiciário é dada a missão de concretizar as normas constitucionais, garantindo-lhes máxima eficácia e, por conseguinte, consubstanciando os direitos políticos e sociais nela encartados. Desse modo, os magistrados são considerados agentes políticos, por receberem do povo, através da Constituição Federal, a legitimidade para atuarem na concretização dos seus mais caros anseios.²⁰⁹

No entanto, a natureza do Judiciário pode conduzi-lo ao cometimento de abusos. Daí a relevância do desenvolvimento de mecanismos de controle dos seus atos, sem que isso implique, por óbvio, na transgressão à sua independência.

Aprofundando-se a discussão quanto à estrutura do Poder Judiciário tem-se que, de acordo com o preceituado no art. 92 da Constituição Federal de 1988, o mesmo é composto pelos seguintes órgãos: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Depreende-se na análise do aludido dispositivo que o Poder Judiciário é dotado de órgãos de natureza nitidamente jurisdicional, quais sejam: STF, STJ, TRF's e juízes federais, tribunais e juízes do trabalho, tribunais e juízes eleitorais, tribunais e juízes militares, tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e territórios, totalizando 91 (noventa e um) tribunais.

Também o compõem os juzizados especiais cíveis e criminais, os quais, por determinação do art. 98, I, da Constituição Federal, foram instituídos através das Leis nº 9.099/95, no âmbito estadual, e 10.259/2001, no contexto federal.

Integram ainda o Judiciário os órgãos de natureza não jurisdicional, que são o Conselho Nacional de Justiça, as ouvidorias de Justiça e as Escolas da Magistratura.

Ante a multiplicidade de órgãos que fazem parte da estrutura do Poder Judiciário, assim como a autonomia atribuída aos tribunais para a sua auto-organização

²⁰⁸ Conforme expressamente estabelecem os arts. 51, I; 52, I, II e 55, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988.

²⁰⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder político dos juízes. *In: Justiça e Democracia*, n. 1. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 95.

administrativa (art. 96, I, CF), discute-se se, de fato, ele possui natureza unitária, ou se existem vários segmentos estaduais do Judiciário com peculiaridades próprias.

Contudo, o entendimento doutrinário majoritário consolidou-se no sentido de reconhecê-lo como nacional, tal como preleciona Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros: “[...] É tradicional a assertiva, na doutrina pátria, de que o Poder Judiciário não é federal nem estadual, mas nacional. É um único e mesmo poder que se positiva através de vários órgãos estatais – estes, sim, federais e estaduais.”²¹⁰

Nesse sentido, não obstante a nítida adoção da teoria da tripartição de poderes por parte da Constituição Federal de 1988, conforme expresso no seu art. 2º, tem-se que o Poder Estatal é uno, havendo apenas uma compartimentação das suas funções a fim de que possam ser melhor desempenhadas.

Ao refletir acerca do assunto, preleciona Walter Nunes²¹¹, *in verbis*:

É a consagração do conceito da *separação dos poderes*, como forma da desconcentração da força política, ainda que o poder seja considerado uno. A *separação das funções do poder político* não desfaz a unidade do poder, pelo contrário, manifesta-se como uma necessidade para a organização e manutenção do Estado [...]

Especificamente em relação ao Poder Judiciário, frise-se que, em que pese o seu aspecto nacional, foram criados órgãos distintos, com competências delimitadas em razão da natureza da relação jurídica controvertida ou da qualidade dos sujeitos processuais parciais envolvidos. Nesse sentido, destaque-se a existência dos seguintes organismos: “[...] Justiça Federal (Const., arts. 106-111), Justiça do Trabalho (arts. 111-117), Justiça Eleitoral (arts. 118-121), Justiça Militar (arts. 122-124), Justiças estaduais ordinárias (arts. 125-126), Justiças Militares estaduais (art. 125, § 3º).”²¹²

À exceção da Justiça do Trabalho, que não possui competência penal, e da Justiça Militar, que, como regra, atua apenas na esfera criminal²¹³, as demais “justiças” têm atribuições em ambas as áreas.

²¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 185.

²¹¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Poder Judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura**. 1999. p. 79. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito – UFRN, 1999.

²¹² CINTRA, op. cit., p. 205.

²¹³ De acordo com que preceitua o art. 125, § 4º, da Constituição Federal de 1988, compete à Justiça Militar Estadual o julgamento, dentre outras matérias, de infrações militares, atuando, desse modo, no que pertine à citada matéria, na jurisdição civil.

Com vistas ao estabelecimento do âmbito de atuação de cada uma delas, necessário se torna a análise do que dispõe a Constituição Federal a respeito. Desse modo, se o texto constitucional estabelecer que a causa sob análise será julgada por uma das “justiças” consideradas especiais (eleitoral, trabalhista e militar), e aqui o critério eleito foi o material, perante as mesmas a ação deverá ser ajuizada, sob pena de caracterização de incompetência absoluta.

De outro modo, na hipótese de a Constituição nada estabelecer, a causa processar-se-á perante as intituladas “justiças” comuns (federal ou estadual). Nesse caso, a competência da justiça estadual será residual, posto que, se houver o enquadramento em uma das hipóteses do art. 109 da Carta Federal, a causa tramitará perante a justiça federal. Caso contrário, à justiça comum estadual caberá a apreciação da pretensão.

Um aspecto considerado crucial para que o Poder Judiciário possa atuar a contento diz respeito à sua autonomia, sendo essa expressamente garantida constitucionalmente no Brasil em relação aos aspectos financeiro e administrativo (art. 99, §§ 1º e 2º da Constituição Federal). Nesse sentido, ao Judiciário cabe, por intermédio dos tribunais, elaborar propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias, as quais são encaminhadas, no âmbito da União, pelos presidentes do STF e dos Tribunais Superiores, após aprovação dos tribunais e, nos Estados, Distrito Federal e territórios, pelos presidentes dos Tribunais de Justiça, também após aprovação dos respectivos tribunais.

Tratando acerca da autonomia financeira do Judiciário, José Néri da Silveira²¹⁴ enfatiza que esta só restará assegurada se for dada ao referido Poder a oportunidade de se manifestar quanto à eleição das suas prioridades e metas, de modo que não caberá ao Poder Executivo, fazê-lo. Desse modo, afirma o autor, *in verbis*:

A consulta prévia ao Poder Judiciário, na elaboração do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, faz-se mister, diante da regra do art. 99 e seu § 1º da Constituição Federal, máxime tendo em conta que, no particular, não dispõe o Judiciário de poder de encaminhar emendas ao projeto de origem executiva; de contrário, estará sendo desprezada a autonomia administrativa.

²¹⁴ SILVEIRA, José Néri da Silveira. **Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.); MACIEL, Adhemar Ferreira (et. al.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 08-09.

Também atestam a autonomia Judiciária a iniciativa atribuída ao STF de propor lei complementar para dispor sobre o Estatuto da Magistratura (art. 93, da Constituição Federal); as garantias concedidas aos magistrados da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos que, em tese, os tornam menos vulneráveis a influências externas (art. 95, da Constituição Federal), estando aptos a julgar de maneira isenta; além das atribuições de auto-organização dos tribunais (96, I, da Constituição Federal).

Tratando-se especificamente da competência do STF para dar início à elaboração do Estatuto da Magistratura, há de se considerar a necessidade de que as normas estabelecidas garantam a unidade do Poder Judiciário. Contudo, isso só será alcançado “[...] a partir de princípios, propósitos e critérios comuns de organização e ação, tendo em conta os objetivos permanentes e nacionais do serviço público essencial de administração da Justiça, quer no plano da União, quer na esfera dos Estados-Membros e do Distrito Federal.”²¹⁵

Relativamente à competência atribuída aos tribunais para se auto-organizarem, destaque-se o previsto no art. 96, I, a, da Constituição Federal, ao estabelecer que compete privativamente aos tribunais a eleição de órgãos diretivos e elaboração dos seus regimentos internos, estabelecendo regras competenciais e pertinentes ao funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Por óbvio, a regra acima mencionada, associada aos demais incisos do mencionado art. 96, consubstancia a autonomia dos tribunais estaduais, em respeito ao princípio federativo. Contudo, limita a sua atuação, ao estatuir a necessidade de respeito às normas de processo e às garantias processuais das partes, as quais estão estabelecidas nas leis federais que, por expressa determinação constitucional, versam sobre matéria processual, assim como na Constituição, que traça as diretrizes gerais relativas ao Poder Judiciário e ao exercício da função jurisdicional.

Nesse sentido, com vistas à compatibilização da citada autonomia dos tribunais, bem como a padronização de regras que garantam a unidade do Poder Judiciário, já que este é nacional, alguns parâmetros mínimos necessitam ser traçados. Sendo assim, de acordo com Lenine Nequete²¹⁶,

²¹⁵ SILVEIRA, José Néri da Silveira. **Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.); MACIEL, Adhemar Ferreira (et. al.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 10.

²¹⁶ NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário a partir da Independência – II - República**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, p. 119.

As Constituições têm fixado regras diretivas para a organização judiciária. Sendo matéria estrita de interesse de cada Estado, apenas exige-se a obediência a determinados postulados constitucionais inarredáveis, como convém ao regime federativo. Dentre eles destacam-se: o sistema de ingresso na magistratura de carreira mediante concurso público de provas e títulos; promoção por antiguidade e por merecimento; acesso aos advogados e membros do Ministério Público aos tribunais, nas vagas destinadas a eles, fixadas em 1/5 do número de membros; a criação de tribunais inferiores de segunda instância.

O estabelecimento de diretrizes básicas e genéricas no texto constitucional, embora com vistas à manutenção do caráter nacional do Poder Judiciário, não garante que regras absolutamente díspares sejam elaboradas pelos tribunais ao concretizarem a sua autonomia, aspecto que, no contexto brasileiro, assume um viés ainda mais problemático, dada a grande quantidade de órgãos pertinentes ao Judiciário. Essa preocupação, inclusive, não é nova, haja vista que Pedro Lessa, reportando-se à Constituição de 1891, registrara a existência de vozes contrárias à existência do que ele denominou de dupla justiça, lastreadas no sério inconveniente decorrente da consolidação de muitas regras relativas à organização judiciária criadas pelos Estados, assim como na ausência de independência das jurisdições locais, as quais, por falta de mecanismos que as protegessem de indevidas ingerências, estariam sujeitas “[...] aos golpes das paixões e dos interesses da pequena política de certos Estados.”²¹⁷

O prelecionado autor, arrimando-se na diversidade existente entre os diversos Estados brasileiros, assentou o seu entendimento na necessidade de que regras específicas pudessem ser estabelecidas por cada unidade federativa. Ademais, afastou o argumento de que não seriam as instâncias judiciárias estaduais independentes, estando infensas aos determinismos políticos locais, com esteio na previsão constitucional das prerrogativas atribuídas à magistratura, consistentes na vitaliciedade e redutibilidade de vencimentos, as quais, por si só, impediriam qualquer tipo de ingerência ameaçadora da independência dos juízes²¹⁸.

Reportando-se à independência do Poder Judiciário, Luiz Flávio Gomes enfatiza a sua imprescindibilidade para o que denomina de “legitimação democrática substancial da jurisdição”, de modo que não seria possível a proteção aos direitos fundamentais,

²¹⁷ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 05.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 07.

assim como o exercício de controle dos demais Poderes, sem que ao Judiciário fosse assegurada tal prerrogativa.²¹⁹

No entanto, questiona-se se, sob o ponto de vista externo, ou seja, em relação aos demais poderes, essa independência efetivamente se concretiza. Nesse sentido, há de se destacar que, em relação à composição dos órgãos jurisdicionais superiores (tribunais), há uma participação, diga-se de passagem indevida, dos Poderes Executivo e Legislativo, de modo que se pode afirmar que os tribunais só atuam isoladamente no recrutamento, mediante concurso público, dos magistrados que atuarão na primeira instância. Manifestando o seu posicionamento acerca do assunto, Aroldo Plínio Gonçalves²²⁰ preleciona:

Na composição dos órgãos das instâncias superiores, além do preenchimento das vagas da magistratura de carreira, respeitados os critérios de promoção por merecimento e antiguidade, o Judiciário não atua sozinho, mas participa do processo, compondo lista para o preenchimento das vagas reservadas ao Ministério Público e aos advogados, a serem indicados pelo Poder Executivo, com a aprovação, no plano federal, do Legislativo, através do Senado.

Já na composição do Supremo Tribunal Federal, que é a um só tempo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro e Corte Constitucional, não há qualquer participação de órgãos do Judiciário. O processo se passa ao largo de sua atuação, e nele preponderantemente atua o Executivo, contando com a posterior aprovação do Legislativo, através da aprovação, por maioria absoluta, do Senado Federal. O Judiciário nem sequer é ouvido na própria composição de seu órgão Supremo, quando o Executivo e o Legislativo atuam conjuntamente.

É de se afirmar, dada a clareza da constatação, que a forma de escolha dos membros do Poder Judiciário para a composição dos órgãos de cúpula, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, dificulta enormemente uma atuação imparcial - pois o critério político acaba por prevalecer -, assim como compromete a independência do Judiciário, que fica adstrito, nesse aspecto, às ingerências dos Poderes Executivo e Judiciário. Tal característica da estrutura brasileira será adiante analisada de forma crítica, quando forem tratados os modelos de Judiciário.

Após a análise realizada no presente tópico constata-se que a independência garantida ao Poder Judiciário resultou de uma relevante evolução, posto que, não obstante a Constituição imperial tenha estabelecido a autonomia do Poder Judiciário, tal

²¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

²²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Poder Judiciário. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.); MACIEL, Adhemar Ferreira (et. al.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27-28.

só veio a se concretizar a partir da Proclamação da República, consolidando-se por meio da Carta Constitucional de 1988, que lhe atribuiu independência administrativa e financeira.

Nesse sentido, muito embora se constate a existência de uma intromissão dos Poderes Executivo e Legislativo em relação ao Judiciário no que concerne à escolha dos membros dos órgãos de cúpula deste, como também às questões orçamentárias, o que acarreta discussões quanto à extensão dessa autonomia, não se pode negar a sua existência, nem tampouco que se constituiu em garantia essencial para a atuação eficiente do Poder Judiciário.

No entanto, há de se fazer uma reflexão sobre uma característica da organização estatal brasileira, erigida sob a estrutura federativa e suas implicações em relação ao Poder Judiciário.

Sobre este ponto importa frisar, na esteira de Walter Nunes da Silva Júnior, que a doção do federalismo no Brasil, que se deu de forma nominal a partir da Proclamação da República, mas só se consolidou quando da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, em que pese as críticas que sobre tal medida recaem, consistiu em decisão adequada à realidade geográfica, histórica e sócio-política brasileira, posto que, dada a sua vasta extensão territorial, aspecto que, inevitavelmente conduz à existência de realidades muito díspares entre as diferentes regiões, seria muito complicada a adoção de regras absolutamente uniformes, sem que isso implicasse em desrespeito às especificidades locais.²²¹

Adotando posicionamento contrário, Pedro Timotheo *apud* Walter Nunes, enfatiza que, diferentemente do que ocorrera nos Estados Unidos, considerado o berço do federalismo, em que o processo de independência das colônias exigiu a adoção do sistema federativo a fim de que fosse possível, a partir da manutenção do espírito de liberdade, o fortalecimento necessário ao afastamento das ameaças externas, no Brasil a transição entre os sistemas monárquico e republicano se dera sem maiores problemas, razão pela qual seria totalmente despicienda a importação da referida estrutura.²²²

Ressalte-se que a característica fulcral do sistema federativo é a descentralização do poder, aspecto que se pode apontar como positivo, dada a relevância de os Estados poderem preservar a sua autonomia para tratar sobre certas matérias e, ao mesmo, ter

²²¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Poder Judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura**. 1999. p. 26. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito – UFRN, 1999.

²²² *Ibidem*, p. 24-25.

maior poder de “barganha” em relação ao Poder central quanto às questões de competência deste, o que torna possível um melhor atendimento às necessidades peculiares de cada unidade federativa.

Contudo, “Desenganadamente, o ponto sensível do sistema federal é a repartição de competências entre as unidades políticas, visto que se deve conciliar a autonomia das entidades sem comprometer a unidade do Estado e o desenvolvimento integrado, evitando, tanto quanto possível, as desigualdades regionais.”²²³

Transportando a reflexão para o Poder Judiciário, tem-se que, como decorrência da adoção do princípio federativo, conforme já se teve a oportunidade de afirmar no presente tópico, a jurisdição é dual, ou seja, dividida em justiça federal e justiça estadual. Outrossim,

[...] ao lado dos órgãos jurisdicionais federais e estaduais, existem os tribunais de federação — Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que são órgãos de cúpula de jurisdição nacional, não integrando a justiça comum, que é formada pelas justiças federal e estadual. Os órgãos jurisdicionais aos quais compete o exercício da função judicante da federação são o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ficando a justiça federal (composta dos Tribunais Regionais Federais e dos juízes federais de primeira instância) como órgão judicante da União enquanto entidade integrante da federação, e a justiça estadual (integrada pelos Tribunais de Justiça e os juízes de direito) como Poder Judiciário dos Estados-Membros.²²⁴

Conforme delineado supra, tem-se que, dada a adoção, no Brasil, do princípio federativo, nada mais coerente do que atribuir aos tribunais estaduais a prerrogativa de estabelecer as regras relativas à sua organização interna.

No entanto, dada a multiplicidade de regras que podem advir do exercício da autonomia dos respectivos tribunais estaduais, conforme afirmado anteriormente, o caráter nacional do Judiciário restará inevitavelmente abalado, posto que os balizamentos gerais traçados constitucionalmente não são suficientes para garantir a padronização necessária, aspecto que traz como consequências negativas a ausência de uma ambiência propiciadora do estabelecimento de metas, assim como do desenvolvimento de um planejamento estratégico a partir da aferição das principais lacunas do Poder Judiciário, com vistas ao seu aperfeiçoamento. Nesse sentido, a inexistência de uma consonância em relação à atuação dos órgãos jurisdicionais que,

²²³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Poder Judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura**. 1999. p. 27. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito – UFRN, 1999.

²²⁴ *Ibidem*, p. 27.

apesar de vinculados aos seus respectivos Estados, pertencem ao mesmo Poder, impede que este possa efetivamente cumprir o seu dever constitucional de se pronunciar acerca das pretensões trazidas à sua apreciação, de maneira célere, efetiva e isenta.

Nesse contexto, dada a amplitude da problemática acima levantada, que se associa a várias outros fatores igualmente atrelados à autonomia judicial e que podem ser apontados como seus efeitos colaterais, a exemplo da inefetividade das corregedorias para a promoção da responsabilização disciplinar, muito se tem discutido, no Brasil, acerca da necessidade de se desenvolverem mecanismos de superação do estado de coisas que foi intitulado de “crise” do Poder Judiciário - que será pormenorizado no próximo tópico -, discussão essa que já tem gerado relevantes frutos, a exemplo da criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão de gestão e controle da atuação do Poder Judiciário, o qual é o objeto central do presente trabalho.

4.2 A “REFORMA” DO PODER JUDICIÁRIO ATRAVÉS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E A CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Antes de se adentrar na discussão atinente às funções constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça, em especial a de natureza regulamentar, cerne do presente trabalho, proceder-se-á à análise dos aspectos que antecederam e, por conseguinte, podem justificar a implementação da intitulada reforma do Poder Judiciário, viabilizada pela entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual, dentre várias outras providências, criou o CNJ. Tal abordagem se caracteriza como pertinente, a fim de que seja possível a constatação da imprescindibilidade desse órgão, não obstante todas as críticas que sobre o mesmo recaem.

4.2.1 Os aspectos evidenciadores da crise do Poder Judiciário brasileiro

A posição de destaque hodiernamente atribuída ao Poder Judiciário brasileiro, a qual decorre, em grande parte, à democratização e a velocidade dos meios de comunicação, põe em evidência a sua inquestionável relevância enquanto instrumento concretizador da justiça, através da solução dos conflitos de interesse postos à sua apreciação. Mas, em contrapartida, mune a sociedade de elementos informativos hábeis à realização de um acompanhamento mais próximo da sua atuação, implicando na

identificação de lacunas, sobretudo concernentes à duração do processo e à efetividade das decisões judiciais.

Percebe-se que esta nova conjuntura é extremamente positiva, na medida em que sinaliza uma mudança de postura não apenas da sociedade em si, como também dos veículos de comunicação de massa, os quais, durante muito tempo, se abstiveram de abordar, de uma maneira mais aprofundada e crítica, o desempenho do Poder Judiciário, concentrando-se mais nos poderes Executivo e Legislativo. Esta ordem de coisas conduziu a uma apatia da comunidade jurídica quanto à discussão acerca de diversos aspectos atinentes ao Poder Judiciário, o que, inevitavelmente, refletiu na própria sociedade, que se via desmotivada para o enfrentamento do tema, sobretudo em virtude da atmosfera hierática que sempre permeou tal Poder²²⁵.

Corroborando o acima explicitado a pífia produção acadêmica acerca da atuação do Poder Judiciário, restringindo-se os estudiosos a analisar a sua estrutura orgânica, sem, contudo, construir um arcabouço teórico que pudesse instrumentalizar uma abordagem quanto à viabilidade dos modelos construídos e à satisfatoriedade ou não dos resultados alcançados, a fim de que se pudesse, a partir dessas reflexões, identificar eventuais lacunas com vistas à implementação de medidas que pudessem supri-las. Versando acerca da questão sob uma perspectiva macro, abrangente de toda a América Latina, Eugênio Raul Zaffaroni²²⁶ assim preleciona:

[...] Salvo exceções, não se pode falar de um verdadeiro desenvolvimento teórico do tema na América Latina. Têm sido realizados estudos sociológicos, mas não há tradição de uma ‘sociologia judicial na região’. Contudo, o que consideramos mais grave é que nem sequer poderemos falar de uma tradição de ‘teoria política da jurisdição’, se entendermos por isso: a) o esclarecimento da função manifesta que se lhe pretende atribuir; b) a análise da função real que exercita e c) a necessária crítica à estrutura institucional para otimizá-la com relação a suas funções manifestas (neste último incluímos especialmente a forma de direção ou governo, a seleção dos juízes e a distribuição orgânica).

O cenário acima delineado contribuiu para a elaboração de um diagnóstico não muito otimista em relação ao Poder Judiciário²²⁷, revelando a existência de uma severa

²²⁵ KREBES, Fernando Aurvalle. A crise do Judiciário e a construção de um novo modelo. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 101.

²²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

²²⁷ A propósito, afirma-se que esse diagnóstico começou a ser construído quando Ernesto Geisel assumiu a Presidência da República, ocasião em que realizou uma visita ao STF, tendo concordado com os ministros que o receberam acerca da necessidade de se proceder a uma reforma no Judiciário. Após, iniciou-se uma ampla colheita de dados, que culminou na elaboração de um relatório, entregue ao

crise, lastreada em distintos aspectos que serão adiante tratados. Como decorrência natural de tal constatação, os membros deste Poder passaram a se posicionar, externando alguns um posicionamento mais reticente, tendente à preservação do *status quo*, com esteio, em particular, na independência judicial construída sobre o princípio da legalidade. Outrossim, uma outra facção se desenvolveu, defendendo a abertura²²⁸ do Poder Judiciário, a fim de que este pudesse aproximar-se mais da sociedade e, por conseguinte, viabilizar a consecução dos seus mais genuínos anseios.

Por óbvio, a busca de soluções para a dicotomia apresentada exigiu a realização de uma análise aprofundada da estrutura do Poder Judiciário do Brasil, com vistas à constatação da sua adequação às demandas que continuamente se renovam, assim como para que adaptações pudessem ser sugeridas e, quiçá, concretizadas. No entanto, conforme afirmado alhures, a pesquisa brasileira até então desenvolvida sobre a matéria ainda é extremamente incipiente, muitas vezes assumindo um viés meramente descritivo²²⁹.

Discordando acerca da existência de uma crise institucional judiciária no Brasil, Adel El Tasse assevera que o referido Poder jamais desenvolveu a contento a sua incumbência constitucional de contribuir para a solução de conflitos de forma tempestiva e eficaz, materializando justiça. Nesse sentido, a utilização da expressão “crise” para designar a conjuntura de descrença por parte da sociedade acerca da viabilidade da utilização da jurisdição estatal para a tutela dos seus direitos, assim como da eficiência do Estado para garantir a paz social, seria impertinente, conduzindo à falsa ideia de que alterações meramente procedimentais e pontuais seriam suficientes para suplantar esse estado de coisas²³⁰.

presidente em junho de 1975, cujo precípua fim era elencar os principais problemas que assolavam o Judiciário, apontando soluções. Embora o documento não tivesse exaurido a temática, teve a sua relevância, por consistir em um primeiro passo dado no sentido de elencar as principais lacunas do Poder Judiciário. (BICUDO, Hélio. O desafio da Reforma do Poder Judiciário. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25-26).

²²⁸ De questionável viabilidade, na medida em que coloca o Poder Judiciário sob os holofotes da mídia, justificando decisões absolutamente desarrazoadas, com o intuito de conter os ânimos sociais.

²²⁹ Nesse sentido, de acordo com Flávio Dino de Castro e Costa: “Neste passo, é impressionante a escassez no nosso país de estudos que problematizem os valores mencionados, enfocando especificamente o modo como o Poder Judiciário é estruturado no Brasil. Em verdade, há uma vasta produção descritiva sobre a organização judiciária – consoante se constata nos Manuais de Direito Constitucional ou de Teoria Geral do Processo –, bem como uma crescente preocupação com a Hermenêutica Jurídica. [...]” (COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 23).

²³⁰ TASSE, Adel El. **A crise no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 42-44.

Ainda segundo o referido autor, o cenário ora analisado não configura uma crise, mas uma coletiva conscientização quanto à completa inadequação da estrutura estatal brasileira para a satisfação das atuais demandas. Ou seja, constatou-se que o modelo de Estado em vigor, notadamente patrimonialista e burocrático, com pretensões de atuar em várias frentes, porém inábil para garantir os mais basilares direitos, tais como segurança e educação, já não seria condizente com os interesses da sociedade contemporânea.²³¹ Imerso em tal conjuntura de ampla inadequação estrutural, o Judiciário não estaria alheio aos seus reflexos.

Frise-se que, não obstante a pertinência da abordagem do autor em referência, adotar-se-á, didaticamente, a expressão “crise” do Poder Judiciário, haja vista ser a mais utilizada pela doutrina especializada, além de retratar com maior exatidão a situação pela qual passa o Poder Judiciário brasileiro nos tempos atuais.

Pormenorizando o nascedouro histórico da crise em realce, ressalte-se que o processo de redemocratização vivenciado pelo Brasil a partir de 1978, cujo apogeu se deu por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que consistiu em uma inegável evolução sob o ponto de vista democrático, superando o período ditatorial que o antecedeu, consolidou institutos que, posteriormente, não se mantiveram consentâneos com as demandas da sociedade brasileira do final do século XX. Tal assertiva é corroborada pelas inúmeras emendas à Constituição, com o intuito de adaptar o texto constitucional já considerado inadequado e obsoleto.

Dissertando acerca da temática, Flávio Dino²³² aduz:

O que impulsiona essa intensa atividade “desconstituente” é o aprofundamento da crise de diversos conceitos e institutos consagrados pela Constituição de 1988. Vários são os indicadores de tal fenômeno: o esgarçamento do chamado *pacto federativo*, de que a “guerra fiscal” é o sintoma mais evidente; a falência dos sistemas de segurança pública, levando à formulação emergencial – em meados do ano 2000 – de um Plano Nacional de Segurança Pública; a generalização da sensação de impunidade; a descrença na aptidão do Judiciário para assegurar a igualdade de todos perante a lei; a incapacidade de negociar-se uma solução duradoura para a questão agrária; o descalabro na saúde e educação públicas – “direito de todos e dever do Estado”, segundo a Constituição Federal. (Grifos constantes no original).

Embora reconhecendo pertinente o entendimento de que a problemática acima delineada pode ser atribuída à ausência de uma tradição democrática no Brasil, como

²³¹ TASSE, Adel El. **A crise no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 18.

²³² COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 27.

também ao demasiado minimalismo do texto constitucional, o que dificultaria a sua necessária adequação às novas realidades surgidas como decorrência natural da dinâmica social, o referido autor entende que o fator determinante para a intitulada crise de constitucionalidade decorre do atual momento histórico brasileiro, desencadeado, sobretudo pelo processo de globalização. Este é responsável pela intensificação da relação entre pessoas, Estados, eliminando barreiras e quebrando paradigmas, acarretando, desse modo, uma natural dificuldade de se delimitar a abrangência territorial, política e jurisdicional de um país, transformando o conceito de soberania e colocando em xeque o de Estado, no seu viés tradicional. Nesse contexto, fala-se em transnacionalização, fenômeno de abrangência mais expressiva do que a internacionalização, consistente na eliminação de limites interestatais, de modo que não apenas os aspectos econômicos, como também as fontes de produção normativa são aplicáveis para além dos limites territoriais de um país, realidade que, inegavelmente, traz implicações para o Estado de Direito e, por conseguinte, para o Poder Judiciário²³³.

Nessa esteira, reportando-se à realidade do Poder Judiciário após esse processo de redemocratização implementado pela Constituição de 1988, Jarbas Lima²³⁴ enfatiza a ausência de sintonia entre os preceitos propugnados no texto constitucional, de cunho nitidamente libertário e social, e a estrutura estatal vigente. Sob este ângulo, enquanto o Poder Judiciário havia sido criado para viabilizar os interesses individuais e proteger os cidadãos contra o Estado, a nova ordem o impunha uma atuação mais ampla, com vistas à consecução de interesses sociais através de políticas públicas. Ante a sua nítida inaptidão estrutural para o cumprimento do seu novo mister, em uma ambiência de globalização, onde o próprio monopólio da jurisdição por parte do Estado é questionável, tem-se a eclosão de uma crise do Poder Judiciário.²³⁵

Destaque-se, por salutar, que a notória falta de sincronia entre as diretrizes da Constituição brasileira vigente e a realidade mundial, na qual o Brasil inevitavelmente está inserido por força do fenômeno globalizante, é bastante clara, posto que, enquanto as regras constitucionais assumem um viés garantístico, atrelado ao conceito de Estado Providência, a ideologia que predomina em grande parte dos países europeus e

²³³ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 28.

²³⁴ Membro da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados e de sua Comissão Permanente que analisou a Reforma do Poder Judiciário.

²³⁵ LIMA, Jarbas. A reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados. *In A reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 131-134.

ocidentais é a neoliberal, calcada na intervenção mínima do Estado em torno da produção e distribuição de riquezas.

Segundo Flávio Dino, a promulgação da Constituição de 1988 consistiu na transmutação de uma Constituição de natureza semântica (1967/1969), caracterizada pela institucionalização do poderio dos representantes do Estado, para uma Constituição nominal, cuja principal característica seria a potencialidade de suas regras regerem o processo político, porém com efetividade meramente parcial. No entanto, constata-se que a situação ideal seria a assunção, por parte do texto constitucional, do formato normativo, não apenas contendo diretrizes relativas às questões políticas, mas, efetivamente, disciplinando o seu desdobramento, sob pena de inconstitucionalidade.²³⁶

A necessidade de que as normas constitucionais possuam plasticidade, adaptando-se às vicissitudes das situações sobre as quais incidirão, tem por escopo conferir às mesmas a legitimidade necessária à garantia da sua eficácia, aspecto de peculiar relevância em um ordenamento jurídico cujo lastro é a Constituição.

Refletindo acerca do assunto ora sob comento, aduz Canotilho²³⁷:

Como se concebe, então, a constituição na época pós-moderna? Em termos tendenciais, constituição é um estatuto reflexivo que, através do estabelecimento de esquemas procedimentais, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos e a garantia da mudança através das rupturas.

O autor Flávio Dino, ao prosseguir na sua abordagem acerca dos elementos caracterizadores da “crise” do Poder Judiciário brasileiro, elenca três vertentes, quais sejam: crise de identidade, crise de desempenho e crise de imagem. A primeira delas estaria atrelada à falta de clareza em relação à caracterização da missão constitucionalmente outorgada ao Poder Judiciário. Nesse sentido, reconhecer que ao Judiciário caberia dirimir conflitos aplicando a lei contenciosamente seria reducionista e superficial, na medida em que o sistema legislativo brasileiro é carente de harmonia e coerência, de modo que convivem normas anacrônicas com leis extremamente avançadas. Ademais, muitas leis contêm conceitos jurídicos indeterminados²³⁸, o que

²³⁶ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 31.

²³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.235.

²³⁸ Em conformidade com entendimento de Luís Roberto Barroso: “Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não

dificultaria enormemente a sua aplicação por intermédio da mera subsunção, exigindo a execução de um procedimento de interpretação mais elaborado, a fim de que o real sentido da norma pudesse ser extraído²³⁹.

Outrossim, afirmar que o papel precípua do Poder Judiciário seria dirimir os conflitos de interesse postos à sua apreciação, realizando justiça, recairia na clássica abordagem jusnaturalista acerca do conceito de justiça, a qual, não obstante a sua relevância para que as interpretações judiciais não padeçam da falta de embasamento axiológico, encontra-se deserta da carga de concretude necessária à eficiente atuação do Poder Judiciário.

Agregando-se aos aspectos antes referidos e elucidativos da crise de identidade do Poder Judiciário, cite-se a ausência de um consistente debate coletivo no seio da magistratura acerca do modelo institucional a ser adotado e que pudesse fazer frente às demandas hodiernas. Isto fica bastante claro ao se observar a sensível ampliação das funções do STF, muitas vezes instado a se manifestar acerca de questões eminentemente políticas, além das pretensões coletivas, cujo resultado atingirá um número indeterminado de pessoas, fato que exige uma atuação jurisdicional ainda mais cautelosa²⁴⁰, não atrelada apenas aos aspectos técnico-jurídicos e nem sempre com o grau de neutralidade normalmente exigível, haja vista a ponderação a ser feita entre a relevância dos bens jurídicos envolvidos e a exequibilidade das providências adotadas para a sua proteção²⁴¹.

Segundo Fernando Aurvalle²⁴², a crise a que todos se referem em relação ao Poder Judiciário, embasada na morosidade e na falta de aparelhamento material e humano, é apenas aparente, pois, ainda que tais aspectos fossem superados, o seu desempenho ainda seria deficitário. Desse modo, a real crise do Judiciário, de acordo com o citado autor, seria de identidade, lastreada na ausência da sua consolidação enquanto poder, posto que, não obstante tenha sido adotada no Brasil a tripartição de

quis, no relato abstrato de enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser deles extraído. [...] Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva.[...]” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312).

²³⁹ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 32.

²⁴⁰ Haja vista a intensidade dos debates que envolvem essa gama de direitos, subsidiados pela utilização dos meios de comunicação de massa.

²⁴¹ COSTA, op. cit., p. 36-37.

²⁴² KREBES, Fernando Aurvalle. **A crise do Judiciário e a construção de um novo modelo**. In: A Reforma do Poder Judiciário. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 114.

poderes, há uma ampla e indevida interferência dos demais poderes sobre o Judiciário, sobretudo no que pertine à escolha dos membros dos seus órgãos de cúpula.

Aliás, sob a perspectiva evolutiva, insta ressaltar que a ingerência política na esfera do Judiciário remonta à época do Império, quando a Constituição de 1824, de forma absolutamente contraditória, ao mesmo tempo em que reconhecia a independência do Poder Judiciário e a perpetuidade²⁴³ dos juízes de direito, que só poderiam perder o cargo através de sentença, admitia a sua suspensão através de ato emanado do Imperador.²⁴⁴

No que pertine à crise de desempenho do Poder Judiciário, registre-se se tratar da lacuna mais facilmente constatável, haja vista atingir frontalmente o jurisdicionado, que muitas vezes recorre à jurisdição estatal por absoluta falta de opção, considerando-se que lhe é vedada, como regra, a utilização da autotutela. Desse modo, os sujeitos parciais do processo são submetidos à morosidade da tramitação processual e, por conseguinte, à falta de efetividade das decisões prolatadas.

Mas não apenas os destinatários da atuação do Poder Judiciário constataam a sua ineficiência. Ilustrando tal assertiva, destaque-se que uma pesquisa realizada pelo Conselho de Justiça Federal já em 1995 constatou que 99,12% dos juízes ouvidos reconheceram ser a atuação do Poder Judiciário deficitária sob a perspectiva temporal.²⁴⁵

Saliente-se que a morosidade na prestação jurisdicional consiste em óbice de difícil remoção, uma vez que a quantidade de ações ajuizadas é consideravelmente superior à de processos julgados²⁴⁶, o que pode ser atribuído à ausência de uma adequada estrutura do Poder Judiciário para fazer frente às demandas, sobretudo em termos quantitativos de julgadores e servidores técnicos, assim como à própria dinâmica procedimental, extremamente formal e dotada de mecanismos que impedem um trâmite mais célere, tal como a elevada quantidade de recursos de que podem se valer as partes, dificultam a concretização de uma prestação jurisdicional tempestiva.

²⁴³ Expressão que hoje corresponde à vitaliciedade.

²⁴⁴ NUNES LEAL, Victor. **Coronelismo, Enxada e Voto**. 5ª ed. São Paulo: 1986, p. 189.

²⁴⁵ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 43.

²⁴⁶ A propósito, consulte-se os dados do Justiça em Números 2014, ano base 2013, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, os quais serão discutidos no capítulo 6. Disponível em: [ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica em Numeros/relatorio_jn2014.pdf](ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf). Acesso em 14/11/2014.

Uma outra faceta a ser considerada nesse contexto de crise do Poder Judiciário é a referente à sua imagem. Dissertando acerca do assunto, Flávio Dino²⁴⁷ afirma que, diferentemente dos demais Poderes estatais, que extraem a sua legitimidade do fato de seus membros serem escolhidos diretamente pelo povo através do exercício do direito/dever de votar, o Poder Judiciário para gozar da legitimidade tão imprescindível à sua atuação, necessita de credibilidade, a qual só encontra terreno fértil no cultivo da sua boa imagem perante os jurisdicionados, quer sejam estas pessoas físicas ou jurídicas, o que acaba por reforçar o próprio Estado Democrático de Direito, assim como o sistema econômico.²⁴⁸

Afirme-se que a imagem do Poder Judiciário no Brasil está consideravelmente desgastada, o que se relaciona tanto à ausência de uma conscientização por parte dos seus representantes em relação à sua missão; à patente ineficiência na execução do seu mister, aspectos que já foram tratados anteriormente; como também à inexistência, durante um longo período de tempo, de um órgão que pudesse planejar estrategicamente o Poder, o que se pretendeu solucionar através da criação do CNJ pela emenda constitucional nº 45, de 2004.

Outro elemento que deve ser destacado nesse contexto diz respeito à própria ampliação da gama de indivíduos que recorre ao Judiciário à procura de tutela para a suas pretensões, o que acaba ampliando a repercussão das insatisfações decorrentes da má qualidade dos serviços prestados, potencializando os questionamentos e pressões acerca da atuação do referido Poder.

Como efeito colateral preocupante da crise da imagem do Poder Judiciário, frise-se a consolidação de um sistema paralelo, denominando de pluralismo jurídico,

²⁴⁷ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 45.

²⁴⁸ Melhor explicitando a problemática, na medida em que o Poder Judiciário atua eficientemente, reforça a crença na justiça social, pois passa a ser considerado um aliado da concretização do aparato normativo que a garante. Ademais, gera uma ambiência de segurança para que as empresas possam livremente atuar, já que poderão recorrer a uma jurisdição estatal efetiva, na hipótese de eclosão de algum conflito de interesse quando da condução dos seus negócios. Corroboram o entendimento ora esposado Celso L. Limongi e Claudia Stefano, nos seguintes termos: “Outro ponto que merece relevo é o fato de se apontar para a morosidade do Judiciário como óbice a que as transnacionais não queiram investir no Brasil. Tal dado mostra que há convergência de interesses do Executivo Federal e dos investidores estrangeiros, buscando estes e aquele um Judiciário fraco e que aceite injunções externas para decidir de acordo com a pretensão do Governo e das transnacionais. Temer a pressão desses interessados sobre o Supremo e, pois, sobre a Magistratura Nacional por meio da súmula vinculante, é natural.” (LIMONGI, Celso L.; STEFANO, Cláudia. Breves anotações sobre a reforma do Judiciário. *In A Reforma do Poder Judiciário: Uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Campinas/SP, Millennium editora, p. 18).

mediante o qual se busca solucionar os problemas sociais de diversas ordens sem o acionamento do Estado. Daí falar-se em lei da favela, do tráfico, da cadeia.²⁴⁹

Ao tratar acerca desse contexto de crise, Hélio Bicudo assevera que as principais lacunas do Poder Judiciário não são de ordem apenas funcional, mas, sobretudo, de natureza moral. Desse modo, enquanto os que atuam no âmbito jurisdicional não forem capazes de discernir o que é certo e errado, justo e injusto, não se tornarão efetivamente independentes, sujeitando-se a ingerências políticas e, desse modo, afastando-se do ideal de justiça.²⁵⁰

Ao se resgatar, sob o ponto de vista histórico, os elementos que contribuíram para que o Poder Judiciário, comparativamente aos demais poderes, não se consolidasse, atingindo o nível de independência essencial à sua eficaz atuação, vislumbra-se que a trajetória republicana brasileira não criou a ambiência viabilizadora de um Judiciário robusto. Nesse sentido, desde a Proclamação da República, houve uma sucessão de governos fortes, alguns deles assumindo a feição efetivamente autoritária, a exemplo do ocorrido no regime militar, aspecto que foi preponderante para a tibieza do Judiciário.

251

É bem verdade que a Constituição de 1988 foi responsável por uma redefinição dos poderes estatais, superando o período que a antecedeu e consolidando a democracia; contudo, no que concerne especificamente ao Poder Judiciário, as disposições originariamente constantes no texto constitucional não foram suficientes para dotá-lo de estrutura necessária ao seu adequado funcionamento, tanto que, posteriormente, houve uma série de emendas constitucionais, muitas delas com o objetivo de provê-lo de mecanismos que melhorassem a sua atuação. Dada a relevância, recorre-se ao entendimento de Fernando Aurvalle²⁵² acerca do assunto:

²⁴⁹ TASSE, Adel El. **A crise no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 20.

²⁵⁰ BICUDO, Hélio. O desafio da Reforma do Poder Judiciário. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 26.

²⁵¹ Segundo Hélio Bicudo: “Por um desses absurdos inerentes a todo processo revolucionário, o Judiciário foi o único dos poderes do Estado que manteve uma estrutura praticamente inalterada: enquanto o Legislativo e o Executivo foram modificados – e, diga-se de passagem, nem sempre de maneira feliz – o Judiciário foi esquecido. Acusou o reflexo de tais transformações, sem ter colhido seus eventuais benefícios. E permaneceu como fôra concebido: para atuar dentro de um esquema menos ambicioso, de uma sociedade estável, onde valessem realmente os precedentes na apreciação dos casos levados à Justiça. Da caducidade dos conceitos anteriormente esposados é que surgiu, afinal, o evidente: uma extensa e profunda revisão, para que se possa, de novo, dar a cada um o que é seu. (*Ibidem*, p. 24).

²⁵² KREBES, Fernando Aurvalle. **A crise do Judiciário e a construção de um novo modelo**. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 117.

Este Poder ganhou novo figurino em 1988, contudo não foi suficiente para mudar seu modelo tecno-burocrático, tirando-o da crise que não começou hoje, e da qual não sairá enquanto não for capaz de modernizar-se para atender as exigências de um novo tempo, onde a sociedade, antes de ter um Judiciário voltado para a solução de conflitos eminentemente privados, clama por uma nova Justiça capaz de garantir o acesso ao Judiciário a todos os cidadãos e destinada a resolver os mega conflitos decorrentes de demandas que visam defender interesses difusos e coletivos, como os referentes ao meio ambiente, ao consumidor, ao cidadão e ao patrimônio público.

Destaque-se, por salutar, que o cenário de crise ora delineado, sob nenhum aspecto, pode negar a imprescindibilidade do Poder Judiciário para os sistemas jurídicos do Brasil e do mundo, em particular, para a consolidação do Estado de Direito e da Democracia.²⁵³ No entanto, o que se constata é a necessidade de o multireferido Poder se adequar às novas conjunturas, suplantando aspectos que o impedem de atuar de forma consentânea com o seu dever constitucional. Para melhor explicitar o que ora se afirma, passar-se-á a apresentar, no tópico seguinte, os modelos de Poder Judiciário elencados por Eugênio Raul Zaffaroni, na sua obra intitulada: “Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos”, a fim de que se possa constatar qual deles é o mais adequado para a estruturação desse Poder, assim como que instrumentos deveriam ser adotados para tal.

4.2.2 Os modelos de Poder Judiciário

Em conformidade com o raciocínio do autor citado supra, existem três modelos de Judiciário, quais sejam, empírico-primitivo, tecno-burocrático e democrático contemporâneo. O primeiro deles não leva em consideração o nível técnico dos magistrados para a sua escolha, de modo que a seleção é feita de forma absolutamente arbitrária; por conseguinte, a qualidade do serviço prestado é baixa, já que não há nenhuma garantia de que os que irão atuar estejam preparados tecnicamente. Outrossim, não há como se garantir a independência funcional dos magistrados, já que a escolha dos mesmos é tendenciosa, o que os torna vulneráveis a ingerências externas. Também não há uma ambiência propícia para que o controle de constitucionalidade se dê de forma ampla e regular, nem tampouco a segurança jurídica necessária à viabilização de investimentos financeiros que dependam do respaldo jurisdicional. Por fim, não há um

²⁵³ Nesse sentido, o modelo francês, que considera o Judiciário um mero serviço e não um poder, não serve de parâmetro para a problemática ora discutida, dadas as peculiaridades históricas deste país, que protagonizou um movimento revolucionário de inegável extensão, mediante a contraposição a uma série de instituições, dentre as quais o Poder Judiciário.

desenvolvimento adequado da ciência jurídica, na medida em que inexistente estímulo para tal. Como é perceptível, os elementos caracterizadores do modelo ora apresentado desnaturam o próprio Estado Democrático de Direito, sendo mais condizente com países autoritários ou dotados de democracias instáveis.²⁵⁴

Acrescente-se que o modelo-empírico primitivo tem como fonte inspiradora a estrutura consolidada nos Estados Unidos da América, na qual se constata um forte entrelaçamento entre o poder político e o Poder Judiciário, além do que se denomina de verticalização deste, por meio de uma nítida organização hierarquizada entre os órgãos de cúpula (a quem cabe, em regra, a palavra final) e de base. Nesse sentido, há uma facilitação do exercício de influência por parte dos detentores do poder, já que não necessitarão se relacionar com um número maior de magistrados distribuídos entre as inúmeras comarcas.²⁵⁵ Nesse contexto, não há como se vislumbrar a existência de um Judiciário independente.

O modelo tecno-burocrático, por sua vez, preza pela qualidade técnica dos que irão atuar no Judiciário, de modo que a seleção é realizada com base nesse critério, através de rigoroso concurso público, elemento que traz como consequência a melhoria da qualidade do serviço prestado, embora este esteja bastante atrelado a aspectos burocráticos. Relativamente ao perfil do juiz, há também uma tendência considerável à burocratização e à carreirização, o que tolhe a criatividade e a autonomia necessária ao adequado enfrentamento das questões postas à sua cognição. Sublinhe-se que o referido modelo propicia uma independência apenas externa do Judiciário, de modo que o controle de constitucionalidade terá uma incidência baixa. No que toca à segurança jurídica, indubitavelmente ela será superior ao modelo antes abordado, na medida em que a atuação dos magistrados se pautará nos parâmetros formalmente estabelecidos na legislação em vigor. Ante a vinculação aos aspectos burocráticos e técnicos, emerge que a produção científica, embora mais desenvolvida do que a do modelo anterior, não atinge um nível elevado, por tendencialmente ancorar-se nos “[...] métodos exegéticos e nos argumentos programáticos. [...]”²⁵⁶.

Algumas críticas são feitas ao modelo ora sob comento, sobretudo no que concerne à sua característica mais marcante, qual seja, a realização de concurso público para a seleção dos servidores, em especial dos magistrados. Embasa-se essa abordagem

²⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

²⁵⁵ TASSE, Adel El. **A crise no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 60.

²⁵⁶ ZAFFARONI, op. cit., p. 103.

na possibilidade de os certames serem viciados, impedindo a realização de uma identificação dos candidatos que efetivamente apresentarem melhor qualificação técnica.

Inegavelmente, a possibilidade acima narrada existe. No entanto, não deve servir de supedâneo para a substituição dessa forma de acesso ao Judiciário, já que se revela muito mais eficiente e democrática do que a realizada no modelo anterior. Nesse sentido, deve-se preservá-la, porém mediante o fortalecimento de mecanismos que garantam a lisura das seleções. Tratando acerca do assunto, aduz Adel El Tasse²⁵⁷: “O acesso inicial, no modelo tecno-burocrático, é perfeito, nos parecendo ser o mais apto a atender os reclames democráticos, permitindo àqueles que melhor preparo possuem para o exercício da função estatal da resolução de conflitos, o acesso à carreira.”

Outro aspecto apontado como potencialmente maculador do modelo tecno-burocrático é a carreirização. Ou seja, se no momento do ingresso há uma forma isenta de seleção, por meio da realização de concurso público, *a posteriori* os magistrados estariam sujeitos a uma gama de influências políticas, com vistas ao atingimento de uma ascensão funcional. Essa perspectiva seria extremamente desfavorável, posto que muitos juízes poderiam abandonar as suas convicções e senso de justiça, objetivando não ir de encontro às concepções dos que possuem influência e, desse modo, galgar uma melhor colocação pela aplicação do tão difundido critério de merecimento.

Objetivando atenuar o arriscado subjetivismo inegavelmente presente no critério anterior, desenvolveu-se paralelamente o mecanismo da ascensão funcional pela antiguidade. Esta, aferida de modo objetivamente discernível, qual seja, decurso de tempo, não é menos criticável do que o merecimento, pois desconsidera completamente a eficiência do magistrado, bem como o seu aprimoramento ao longo da carreira, como se o conhecimento jurídico demonstrado quando da aprovação na seleção de ingresso fosse uma credencial imutável da sua atuação, aspecto que destoa consideravelmente dos parâmetros estabelecidos pelo modelo tecno-burocrático.

Também pontuada negativamente neste modelo é a ausência de preocupação quanto à estrutura disponibilizada ao magistrado a fim de que possa desempenhar adequadamente o seu mister. Associado a este elemento, cite-se o elevado número de causas que ao mesmo cabe julgar em virtude do escasso quantitativo de magistrados. Estes elementos impedem uma análise mais apurada das questões judicializadas,

²⁵⁷ TASSE, Adel El. **A crise no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 63.

fragilizando as decisões, que estarão mais vulneráveis à interposição de recursos. Um outro efeito colateral de relevo atrelado a tal aspecto consiste na delegação da função de julgar a assessores, servidores que, muitas vezes, acabam exercendo a judicatura de maneira fática, sem ter sido aprovados no correspondente concurso público, ou seja, não possuindo a indispensável habilidade técnica, a qual, por óbvio, não se restringe à redação da decisão²⁵⁸, o que acaba por ferir o próprio princípio constitucional do juiz natural.²⁵⁹

Ao se delinear o modelo tecno-burocrático, vislumbra-se a sua compatibilidade com o Estado de Direito, mas na sua vertente legal e não constitucional, posto que a vinculação aos ditames prévia e estritamente estabelecidos em lei (no seu sentido estrito) nem sempre é suficiente para subsidiar a prolação de decisões justas e concretizadoras de direitos relevantes e albergados constitucionalmente. A ampliação das fontes normativas, assim como a abertura para a utilização dos princípios, são aspectos hoje considerados de extrema relevância para que os atos emanados do Poder Judiciário gozem não apenas de embasamento técnico, mas, especialmente, de legitimidade democrática. Daí porque o modelo ora analisado não se enquadra nos moldes do Estado Constitucional de Direito.

Por fim, o modelo democrático-contemporâneo avança em relação ao tecno-burocrático, pois, embora mantendo o critério técnico para o ingresso, preocupa-se com o desenvolvimento de mecanismos que viabilizem um controle mais apurado em relação à seleção, o que acentua a qualidade dos serviços prestados, haja vista a existência de um crivo mais específico em relação aos que passarão a integrar o Poder Judiciário²⁶⁰. Também integra o presente modelo a realização de um contínuo controle de constitucionalidade, aspecto que reforça a desvinculação do julgador à lei em sentido estrito, tornando-o menos burocrático e mais politizado. Descortina-se, também, uma maior independência, de modo que ela se apresenta tanto em um contexto interno quanto externo²⁶¹. Uma outra peculiaridade é a realização do controle de

²⁵⁸ TASSE, Adel El. **A crise no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 67.

²⁵⁹ De maneira ilustrativa, cite-se a Resolução nº 75/2009, do CNJ, que versa acerca dos critérios de recrutamento de magistrados.

²⁶⁰ Registre-se, por oportuno, que a criação da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - também se deu pela Emenda Constitucional nº 45, com vistas à viabilização do ingresso de membros mais bem preparados na Magistratura, não apenas sob o aspecto técnico, como também quanto à concepção política do Direito e à necessidade de concretização de valores inasfatáveis, como justiça, equidade e busca do bem comum. Pode-se, nesse sentido, afirmar, que o mencionado órgão, ao lado do CNJ, possui uma natureza nitidamente estratégica.

²⁶¹ Ou seja, uma independência entre os próprios órgãos do Poder Judiciário, não obstante permaneça existindo uma hierarquia, bem como entre o Poder ora sob comento e os demais Poderes.

constitucionalidade por um órgão cuja competência se estabelece de maneira dispersa, além do desenvolvimento mais amplo da cultura jurídica, dada a ambiência propícia para tal, principalmente ante o caráter pluralista da magistratura. Desse modo, propicia-se o fortalecimento tanto do Estado de Direito na sua vertente constitucional, quanto da democracia.²⁶²

Há de se considerar que o modelo sob enfoque ainda não foi definitivamente construído, pois as suas balizas estão sendo erguidas a partir da aferição das falhas dos demais modelos, tendo por alvo que, conforme afirmado alhures, possuem características incompatíveis com um Estado alicerçado nos princípios democráticos.²⁶³

Percebe-se, pois, que o modelo democrático-contemporâneo tem como premissa a superação da já mencionada verticalização do Poder Judiciário, não apenas no que tange ao ingresso, o que já vem sendo aplicado no modelo tecno-burocrático, mas também à ascensão funcional. Nesse sentido, segundo Adel El Tasse²⁶⁴: “Só existe um critério legítimo para a transferência e a promoção de um juiz: o conhecimento jurídico, sendo todo o restante – *merecimento, antiguidade* etc. – mecanismos, não assumidos, de atrelamento do Poder Judiciário aos interesses políticos.” (Grifos constantes no original).

Desse modo, havendo a realização de concurso para que os magistrados possam concorrer a posições mais vantajosas na carreira, estar-se-ia a considerar o critério inicialmente utilizado para o seu ingresso, qual seja, o conhecimento técnico. Este fator contribuiria enormemente para que houvesse a preocupação por parte deles em se manter continuamente atualizados, ocasionando a melhoria da qualidade da sua atuação e, ao mesmo tempo, tornando-se livres para julgar exclusiva e efetivamente de acordo com o seu convencimento, não estando vulneráveis a qualquer tipo de ingerência externa.

Destaque-se, ainda, outro aspecto de peculiar relevância para a elucidação dos caracteres deste modelo, que é o regime disciplinar. Tem-se visto que, na maioria dos países, as faltas cometidas pelos magistrados quando no exercício da judicatura são apuradas por órgãos compostos por membros da própria magistratura, circunstância esta que, por vezes, obsta a imposição das pertinentes sanções, ante a prevalência de pressões diversas oriundas, em particular, de uma notória mentalidade corporativista.

²⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 103.

²⁶³ TASSE, Adel El. **A crise no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 68.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 68.

Sob este ângulo, tem-se que o saneamento da problemática em realce se condiciona, em muito, à existência de uma instância própria vocacionada à apreciação da matéria disciplinar, cujos componentes não sejam apenas magistrados, como também representantes dos demais órgãos essenciais à justiça, tais como advogados e membros do Ministério Público²⁶⁵. Eis um dos motivos pelos quais se criou, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça. Além disso, bastante salutar é a publicização dos processos disciplinares, visto que toda a sociedade pode fiscalizar o seu trâmite e contribuir para a legitimidade e lisura do seu desfecho, já que é inegavelmente a principal interessada²⁶⁶.

Indubitavelmente, a atuação do órgão acima referido necessariamente se pauta em critérios objetivos e previamente definidos em lei, sob pena de realização de “julgamentos” políticos, fato que contribuiria não apenas para o tolhimento arbitrário da liberdade dos magistrados, já que estes estariam adstritos às diretrizes estabelecidas pelos membros da cúpula do Poder Judiciário e não aos estritos deveres funcionais, assim como seria abarcado pelo descrédito de que gozam hodiernamente as corregedorias judiciárias²⁶⁷.

Reportando-se à adoção dos modelos acima explicitados, Luiz Flávio Gomes preleciona que não se pode afirmar que algum país tenha adotado, de forma rígida, qualquer deles, de modo que, por haver a prevalência de certas características, é possível a realização do enquadramento. Exemplificando a assertiva, menciona que os países latino-americanos, os Estados Unidos e Cuba adotam o modelo empírico-primitivo; o Brasil, assim como o Japão, Alemanha, dentre outros, se enquadram na sistemática tecno-burocrata. E a França, não obstante se enquadre nesse modelo, possui caracteres nitidamente primitivos, o que se atribui à peculiaridade de lá o Judiciário não ser considerado um Poder.²⁶⁸

Trazendo a lume os aspectos que entende macularem o Poder Judiciário brasileiro, Aymoré Roque Pottes de Mello se reporta ao excesso de leis, assim como à

²⁶⁵ A exemplo, no Brasil, do Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e disciplinado pelo art. 103-B da Constituição Federal vigente.

²⁶⁶ TASSE, Adel El. **A crise no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 70.

²⁶⁷ Pedro Sérgio dos Santos considera a atuação das corregedorias emblemática da ausência de transparência do Poder Judiciário, na medida em que, segundo o autor, o corporativismo acaba por prevalecer, impedindo a aplicação de sanções adequadas às faltas cometidas, em uma atmosfera de muita discricão, diferentemente do que ocorre com o cidadão comum que, ao ser submetido a um julgamento, é exposto à natural publicidade processual. (SANTOS, Pedro Sérgio dos. *Alguns elementos históricos e filosóficos sobre o poder de julgar*. In: **A Reforma do Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 198.)

²⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

recalcitrância do poder público em cumprir a legislação em vigor, ao manejar os instrumentos jurisdicionais de forma absolutamente desarrazoada, contribuindo sobremaneira para o emperramento da máquina judiciária. Aliás, valendo-se de dados obtidos através da realização de pesquisa no âmbito do Poder Judiciário, o autor afirma que a fazenda pública é responsável por grande parte dos processos em trâmite no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.²⁶⁹

Associando-se aos aspectos já referidos, registre-se a imprescindibilidade de uma melhor estruturação do Poder Judiciário, tanto no aspecto físico, através da disponibilização de sedes e equipamentos adequados, assim como no aspecto humano, mediante o recrutamento de servidores em número suficiente para fazer frente às demandas. Acrescente-se que a remuneração condizente com a relevância da função exercida também se traduz em elemento essencial para uma eficaz atuação dos membros do Poder Judiciário.

Constata-se, de forma bastante clara, que o modelo de Poder Judiciário brasileiro é o tecno-burocrático, razão pela qual carece de uma abertura maior para adaptar-se à realidade que o circunda. No entanto, torna-se necessário o registro de que, na América Latina, o único país que se enquadra no referido modelo é o Brasil, enquanto todos os demais adotam o empírico-primitivo. Sob essa perspectiva, não obstante todas as lacunas apresentadas em sua modelagem funcional, há de se destacar que o Poder Judiciário brasileiro, quando comparado ao dos países vizinhos, é bem melhor estruturado, evidência esta que não supre a necessidade da consecução avanços em muitos aspectos, parte dos quais já foi contemplada pelas inovações da emenda constitucional nº 45/2004, nos termos das reflexões consignadas no tópico 4.2.4 deste capítulo.

4.2.3 As principais soluções apontadas para a superação das deficiências constatadas e a criação do CNJ

Indubitavelmente, as máculas historicamente presentes no Poder Judiciário brasileiro, conforme amplamente explanado no tópico 4.2.1 deste capítulo, suscitaram o

²⁶⁹ MELLO, Aymoré Pottes de. A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles de constitucionalidade brasileiro: as PEC's 500/97 (PEC 54/96-SF) e 517/97. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 75.

debate, sobretudo por parte dos juristas e políticos, acerca de quais caminhos deveriam ser percorridos a fim de que soluções fossem encontradas.

Resultou desse processo reflexivo a realização de reformas tópicas em alguns diplomas legais, a exemplo do Código de Processo Civil e Penal, além da criação de vários institutos processuais, no intuito de imprimir maior celeridade ao deslinde dos feitos submetidos ao Judiciário, viabilizando, por esta via, uma tutela jurisdicional materialmente efetiva.

Mencione-se, neste diapasão, a edição, na década de 1990, de um conjunto de leis que modificaram dispositivos do Código de Processo Civil. Paralelamente, em obediência ao comando constitucional, criou-se, no âmbito estadual, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, por intermédio da Lei 9.099, de 1995. Também foram apresentados ao Congresso Nacional, por parte do Executivo, vários projetos, sobretudo em 2000 e 2001, no sentido de reformar o Código de Processo Penal, de forma a adequá-lo às atuais demandas sociais. Acrescente-se, ainda, a implantação dos Juizados Especiais federais, instrumentalizada pela Lei 10.259/2001, além da apresentação à Câmara dos Deputados, pela Associação dos Juizes federais do Brasil, de projeto objetivando a implantação do processo judicial eletrônico.²⁷⁰

Anote-se que as iniciativas referidas supra, todas elas hodiernamente já concretizadas, foram responsáveis por uma melhoria considerável da atuação estatal no âmbito jurisdicional. Contudo, não foram suficientes para extirpar os vícios intrínsecos à estrutura funcional judiciária, razão pela qual o debate em torno de uma necessária reforma prosseguiu intensamente.

De forma emblemática, emergiu nesse cenário a Proposta de Emenda à Constituição nº 96-B, do deputado federal Hélio Bicudo, a qual terminou sendo alvejada por uma sucessão de emendas, o que evidenciou a dificuldade de se delimitar o modelo de Judiciário que se pretendia, bem como de se harmonizar a diversidade de concepções político-ideológicas.

Assevere-se, à luz do entendimento de Flávio Dino²⁷¹, que as propostas apresentadas podem ser enquadradas em duas vertentes inconfundíveis, uma de perspectiva racionalizadora e a outra democratizante. A primeira delas teve por escopo adequar o Poder Judiciário às novas demandas, decorrentes do fenômeno da

²⁷⁰ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 51-52.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 53.

globalização, o qual foi responsável pela modificação do próprio modelo vigente de Estado e das suas funções. Sendo assim, caberia ao Poder ora sob foco atuar estritamente na solução dos conflitos de interesses, tanto no âmbito cível quanto no criminal, além de instrumentalizar a concretização de direitos titularizados pela sociedade. Por conseguinte, não teria a incumbência de exercer o controle de constitucionalidade, nem tampouco de legalidade dos atos administrativos, subtraindo-lhe, similarmente, da atuação no que tange à tutela de direitos coletivos e difusos.

Aprofundando a temática, Flávio Dino aduz que “[...] o controle de constitucionalidade das leis e de legalidade dos atos governamentais, bem como a tutela de interesses coletivos e difusos, passam a ser vistas como riscos para o funcionamento estável e previsível do sistema econômico e do Governo.”²⁷²

Exemplificando o viés racionalizador das propostas, destaque-se a criação do instituto denominado de incidente de inconstitucionalidade, por meio do qual seria possível impedir a tramitação concomitante de várias ações versando acerca da constitucionalidade de leis federais, estaduais ou municipais, de modo que o STF poderia determinar a suspensão de todas as ações, proferindo decisão de efeito vinculativo. Frise-se, também, a institucionalização de súmula vinculante de maneira genérica, ou seja, oriunda de todos os tribunais, evitando-se a utilização de recursos quando já houvesse entendimento consolidado acerca da matéria.

Inegavelmente, a finalidade precípua do projeto racionalizador foi a concentração do poder nos órgãos de cúpula, de modo que houvesse um controle mais amplo em relação às decisões prolatadas pelos juízes singulares. Agregando-se a esta finalidade, buscou-se moralizar o Judiciário, prevendo-se a vedação da prática do nepotismo através da atuação do CNJ, órgão de controle externo, de modo que o corporativismo, presente nas corregedorias, pudesse ser extinto.

Já no que se refere ao viés democratizante das propostas, importa salientar que o mesmo se consubstancia na necessidade de garantia do acesso ao Poder Judiciário, na relação entre este Poder e os jurisdicionados, assim como na própria distribuição interna de poder. Para tanto, imprescindível seria uma reformulação da própria estrutura do Judiciário, conforme entende Flávio Dino, ao afirmar que:

²⁷² COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 54.

Estas alterações estruturais seriam destinadas a aumentar a permeabilidade social do Judiciário, diminuir a ingerência do Poder Executivo na seleção dos membros dos Tribunais, permitir a manutenção do pluralismo ideológico entre os juízes, amenizar a verticalização funcional no interior da magistratura e manter o livre acesso aos instrumentos de tutela de direitos constantes da Constituição de 1988, ampliando ao máximo as suas eficácias.²⁷³

É possível exemplificar tal diretriz por meio das propostas de publicização dos julgamentos realizados pelos Tribunais, inclusive os de caráter administrativo e disciplinar, bem como a possibilidade de os juízes de primeiro grau participarem de órgãos deliberativos dos Tribunais, além do órgão de controle externo.

Corroborando o acima exposto, Hélio Bicudo destaca que uma iniciativa imprescindível seria a aproximação dos magistrados da sociedade, a fim de que pudessem compreender quais são os seus reais anseios, reproduzindo esse entendimento nas sentenças, a fim de que elas assumissem uma feição de maior legitimidade e justiça. Para que tal desiderato pudesse ser atingido, aponta o autor a realização de uma reorganização da carreira do juiz, fixando-o por mais tempo na comarca onde atua.²⁷⁴

Acrescenta Hélio Bicudo, ainda sob a perspectiva democratizante, a necessidade de se promover uma reformulação na escolha dos magistrados que comporão os tribunais superiores, sobretudo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com vistas ao afastamento do aspecto político fortemente presente nesse contexto e, por conseguinte, à garantia da soberania do Poder Judiciário. Vislumbra também como imprescindível a questão da fiscalização que deve recair sobre o Judiciário como um ponto crucial, defendendo a participação do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil na seleção e vitaliciamento dos magistrados, assim como na instauração e trâmite dos processos atinentes a casos de corrupção.²⁷⁵

Prosseguindo com as suas considerações, o autor defende²⁷⁶ a extinção da Justiça Militar, da Justiça Federal de primeira instância, assim como reformulações na Justiça do Trabalho²⁷⁷, como aspectos fundamentais para a modernização do Poder Judiciário. Contudo, discorda veementemente da instituição da súmula vinculante, por considerá-la inconstitucional, por atentar contra a criatividade interpretativa do

²⁷³ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 56.

²⁷⁴ BICUDO, Hélio. O desafio da Reforma do Poder Judiciário. In: **A Reforma do Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 28.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 28.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 28.

²⁷⁷ De modo que a mesma se tornasse mais eficiente, a começar pela extinção dos juízes classistas.

magistrado, nesse ponto se distanciando do projeto racionalizador anteriormente abordado.

Reportando-se às propostas de soluções para as deficiências do Poder Judiciário, o magistrado André Vicente Pires Rosa²⁷⁸ não considera plausíveis dois pontos cruciais: o controle externo da magistratura e a súmula vinculante. No que tange ao primeiro, entende ser desnecessário, haja vista que as corregedorias já exercem a função de apurar o cometimento de faltas funcionais, aplicando, se necessário, as respectivas sanções. Aponta também que o argumento amplamente utilizado pelos defensores da necessidade de que exista um órgão para exercer especificamente tal mister, consistente na ausência de um controle efetivo por parte da sociedade em relação à atuação dos magistrados (já que estes não são eleitos através do voto) não se sustenta, pois, diferentemente do que ocorre nos demais Poderes, em que o controle se faz apenas por intermédio do voto, ou seja, de forma ulterior, não impedindo que o ato praticado surta efeito, no âmbito jurisdicional as partes e seus respectivos advogados podem controlar de forma direta os atos emanados dos magistrados, inclusive interpondo os recursos cabíveis. Nesse sentido, a existência de um controle externo em nada poderia contribuir para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário.

Assevera ainda o magistrado que as súmulas vinculantes, não obstante contribuam para a limitação da utilização dos recursos e, por conseguinte, para uma atuação mais célere do Judiciário, ensejam um efeito colateral absolutamente inconveniente, consistente na limitação da discussão de novas teses, já que os órgãos jurisdicionais teriam que, necessariamente, aplicar o entendimento sumulado, até que fosse suscitada e acolhida a revisão dos enunciados.²⁷⁹

Reportando-se à súmula vinculante, o também magistrado Aymoré Roque Pottes de Mello enfatiza que a mesma tem a potencialidade de extirpar a independência criativa dos juízes singulares, assim como dos órgãos colegiados de segundo grau, permitindo a consolidação do que denomina “poder supra-legislativo nos tribunais superiores”.²⁸⁰

Já na esfera das proposições, enfatiza André Vicente Pires Rosa que a relevante problemática da duração do processo, a qual, segundo entende, resulta muito menos da

²⁷⁸ ROSA, André Vicente Pires. Poder Judiciário: garantia e construção da cidadania. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.51.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 52.

²⁸⁰ MELLO, Aymoré Pottes de. A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles de constitucionalidade brasileiro: as PEC's 500/97 (PEC 54/96-SF) e 517/97. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 74.

conduta dos magistrados do que da atuação dos demais sujeitos do processo, exige uma reformulação profunda em relação aos procedimentos, especialmente no que concerne à quantidade de recursos, apontada como um aspecto que dificulta sobremaneira a entrega tempestiva da prestação jurisdicional. Acrescenta ainda que o número de magistrados atuantes deve ser ampliado, ante o considerável aumento das demandas, aspecto que exige uma discussão aprofundada e a adoção de medidas que contribuam para o aprimoramento da qualidade do ensino jurídico²⁸¹ no Brasil, na medida em que tal aspecto contribui diretamente para que os concursos públicos realizados para a seleção de magistrados não logrem êxito sob a perspectiva quantitativa.²⁸²

Reportando-se às soluções necessárias a uma prestação jurisdicional eficiente, Pedro Sérgio dos Santos enfatiza ser necessária a conjugação de esforços de diversas instituições, afirmando que uma reforma isolada do Poder Judiciário, sem o atingimento das demais fontes de produção normativa, seria inócua. Nesse sentido, através da fusão de uma série de fatores, dentre os quais se destaca o fortalecimento da democracia, a transitoriedade do exercício do poder, o rearranjo da formação dos tribunais e a melhor preparação dos magistrados, seria alcançável um modelo de Poder Judiciário compatível com as nuances sociais hodiernas, viabilizando o exercício da cidadania.²⁸³

4.2.4 Análise histórica da reforma do Judiciário e a criação do Conselho Nacional de Justiça

Preambularmente, faz-se imprescindível anotar uma breve retrospectiva histórica em face das reformas pontuais do Poder Judiciário que antecederam a sua ampla reordenação estrutural capitaneada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Ressalte-se, de início, que a nobre missão de dirimir os conflitos de interesse foi outorgada ao Poder Judiciário desde as primeiras constituições brasileiras, encargo este

²⁸¹ Ao discutir o assunto, Pedro Sérgio dos Santos preleciona: “Não há como se falar num novo Poder Judiciário, numa nova forma de se conceber a Justiça se não se pensar numa nova maneira de se formar os bacharéis e os juízes. Um poder judiciário diferente passa, necessariamente, por uma formação diferente, por um processo seletivo diferente deste que hoje estamos acostumados a ver, são concursos públicos que quase equivalem a um jogo de sorte e “azar”. (SANTOS, Pedro Sérgio dos. Alguns elementos históricos e filosóficos sobre o poder de julgar. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 195.)

²⁸² ROSA, André Vicente Pires. Poder Judiciário: garantia e construção da cidadania. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 52.

²⁸³ SANTOS, op. cit., p. 197-198.

que vem justificando a incisiva exigência de uma atuação diligente e imparcial.²⁸⁴ No entanto, ao longo dos anos, com a considerável ampliação das demandas, associada ao excessivo formalismo, o Judiciário foi deixando de cumprir o seu mister de maneira eficiente, principalmente em relação à tempestividade, o que conduziu à constatação de que uma ampla reforma seria imprescindível.

Nesse sentido, através da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, realizada em face da Constituição de 1969, objetivou-se imprimir maior celeridade à atuação jurisdicional. No entanto, o efeito foi exatamente o oposto, aprofundando-se a submissão do Judiciário ao poder político²⁸⁵, aspecto que inviabilizou a consecução da almejada atuação tempestiva.²⁸⁶

Posteriormente, mais uma tentativa de socializar a atuação do Poder Judiciário foi realizada. Desta feita, mediante a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Todavia, o objetivo também não foi alcançado, o que é corroborado pelas inúmeras e contínuas alterações feitas no texto constitucional, assim como pela intensa discussão que ocasionou a emblemática Emenda Constitucional nº 45/2004.

Desse modo, ante a insuficiência das medidas até então adotadas, começou-se a delinear uma reforma mais profunda do Poder Judiciário²⁸⁷ brasileiro, objetivando-se o suprimento das inúmeras lacunas que o inquinavam. Resultou das reflexões ora apresentadas a proposta apresentada pelo Executivo da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, a qual obteve aprovação e institucionalizou a ação declaratória de constitucionalidade, cuja propositura está adstrita à existência de controvérsia constitucional, ou seja, de decisões judiciais contraditórias acerca da consonância da legislação federal em relação ao texto constitucional. Como legitimados ativos foram designados as mesas da Câmara e do Senado, além do Procurador Geral da República.

²⁸⁴ PIMENTEL, Áurea Pereira. **A reforma da justiça na Emenda Constitucional 45/2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

²⁸⁵ Dada a sua inquestionável finalidade limitadora da liberdade de atuação do Poder Judiciário, a Emenda Constitucional nº 07/1977 foi bastante criticada, tendo sido nomeada de “Pacote de Abril”.

²⁸⁶ WHITAKER, Fernando. **O sistema constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 1995, 292.

²⁸⁷ Reconhecida como uma medida necessária em face da atuação cada vez mais ampla do Poder Judiciário, sobretudo na transição entre as décadas de 1980 e 1990, quando se proliferaram ações diretas de inconstitucionalidade, assim como demandas de cunho individual e coletivo acerca dos planos econômicos e das medidas de caráter fiscal e previdenciário adotadas, fatos que evidenciaram a consolidação de um Judiciário politicamente “impertinente”, já que aparentemente incontrolável. Nesse sentido, segundo José Adércio Leite Sampaio, as propostas de reforma objetivavam tratar de temas não contemplados na Constituição de 1988, tais como: “[...] a racionalização do sistema de fiscalização de constitucionalidade, a desoneração do Supremo Tribunal Federal de certas competências e a instituição de um controle externo que fizesse frente na independência do Poder, dizia-se, sem paralelo no direito comparado. (SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 105).

O supracitado mecanismo foi formulado como um instrumento de limitação do controle de constitucionalidade realizado difusamente, vedando a rediscussão da matéria após pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ao munir a decisão prolatada nesse contexto de caráter definitivo e efeito vinculante.²⁸⁸ Através desse instrumento tornou-se também possível “[...] inibir que os juízes, sobretudo mediante ações civis públicas interpostas pelo Ministério Público, passassem a deferir liminares contra o governo e a proferir decisões com eficácia *erga omnes* e efeito sobre todo o território nacional. [...]”²⁸⁹ (grifos constantes no original).

Posteriormente a essa primeira iniciativa, foi apresentada, em março de 1992, a proposta nº 96/1992, de autoria de Hélio Bicudo, cujo teor contemplava a adoção de medidas relativas à estrutura do Judiciário de ampla repercussão, consubstanciadas na eliminação da Justiça Federal de primeiro grau²⁹⁰, da Justiça Militar da União e Estados, como também da representação classista na primeira instância da Justiça do Trabalho. Ademais, tendo por alvo imprimir maior lisura aos processos de seleção de magistrados, previu a participação de membros do Ministério Público nos concursos públicos dessa natureza. Por fim, também contemplou a extinção da vitaliciedade no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.²⁹¹

Analisando-se, detidamente, a proposta do deputado Hélio Bicudo, tem-se como aspecto inovador a substituição do quinto pelo terço constitucional, de modo que os tribunais passariam a ser compostos, igualmente, por magistrados, advogados e membros do Ministério Público. A justificativa para a inovação seria a garantia do viés democrático, pois os representantes das três esferas passariam a assumir o mesmo peso no que concerne aos erros e acertos das decisões emanadas dos tribunais, superando-se

²⁸⁸ Admitindo, inclusive, a apresentação de reclamação para o STF na hipótese de desrespeito.

²⁸⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 105-106.

²⁹⁰ Externando posicionamento contrário à extinção da justiça federal de primeira instância, Fernando Aurvalle Krebs defende a federalização do Poder Judiciário, afirmando se tratar de medida que poderia contribuir enormemente para a superação de uma série de deficiências pelas quais passa o Poder Judiciário brasileiro, na medida em que viabilizaria a uniformização de entendimentos, de remuneração dos magistrados e da própria estrutura do mencionado Poder. Outrossim, dificultaria as ingerências indevidamente exercidas pelo poder político em relação à atuação dos magistrados, além de permitir a transferência de magistrados entre os estados, viabilizando o suprimento de necessidades mais urgentes. Ainda segundo o autor, tal iniciativa não implicaria em violação ao princípio federativo, posto que, quando a Constituição de 1988 deixou de contemplar a existência de uma justiça municipal, nenhuma voz se levantou em relação à possibilidade de transgressão ao referido princípio. (KREBS, Fernando Aurvalle. A crise do Judiciário e a construção de um novo modelo. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 125).

²⁹¹ SAMPAIO, op. cit., p. 106.

o entendimento tradicional de que a judicatura deve ser prioritariamente exercida por magistrados.²⁹²

Dando prosseguimento aos debates acerca da reforma do Poder Judiciário, o relator da proposta sob comento, o deputado Nelson Jobim, introduziu outros elementos, quais sejam, a súmula vinculante, a atribuição de efeito vinculativo às decisões prolatadas no contexto das ações diretas de inconstitucionalidade, assim como a matéria atinente à responsabilização dos membros da magistratura.²⁹³

Segundo Dalmo de Abreu Dallari²⁹⁴, a inserção de temas não contemplados na versão originária da proposta consistiu em manobra política, por meio da qual o governo tentou disfarçar o seu intento de propor uma profunda reformulação na estrutura do Poder Judiciário, viabilizando uma maior concentração de poder nos órgãos de cúpula. Desse modo, tratar-se-ia de um novo projeto e não simplesmente de um aditivo ao anterior, o que evitaria a realização de uma discussão autônoma apenas acerca dos novos temas apresentados e, por conseguinte, a possibilidade de sua não aprovação, ante a inconstitucionalidade de vários dos seus pontos.

Também se reportando à já mencionada emenda substitutiva, Jarbas Lima a entende como eivada de inconstitucionalidade formal, pois, ao extrapolar as propostas inicialmente apresentadas, estaria a ferir o art. 118, *caput*, e § 4º, o art. 32, III, “a” e “b”, c/c os arts. 138, § 4º e 139, II, “c” todos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, além de ferir as cláusulas pétreas consubstanciadas no art. 60, § 4º, I, III, IV e art. 5º da Constituição Federal.²⁹⁵

No que concerne às inovações propostas quanto à magistratura, ressalte-se que a proposta pressupunha a criação do Conselho Nacional de Justiça dotado de natureza tanto administrativa quanto jurisdicional. Desse modo, os juízes estariam sujeitos a um julgamento de duplo efeito, porém realizado pelo mesmo órgão, elemento que ensejou críticas, pois, a princípio, estar-se-ia violando os “[...] princípios do juiz natural, do devido processo legal de ampla cognição e do duplo grau de jurisdição (art. 93, inc. X, c/c o art. 95, inc. I, e art. 108, § 6º, inc. IV, do Substitutivo), criando uma aberrante

²⁹² KREBS, Fernando Aurvalle. A crise do Judiciário e a construção de um novo modelo. In: **A Reforma do Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 120-121.

²⁹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 107.

²⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Apresentação: A hora do Judiciário. In: **A Reforma do Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 101.

²⁹⁵ LIMA, Jarbas. A reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados. In **A reforma do Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 129.

deformidade orgânica no sistema funcional e modelo judiciário brasileiro.”²⁹⁶ Ainda se consignou na proposta sob foco a supressão da exigência do cumprimento de requisitos para a promoção dos magistrados (art. 93, II), ponto de duvidosa idoneidade, por retirar do processo de carreirização vertical critérios objetivos, podendo torná-lo um instrumento de dominação e arbitrariedades.

Também foram incluídas no rol das alterações a exigência de aprovação dos magistrados em curso oficial para obtenção da prerrogativa do vitaliciamento; a redução do escore para a aprovação de remoção dos magistrados; a modificação do conceito de vitaliciedade, consistindo na possibilidade de o magistrado perder o cargo mediante decisão emanada do Conselho Nacional de Justiça ou do Tribunal ao qual estivesse vinculado, em processo disciplinar instaurado²⁹⁷; a possibilidade de responsabilização criminal dos magistrados que desobedecessem, reiteradamente, às diretrizes emanadas das súmulas com efeito vinculante ou às decisões do STF dotadas de efeito vinculativo²⁹⁸; a atribuição de caráter vinculante e *erga omnes* às decisões de mérito emanadas do STF em controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado²⁹⁹; a prerrogativa dada ao STF de avocar questões constitucionais incidentes para ser objeto de controle direto, além da possibilidade de, nas ações declaratórias de inconstitucionalidade, as decisões possuírem efeito diferido.³⁰⁰

Ante a não aprovação da proposta nos moldes delineados supra, criou-se, na Câmara dos Deputados, uma Comissão Especial com a competência de analisar a PEC nº 96/122, à qual se agregou a proposta apresentada pelo deputado José Genoíno, de nº 112/1995, contendo esta a previsão de controle externo do Poder Judiciário.

Segundo Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes³⁰¹, para que os elementos contidos nas propostas mencionadas pudessem ser viabilizados, foram realizadas discussões em sessões e audiências públicas, sucedidas da elaboração de um relatório que contemplou a institucionalização das súmulas vinculantes e do Conselho

²⁹⁶ LIMA, Jarbas. A reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados. In **A reforma do Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 137.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 140.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 141.

²⁹⁹ De acordo com Celso L. Limongi e Cláudia Stefano, a atribuição de efeito vinculativo e *erga omnes* às decisões do STF implica em um retorno à época das Ordenações Filipinas, em que as Casas de Suplicação de Lisboa possuíam a prerrogativa de realizar interpretações acerca das ordenações. (LIMONGI, Celso Luiz; STEFANO, Cláudia. Breves Anotações sobre a Reforma do Judiciário. In **A Reforma do Poder Judiciário: Uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. Campinas/SP: Millennium, 2006, p. 16).

³⁰⁰ LIMA, op. cit., p. 149.

³⁰¹ SADEK, Maria Tereza A.; ARANTES, Rogério Bastos. Introdução. In: SADEK, Maria Tereza O. (Org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 10.

Nacional de Justiça, a retirada do poder normativo da Justiça do Trabalho, além de reformulações no regime dos precatórios. Ante a inexistência de consenso, o relatório sequer foi objeto de votação.

A necessidade de reforma mais uma vez voltou a figurar na pauta de discussões em 1999, ante a insatisfação governamental com a atuação do Poder Judiciário. Nessa ambiência, foram aprovadas as leis 9.868 e 9.882, as quais disciplinaram a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Indiscutivelmente, o intuito agora foi o de estabelecer parâmetros para a realização do controle abstrato de constitucionalidade, atribuindo às decisões tomadas no seu contexto eficácia *erga omnes* e efeito vinculativo. Previu-se, também, a criação da figura do *amicus curie*³⁰², assim como admitiu-se a possibilidade de que o objeto das referidas ações pudesse ser amplamente debatido através de audiências públicas.

Paralelamente, por insistência do deputado Antônio Carlos Magalhães, foi instaurada a CPI do Poder Judiciário, não obstante a existência de várias vezes dissidentes³⁰³, tendo a mesma culminado na publicização de uma série de fragilidades do citado Poder, dentre as quais a nefasta prática da “venda” de sentenças³⁰⁴.

A *posteriori*, formou-se a Comissão Especial para a análise da PEC nº 96/1992, cuja relatoria foi atribuída a Aloysio Nunes Ferreira. Após amplo debate, com participação, dentre outras autoridades, de membros do Ministério Público, de sindicatos e do Poder Judiciário, foi elaborado um relatório dotado de forte viés centralizante, pois “[...] não apenas criava um órgão de controle externo do Judiciário, como previa a súmula vinculante, o incidente de inconstitucionalidade, de arguição de

³⁰² Expressão que, em tradução livre, significa amigo da corte. Trata-se de instituto consistente na intervenção assistencial em ações atinentes ao controle de constitucionalidade, mediante o qual, entidades representativas de classe podem contribuir para o debate, mesmo que não na condição de parte, trazendo elementos informativos elucidativos de temas polêmicos e que exigem conhecimento específico.

³⁰³ Cite-se, ilustrativamente, o entendimento do presidente do STF à época, o ministro Carlos Velloso, para o qual a Comissão Parlamentar de Inquérito prestava um desserviço ao País. (SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 110).

³⁰⁴ Inclusive, como resultado desta CPI, foi possível o ajuizamento de ação criminal com o objetivo de responsabilizar o juiz Nicolau dos Santos Neto, o qual cometeu uma série de crimes no contexto da construção do fórum trabalhista de São Paulo na década de 1990, sendo ao final condenado ao cumprimento de penas que, somadas, chegaram a 48 anos de prisão. No dia 03 de junho de 2014 o ex-juiz foi beneficiado com o instituto do indulto pleno, que extinguiu a sua pena. (**Ex-juiz Nicolau dos Santos Neto deixa a prisão**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/ex-juiz-nicolau-dos-santos-neto-deixa-prisao-12701922>. Acesso em 04/06/2014).

relevância no recurso extraordinário e o fim da Justiça do Trabalho. [...]”³⁰⁵ No entanto, mais uma vez, em virtude de ferrenhas críticas feitas ao projeto, não houve votação.

Retomadas as discussões, o relator, Aloysio Nunes, em virtude de ter assumido a secretaria-geral da Presidência da República, foi substituído pela deputada Zulaiê Cobra, o que resultou na elaboração de um relatório contemplativo, prioritariamente, da responsabilidade de magistrados e membros do Ministério Público, o que naturalmente ensejou discordâncias. Recuando, a relatora apresentou, *a posteriori*, um outro relatório, contendo: “[...] o efeito vinculante apenas para a ação direta de constitucionalidade, substituindo a súmula vinculante por outra dita impeditiva de recurso, mantendo a arguição de relevância, o Conselho Nacional de Justiça, mais outro do Ministério Público, e nada falando do incidente de inconstitucionalidade. [...]”³⁰⁶. Ao referido projeto foram acrescidos, por intermédio de emenda apresentada pelo deputado Fleury Filho, a súmula vinculante e o incidente de inconstitucionalidade, tendo sido aprovado pela Comissão e depois submetido à votação.

Destaque-se que, no início do ano 2000, os debates foram retomados, tendo sido o projeto aprovado em junho do mesmo ano, contemplando, dentre outros pontos, a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho do Ministério Público³⁰⁷.

Já no âmbito do Senado, a tramitação foi mais rápida, tanto porque, em um primeiro momento, o presidente do STF cedeu às pressões políticas, em virtude do enorme desgaste do Poder Judiciário, tendo concordado com praticamente todos os itens da proposta, à exceção da institucionalização do controle externo, quanto em virtude de o seu substituto, o ministro Nelson Jobim, coadunar-se com as ideias então defendidas, inclusive no que toca ao controle externo.

Ressalte-se que foram apresentadas e discutidas 17 (dezessete) propostas, que foram convertidas em 04 (quatro) após a realização de 14 (quatorze) audiências públicas, sendo que duas permaneceram em discussão, quais sejam, a 26/2004 (pertinente ao parcelamento dos precatórios em até sessenta vezes) e a 27/2004 (relativa à autorização dada ao legislador para a criação de juizados de instrução criminal para as infrações penais nela definidas).³⁰⁸

³⁰⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 108.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 109.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 109.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 111.

Finalmente, a aprovação da proposta nº 29/2000 foi instrumentalizada pela Emenda Constitucional nº 45, sendo esta responsável por modificações profundas no Poder Judiciário do Brasil, consistentes na criação do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e da súmula vinculante; atribuição de eficácia vinculante às decisões transitadas em julgado prolatadas no contexto das ações diretas de constitucionalidade; deslocamento da competência do STF para o STJ em relação à homologação de sentença estrangeira e *exequatur* às cartas precatórias; definição da aferição da repercussão como pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário; a extinção do recesso nos tribunais; a distribuição *incontinenti* de processos; a criação do incidente de deslocamento da competência para a justiça federal dos processos relativos a crimes praticados contra os direitos humanos; a previsão de criação, pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, de projetos de Justiça Itinerante e turmas descentralizadas; reforço do controle interno, por meio da atribuição de competência correicional ao Conselho de Justiça Federal e criação do Conselho da Justiça do Trabalho; ampliação da competência da Justiça do Trabalho; criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, objetivando-se a formação continuada dos juízes.³⁰⁹

De todas as alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 45, destaca-se a criação do Conselho Nacional de Justiça, por consistir no cerne do presente trabalho. Nesse sentido, não obstante as inúmeras polêmicas envolvendo a institucionalização, formatação e funções do referido órgão, é inegável que foi contemplado no texto constitucional ante a constatação de que o Judiciário necessitava dispor de um instrumento de planejamento estratégico e que também pudesse realizar um controle externo, dadas as suas peculiaridades sistemáticas.

No entanto, relativamente ao exercício do seu poder regulamentar, ainda não há um entendimento consolidado, pois pairam dúvidas quanto à sua limitação e embasamento constitucionais, as quais serão adiante dirimidas.

³⁰⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 111-113.

5 OS CONSELHO DE JUSTIÇA NO DIREITO COMPARADO

O presente capítulo tem por escopo abordar os Conselhos de Justiça no Direito Comparado, procedendo à sua caracterização, especificando as suas funções e composição.

A presente abordagem se apresenta como de peculiar relevância, por propiciar uma análise comparativa entre os fatores que ensejaram a instituição dos órgãos e a escolha dos modelos no contexto de diversos países, contribuindo para o delineamento da peculiar estrutura do Conselho Nacional de Justiça brasileiro.

5.1 ABORDAGEM INTRODUTÓRIA

Não obstante a criação de Conselhos Superiores de Justiça geralmente tenha por escopo a garantia da independência do Poder Judiciário³¹⁰ a partir da sua desvinculação dos demais Poderes³¹¹, notadamente do Poder Executivo, não se pode afirmar que nos países onde tal órgão não figure entre as instituições vigentes a dita independência seja inatingível. O contrário também não se sustenta.

Nessa esteira, é perfeitamente possível que haja previsão constitucional de garantia de independência do Judiciário sob os aspectos orgânico, orçamentário e administrativo sem a designação de um órgão específico para viabilizá-la. Exemplificando tal assertiva, cite-se a situação do Chile, país no qual o ingresso na magistratura se dá atualmente através de concurso público, sendo que a formação dos magistrados iniciantes, o aperfeiçoamento dos juízes mais antigos e demais servidores do Poder Judiciário, assim como a preparação dos julgadores que irão compor a Corte de Apelação³¹² ocorre por intermédio da atuação da Academia Judicial, uma instituição

³¹⁰ Muito embora, no Brasil, a necessidade de criação do CNJ tenha sido absolutamente contrária, com vistas ao planejamento estratégico e à limitação da liberdade de que sempre gozou o Judiciário e, por conseguinte, os seus representantes (magistrados), o que acabou acarretando uma série de problemas, que já amplamente caracterizados no primeiro capítulo.

³¹¹ Embora concordando que a origem dos Conselhos está atrelada à desvinculação entre o Judiciário e o Executivo, Flávio Dino entende que também consiste em uma de suas missões a condução da responsabilização disciplinar dos magistrados, afirmando possuírem tais órgãos natureza dúplice, ou seja, de governo (gestão administrativa) e de controle. (COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 85).

³¹² Embora não existindo um Conselho de Justiça nos moldes tradicionais, pode-se afirmar que o Judiciário goza de independência no Chile.

de natureza pública instituída em 1994 por lei, cuja atuação é supervisionada pela Corte Suprema e composta por:³¹³

[...] nove pessoas, incluindo o presidente da Corte Suprema, o ministro de Justiça, um ministro da Corte Suprema, por ela eleito, um fiscal judicial da Corte Suprema, um ministro da Corte de Apelações, eleito pelos membros dos juízes de segunda categoria, um membro da segunda categoria da instância inicial do Poder Judiciário, eleito pela associação gremista de caráter nacional que reúna o maior número de integrantes da referida instância, um representante das associações gremistas de advogados existentes no País, eleito por seus presidentes, entre eles, e mais dois acadêmicos com mais de cinco anos de docência universitária, designados pelo presidente da República, com aquiescência do Senado.

Outros países, a exemplo da Grécia, Áustria e Austrália não são dotados de Conselho de Justiça, porém, diferentemente da realidade chilena, há uma ampla imbricação entre os Poderes Judiciário e Executivo, principalmente em relação à seleção dos que irão atuar na judicatura, sendo que o Chefe daquele Poder é geralmente o titular da última palavra em relação às nomeações³¹⁴. O caso da Austrália chama a atenção, dada a peculiaridade de os juízes, tanto federais quanto estaduais, serem recrutados pelo Executivo, sem consulta a qualquer outro órgão, além de não haver independência em relação à proposta de orçamento e sua respectiva execução.

Merece também ser destacado o modelo adotado nos Estados Unidos da América, em cuja estrutura também não há um Conselho de Justiça, vislumbrando-se uma ingerência do Poder Executivo em detrimento do Judiciário, especialmente quanto à escolha dos membros deste.

Conforme afirmado anteriormente, os países que adotam um Conselho Nacional em regra o fazem para garantir ao Judiciário uma atuação independente. Nesta senda, em virtude das características próprias de cada país, tem-se uma variação muito grande de modelos de Conselho, tanto em relação à sua nomenclatura quanto à sua composição, funções e natureza jurídica. Quanto a esta, o órgão pode assumir a feição de:

[...] órgão auxiliar do presidente da República, como na França e na Grécia, ou do chefe do Poder Executivo em boa parte dos países árabes; do Judiciário, a exemplo das Ilhas Maurício e do México; especialmente ligado à Suprema Corte na Costa Rica e no Panamá; como instituição independente ou autônoma na Argentina, Brasil, El Salvador, Equador e Peru; situado fora

³¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 162/163.

³¹⁴ Cite-se também Luxemburgo, Noruega, República Tcheca, Índia, Inglaterra, Japão, dentre outros, como países que também não possuem Conselhos de Justiça e apresentam um Judiciário dependente do Executivo, mesmo que relativamente.

dos três poderes na Albânia e na Eslovênia; de natureza constitucional na Argentina, Brasil, Espanha, Equador, França, Itália e em quase todos os países africanos; ou meramente legal, lembrando-se da Costa Rica, da Jordânia, da Líbia e do Panamá.³¹⁵

Manifestando-se sobre o assunto, Ilton Norberto Filho aduz que, a depender da realidade de cada país, há muitas variantes em relação ao modelo, atribuições e composição do órgão, aspectos que são diretamente influenciados pelas relações políticas e institucionais dos poderes estatais mediados pela Constituição, pela lei e pelos costumes³¹⁶.

Em virtude de a simples existência de um Conselho de Justiça não ser suficiente para a garantia da ausência de interferência dos demais Poderes em face do Judiciário, percebe-se que a limitação da autonomia deste é instrumentalizada, em grande parte, através da própria formação do órgão, que acaba resultando da manifestação de interesses principalmente dos membros do Poder Executivo. Para ilustrar o que ora se afirma, cite-se a situação da Arábia Saudita, da França, da Polônia e do Sri Lanka, países em que a composição integral do Conselho resulta do exercício volitivo dos integrantes do Executivo³¹⁷.

Um outro elemento definidor da efetiva contribuição do Conselho para a independência do Judiciário diz respeito ao aspecto orçamentário, posto que, caso se atribua ao Executivo as funções de iniciativa do projeto, assim como de execução das verbas orçadas, não se vislumbra a possibilidade de consolidação de uma atuação jurisdicional livre. Há de se mencionar que na Argentina, Bolívia, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Islândia, Noruega, Sudão, Suécia e Taiwan, as prerrogativas tanto de proposição quanto de efetivação orçamentárias ficam a cargo do órgão, realidade que excepciona a regra da maioria dos países, em que tais iniciativas são titularizadas pelo Executivo (chefe de governo e ministro da Justiça)³¹⁸.

Quanto à vinculação administrativa das Supremas Cortes ou Cortes de Cassação aos Conselhos, constata-se que na maioria dos países ela é inexistente. No entanto, na França, Itália, República do Congo Oriental, Seicheles e Senegal há uma ampla subordinação, diferentemente do ocorrido no Canadá, Dinamarca, Noruega, Espanha e Portugal, em que a relação é apenas parcial, respectivamente em relação à comissão de

³¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 170.

³¹⁶ FILHO, Ilton Norberto Robl. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156.

³¹⁷ SAMPAIO, op. cit., p. 170.

³¹⁸ SAMPAIO, op. cit., p. 171.

salários, à Comissão Independente de Administração, designação dos candidatos e nomeação dos juizes da Corte para o Conselho (realidade comum a Portugal e Espanha)³¹⁹.

Relativamente à composição, há uma enorme variação quanto ao número de membros, à extensão do mandato (admitindo-se ou não a recondução), assim como à sua nomeação e procedência (se apenas integrantes do Judiciário ou também representantes de outros órgãos e/ou exercentes de outras funções³²⁰). No que tange a este último aspecto, tem-se que a maioria dos países adota a composição dos seus Conselhos majoritariamente por membros do Poder Judiciário, com exclusão de Andorra, Argentina, Bolívia, El Salvador, Emirados Árabes, Paraguai, Peru, Portugal e República Dominicana, em que os mesmos são minoria; e Canadá, Colômbia, Egito e Grécia, em que são exclusivos³²¹.

Interessante questão norteia a adoção dos critérios de escolha dos membros do Conselho da Bélgica, em que se garante a representatividade de comunidades linguísticas e das mulheres³²². Já na Bósnia, garante-se a posição de um estrangeiro, além do cuidado em se garantir, de maneira proporcional à população do país, a representatividade entre homens e mulheres. No Chipre, garante-se a representação proporcional entre turcos e gregos.³²³

Um ponto de extrema relevância diz respeito às funções estabelecidas para os Conselhos de Justiça, constatando-se que, enquanto alguns países adotam uma concepção ampliativa, outros restringem as atribuições do órgão.

Dissertando acerca do assunto, José Adércio Leite Sampaio³²⁴ preleciona que os Conselhos poderão exercer funções primárias, consistindo estas na condução ou auxílio dos processos seletivos, assim como na atuação em processos disciplinares; atuar no âmbito orçamentário, tanto na discussão acerca da destinação das verbas, quanto na sua efetiva aplicação; assumir funções administrativas, com vistas a contribuir para a otimização da atuação do Poder Judiciário, sobretudo em relação ao aspecto temporal, mediante a fiscalização da atuação dos seus membros; editar regulamentos, que

³¹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 171.

³²⁰ A exemplo do membro do Ministério Público, Presidente da República, rei ou representante, ministro da justiça, advogados, professores de Direito, dentre outros.

³²¹ SAMPAIO, op. cit., p. 172.

³²² Os 44 membros são divididos em dois colégios, um de língua holandesa e outro de língua francesa, sendo que cada um deles contém 11 membros magistrados e 11 não magistrados.

³²³ SAMPAIO, op. cit., p. 173.

³²⁴ SAMPAIO, op. cit., p. 173.

viabilizem a sua atuação e, por fim, atuar na seleção dos membros do Poder Judiciário, na sua capacitação, além de organizar, sob o aspecto estrutural, as sedes do Poder Judiciário.

Na maioria dos países, nem todos os papéis acima elencados são inerentes aos seus respectivos Conselhos, adotando-se um ou alguns deles de maneira mais enfática, de forma que ora se sobressai o aspecto propositivo, ora o disciplinar, ora o regulamentar, etc.

Exemplificativamente, França, Itália e Portugal possuem Conselhos com funções mais restritas, de modo que atuam apenas na indicação de nomes para a assunção de cargos, além da aplicação de sanções disciplinares. Já na Bélgica não se fala em atuação do órgão neste último aspecto. A realidade constatada nesses países ensejou a formatação de dois distintos modelos, quais sejam: o nórdico-europeu e o latino-europeu, os quais serão adiante tratados³²⁵.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça possui atribuições não tão amplas, concentrando-se, especificamente, no exercício de controle acerca dos atos dos magistrados, atuando, desse modo, nos processos disciplinares, além de pensar as estratégias a serem concretizadas para a superação das lacunas identificadas no contexto do Judiciário, elaborar relatórios diagnósticos e editar os atos regulamentares necessários à viabilização do seu dever constitucional. Frise-se que a seleção e capacitação dos magistrados não são desenvolvidas pelo órgão.

5.2 OS MODELOS DE CONSELHOS DE JUSTIÇA

Antes de se principiar a análise dos dois grandes modelos de Conselhos de Justiça, quais sejam, o Latino-Europeu e o Nórdico-Europeu, realizar-se-á uma sucinta abordagem histórica acerca da origem dos Conselhos de Justiça.

Nesse sentido, para que se possa compreender adequadamente a consolidação dos órgãos suso referidos, imprescindível se faz a realização de uma abordagem retrospectiva da trajetória do Judiciário na França e Itália, cuja realidade atual sinaliza para a afirmação da sua independência.

Conforme já se teve a oportunidade de afirmar no tópico 3.1 do capítulo 3, o princípio da tripartição de poderes, desenhado por Montesquieu e reinterpretado por

³²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 173/174.

John Locke, no contexto da Revolução Francesa, em 1789, elevou o Poder Legislativo à condição de supremacia, de modo que o Judiciário foi relegado a uma mera função, totalmente atrelado à atuação legiferante, tanto que, por exemplo, havendo dúvidas em relação ao modo de interpretar as leis, deveria ser acionado o Legislativo, a fim de que a vontade do legislador pudesse ser esclarecida. Nesse sentido, é simples concluir que ao juiz caberia pura e simplesmente concretizar, com um grau mínimo ou até nulo de liberdade interpretativa, a vontade da lei.

Como decorrência desta realidade, cite-se também o fato de os magistrados serem tratados como agentes públicos, submetidos a eleições e com mandatos temporários, além de não poder exercer qualquer tipo de controle sobre a atuação do Poder Executivo.

Não obstante a incipiência da atuação da magistratura, cuja limitação decorreu da superação revolucionária do Antigo Regime, ao qual o Judiciário servira, a Lei francesa de 16 de agosto de 1790, além das Constituições de 1791 e 1795, garantiram a sua inamovibilidade, assim como a do *parquet*.

Evolutivamente falando, a partir da Constituição napoleônica de 1799, uma série de prerrogativas foram atribuídas aos juízes, como também mudanças estruturais ocorreram em relação ao Poder Judiciário, tendo aqueles sido equiparados a funcionários públicos, “[...] ainda que submetidos hierarquicamente ao ministro da Justiça; depois, transformaram a Corte de Cassação em órgão da cúpula judiciária com o objetivo de uniformizar a interpretação das leis e continuar a exercer a função disciplinar [...]”³²⁶.

As mudanças implementadas na França acabaram inspirando a adoção de medidas na Itália, de forma que, em 1817, uma lei aprovada em Nápoles instituía o processo seletivo para ingresso no Judiciário, garantindo a estabilidade no cargo de juiz após três anos de atuação; o poder disciplinar foi atribuído, de forma compartilhada, entre o ministro da Justiça e um tribunal superior.

Desta feita, o sistema francês passou também a adotar a estabilidade dos magistrados, sendo esta contemplada no texto da Constituição de 1848. Contudo, foi na Itália que, em 1865, através de um decreto, criou-se a intitulada Comissão de Justiça, com a finalidade de auxiliar o Poder Executivo na condução da atuação judiciária, instituição que é emblematicamente reconhecida como inspiradora da implementação, a

³²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 179.

posteriori, de um órgão com funções mais amplas e limitadoras da ingerência do Executivo sobre o Judiciário.

Inegavelmente, sob uma perspectiva histórica, não se admitiria um retrocesso no que concerne à independência do Judiciário e às garantias dos juízes, de modo que na França, em 1833, por intermédio da Lei de 31 de outubro, a Corte de Cassação recebeu a incumbência de atuar como um Conselho da Magistratura, com a atribuição de exercer um controle disciplinar sobre a atuação dos magistrados.

Já na Itália, no mesmo ano (1883), foi finalmente aprovada a Lei de Orlando, responsável pela criação do Conselho da Magistratura, o qual atuaria de forma consultiva nos processos de seleção de juízes, assim como nas hipóteses de promoção e remoção. A estruturação do órgão abrangia “[...] o primeiro presidente da Corte de Cassação de Roma, o procurador-geral perante essa Corte, mais seis conselheiros ou três procuradores-gerais adjuntos também atuantes na Corte, além de nove membros, eleitos pelo colégio de juízes e pelo Ministério Público e indicados pelo ministro por decreto real.³²⁷”

A Constituição francesa de 1946 instituiu o Conselho Superior da Magistratura³²⁸, com a peculiaridade de ser reconhecido como um órgão autônomo e afeto à viabilização da autonomia do Poder Judiciário, atuando não apenas no recrutamento dos juízes, mas também no aspecto disciplinar. Contudo, paradoxalmente, a sua composição não seria adequada ao desenvolvimento a contento do seu mister, posto que o presidente da República e o ministro da Justiça eram, respectivamente, o seu presidente e vice, além de seis membros escolhidos pela Assembleia Nacional, “[...] quatro juízes eleitos pelos seus pares e outros dois designados pelo presidente.³²⁹”

Em 1946 também foi constitucionalmente contemplado na Itália um Conselho Superior da Magistratura, nos mesmos moldes do francês, inclusive quanto à missão de garantir a Independência do Judiciário, bem como no que se refere à sua composição.

Posteriormente às iniciativas acima delineadas, uma série de mudanças ocorreu em relação aos Conselhos. Contudo, não se pode negar que a disseminação desses órgãos pelos diversos países do mundo teve como mola propulsora a experiência vivenciada pela França e Itália.

³²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 180.

³²⁸ Tendo sido mantido pela Constituição de 1958 e pela reforma constitucional de 2008. (FILHO, Ilton Norberto Robl. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158).

³²⁹ SAMPAIO, op. cit., p. 181.

A partir das experiências anteriormente retratadas, destacar-se-á, a princípio, o modelo latino-europeu, de influência franco-italiana. Como principal característica do sistema sob foco tem-se a existência de uma imbricação considerável entre os Poderes Executivo e Judiciário, havendo uma preocupação mais acentuada no estabelecimento de regras disciplinadoras da forma de ingresso dos magistrados nos quadros deste Poder, além da atuação no âmbito disciplinar. Adotam-no os seguintes países: França, Itália, Espanha, Portugal, Bélgica, Turquia e Andorra, além dos que foram por ele influenciados, introduzindo apenas de modo parcial as suas regras, a exemplo da Hungria, Rússia, Ucrânia, e outros Estados da Europa Ocidental e da África.

Para que se possa compreender o modelo latino-europeu, serão apresentadas as maneiras como alguns países o implementaram. Nesse sentido, na França, não obstante desde a Constituição de 1946 o *Conseil Supérieur de la Magistrature* ter figurado como instituição que tinha por alvo garantir a autonomia do Judiciário e ter sido mais uma vez previsto no Texto Gaullista de 1958, apenas em 1993 começou a ser reformulado de maneira mais profunda.³³⁰

Abordando-se historicamente a questão, cite-se que o Conselho francês, de acordo com a previsão originária da Constituição de 1946, sofria críticas quanto à sua viabilidade para a construção de uma independência do Poder Judiciário, dada a sua composição, assim como à forte influência política exercida sobre a escolha de seus membros, de forma que dos quatorze, dez eram selecionados com base em critérios políticos³³¹.

Não obstante as críticas em relação à presença do Presidente da República na composição do Conselho, nenhuma alteração nesse aspecto foi implementada pela Constituição de 1958. Ao contrário, o mesmo foi erigido à condição de garantidor da independência do Judiciário, passando a assumir a função de Chefe de Estado e não apenas do Poder Executivo³³². A este cabia a escolha de todos os membros do Conselho de Justiça, razão pela qual muitas críticas foram direcionadas a este modelo.

³³⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 184.

³³¹ O Conselho era presidido pelo Presidente da República, tinha como vice-presidente o Ministro da Justiça, além de ser composto por mais doze membros, sendo seis designados pela Assembleia Nacional, quatro representantes das diversas categorias de magistrados e mais dois designados pelo Presidente da República, desde que relacionados à Magistratura e ao Parlamento. (BARRIOS, M^a Inmaculada Sánchez Barrios. *La Elección De Los Miembros Del Consejo General Del Poder Judicial Español Y De Sus Homólogos Europeos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 225).

³³² *Ibidem*, p. 226.

Só a partir da reforma ocorrida em 1993, mais precisamente através da promulgação da Lei Constitucional nº 93-952, assim como das leis orgânicas nº 94-100 e 95-101, houve uma mudança substancial em relação à composição do Conselho, que passaria a ser dotado de dois distintos órgãos, um de *magistrats du siége* (magistrados) e outra de *magistrats du parquet* (fiscais), cada qual com seis membros, além de mais quatro integrantes, sendo três personalidades não pertencentes ao Parlamento e à Magistratura e um Conselheiro de Estado³³³. No entanto, foi mantida a presença do Presidente da República e do Ministro da Justiça como seu presidente e vice-presidente, respectivamente³³⁴.

Como, a princípio, não foi regulamentada a forma de seleção dos magistrados, houve um intenso debate a esse respeito, cogitando-se até a utilização do critério do sorteio, o qual foi refutado pela Lei Orgânica nº 94-100, que estabeleceu a escolha de tais membros através de seus pares.

O *formation de siége* é composto por quinze membros, quais sejam, o primeiro presidente do Tribunal de Cassação; cinco juízes; um representante do Ministério Público; um membro do conselho de Estado; um advogado e seis pessoas qualificadas não integrantes do parlamento, do Judiciário e da administração pública, das quais duas são indicadas pelo Presidente da República, duas pelo presidente da Assembleia Nacional e duas pelo presidente do Senado.³³⁵

Dentre as atribuições do Conselho francês estão a participação no recrutamento dos que irão exercer funções no âmbito do Judiciário, indicando os respectivos nomes ao Presidente da República para posterior nomeação; a atuação no processo de ascensão funcional dos magistrados, nos processos disciplinares, assim como na garantia da independência do Judiciário, mediante fiscalização dos seus órgãos (Corte de Cassação, cortes de apelação, Escola Nacional da Magistratura) e posterior elaboração de relatórios destinados ao Presidente da República³³⁶.

Também compõe o rol de atividades desenvolvidas pelo Conselho sob análise a prestação de informações ao Chefe do Executivo ou Ministro da Justiça acerca da estrutura do Judiciário e das demais questões que o envolvem, com o escopo de realizar

³³³ Os membros não pertencentes à Magistratura e ao Parlamento eram escolhidos, um pelo Chefe de Estado, outro pelo Presidente da Assembleia Nacional e outro pelo Presidente do Senado. Já o Conselheiro de Estado era nomeado pela Assembleia Geral do Conselho de Estado.

³³⁴ BARRIOS, M^a Inmaculada Sánchez Barrios. *La Elección De Los Miembros Del Consejo General Del Poder Judicial Español Y De Sus Homólogos Europeos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 229.

³³⁵ FILHO, Ilton Norberto Robl. *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 160.

³³⁶ *Ibidem*, p. 160/161.

uma análise diagnóstica do mesmo e, desse modo, propiciar a adoção de medidas que possam suprir eventuais lacunas. A fim de dar publicidade à sua atuação, como também proceder a uma análise da situação judiciária, o Conselho também elabora relatório anual, o qual se configura como um instrumento importante para que, além de dados estatísticos, se possa construir parâmetros comparativos para a aferição da consecução de metas e de perspectivas evolutivas.

Ressalte-se que o Conselho da magistratura francês não possui competência de gestão orçamentária, função que é atribuída ao Ministro da Justiça que, em conjunto com as cortes de apelação, discute as propostas de orçamento que serão apresentadas ao Legislativo.

O caráter administrativo do Conselho francês evidencia-se através da possibilidade de as suas decisões poderem ser revistas pelo Conselho de Estado, aspecto que tem sido alvo de críticas, que, associadas às que dizem respeito ao critério de eleição dos seus membros, assim como à ausência de tratamento isonômico entre os magistrados integrantes do Poder Judiciário e os do *parquet* – de modo que estes são indicados pelo ministro da Justiça e nomeados pelo Presidente da República – regra que os torna vulneráveis a indevidas ingerências. Nesse sentido, é questionável a viabilidade de tal órgão para o atingimento dos fins a que se destina, principalmente quanto à garantia da independência do Judiciário, dado o inequívoco entrelaçamento entre esse e o Executivo, aspecto, aliás, típico do modelo latino-europeu que vigora na França.

No entanto, há de se pontuar uma inovação recente e positiva em relação ao Conselho francês. Essa diz respeito à exclusão do Presidente da República e do Ministro da Justiça da sua composição, aspecto que aponta para a busca de consolidação da independência do Poder Judiciário³³⁷.

Partindo-se para a discussão do modelo nórdico-europeu, frise-se que os seus principais representantes são Suécia, Irlanda e Dinamarca, eis o motivo pelo qual serão delineadas as principais particularidades dos sistemas adotados em todos eles, não sem antes se afirmar que, diferentemente do latino-europeu, este se caracteriza por uma maior desvinculação entre os Poderes Executivo e Judiciário, além de exercer com maior propriedade a função de garante da autonomia no âmbito jurisdicional.

Iniciando pela análise do modelo sueco, criado em 1975 e denominado de *Dolmstolsverket*, assevere-se que a sua composição inclui um diretor geral, quatro

³³⁷ FILHO, Ilton Norberto Robl. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 164.

juízes, dois membros do Parlamento, um advogado e dois representantes sindicais. Além da composição diferenciada, quando comparada à dos países que adotam o outro modelo, as funções do órgão sob comento são mais amplas, estendendo-se da sua participação na elaboração da proposta orçamentária e posterior execução; desenvolvimento e coordenação da “[...] política de custeio e investimento do Judiciário, gerenciando seus recursos humanos, físicos e logísticos.”³³⁸; como também a atuação nos processos de seleção, capacitação e nomeação dos magistrados.

Como é perceptível, o Conselho sob análise apresenta relevantes peculiaridades, destacando-se a sua intensa atuação no contexto orçamentário, assim como no recrutamento de juízes, principalmente no que concerne à nomeação destes, providência comumente atribuída aos chefes do Executivo nos países que adotam o sistema latino-europeu.

Seguindo a sistemática da Suécia quanto às atribuições, na Irlanda, o *Courts Service* apresenta peculiaridades relativas à composição, sendo “[...] presidido por um representante do chefe do Executivo e por nove membros de diferentes níveis do Judiciário, pelo procurador-geral, por dois advogados, membros dos escalões administrativos das cortes, por um promotor público, um representante dos interesses da clientela do Judiciário, outro designado pelos sindicatos e, enfim, um perito judicial.”³³⁹

Também sofrendo forte influência do modelo sueco, o Conselho dinamarquês é constituído de “[...] cinco comitês, cujos membros são oriundos da Corte Suprema, do Tribunal Superior e das Cortes municipais, de dois comitês, de pessoas do staff judicial, e de dois departamentos de apoio, além de um advogado e dois comitês de peritos que têm direito a assento.”³⁴⁰. Destaque-se que a nomeação dos membros do *Domstolsstyrelsen* é feita pelo ministro de Justiça, o que demonstra uma certa vinculação ao Poder Executivo. Relativamente às demais funções, elas são praticamente as mesmas do Conselho sueco, as quais foram objeto de análise anteriormente.

Os países da América Latina também tiveram os seus Conselhos criados, sobretudo em virtude do apoio do Banco Mundial que, ao traçar um diagnóstico acerca da atuação jurisdicional em tais países, constatou uma série de deficiências, atreladas, sobretudo, à falta de eficiência estatal na estruturação do Poder Judiciário e consistentes,

³³⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 192.

³³⁹ *Ibidem*, p. 193.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 193.

em especial, na inacessibilidade da justiça à população, na morosidade da prestação jurisdicional, na ausência de independência do Judiciário, dentre outros aspectos³⁴¹.

Os referidos órgãos sofreram influência, sobretudo, do direito continental europeu latino, de modo que tiveram por precípua objetivo retirar poderes da Suprema Corte ou Tribunais Superiores, já que, tradicionalmente, não se atribuía ao Ministro da Justiça grandes poderes em relação à administração da justiça, salvo nos contextos argentino e colombiano. Constata-se, pois, que a ambiência em que tais órgãos se instituíram foi de uma relativa independência judicial, sobretudo em relação à seleção dos magistrados e à administração da justiça, aspecto que não impediu a influência exercida pelos demais poderes em relação ao Judiciário, a exemplo do que ocorreu no Brasil.

Cronologicamente falando, o primeiro país da América Latina a instituir um Conselho de magistratura foi a Venezuela, em 1961, com atribuições apenas de recrutamento de magistrados. Mais tarde, em 1969, ao órgão também foi atribuída a competência de gerenciamento da justiça. No Peru, em pleno regime militar, foi criado o Conselho de Justiça (1969), com a finalidade de realizar a seleção de juízes, função que, atualmente, em virtude do que dispõe a lei orgânica n. 26397/94, foi associada à atuação disciplinar. Acrescente-se que os demais países passaram a instituir os seus conselhos no final dos anos 70.³⁴²

Para fins de arremate do presente tópico, afirme-se que, não obstante os Conselhos de Justiça tenham a sua gênese atrelada às experiências vivenciadas pelos países europeus, aspecto que acabou trazendo como consequência o desenvolvimento dos dois grandes modelos anteriormente tratados, a partir do final da década de 1960 ocorreu o que José Adércio Leite Sampaio denominou de universalização³⁴³ desses órgãos, de modo que os ordenamentos jurídicos de praticamente todos os continentes, atribuindo um nível maior ou inferior de independência, o instituíram, com vistas ao aperfeiçoamento do Judiciário.

³⁴¹ JÚNIOR, Antônio Veloso Peleja. **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 98-99.

³⁴² FILHO, Ilton Norberto Robl. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 172.

³⁴³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 195.

5.3 ANÁLISE DE CONSELHOS COM REALIDADES PRÓXIMAS À BRASILEIRA

A fim de que se possa, *a posteriori*, compreender o modelo de Conselho de Justiça implementado no Brasil, serão analisadas as realidades da Itália, Portugal, Espanha e Argentina, países que tem com o Brasil uma inegável identidade histórica e cultural³⁴⁴.

Na Itália, o *Consiglio superiore della magistratura*, estatuído pela Constituição de 1947, assumiu a feição de instrumento de apoio do Poder Judiciário, sobretudo no que atine à gestão do recrutamento dos magistrados e de sua carreira, como também ao aspecto disciplinar. Contudo, não se pode deixar de considerar as demais atribuições do Conselho, concernentes à apresentação ao Parlamento de relatórios periódicos e diagnósticos sobre o Judiciário; à contribuição para a elaboração de normas relativas à atuação jurisdicional mediante apresentação de propostas ou opiniões ao Ministro da Justiça; além da atuação regulamentar, no sentido de estabelecer regras atinentes à própria estrutura do órgão, como também complementar às normas legais pertinentes à magistratura, aspecto este que a doutrina italiana nomeia de função paranormativa³⁴⁵.

Chama a atenção o fato de se considerar a atuação do Conselho no contexto disciplinar como dotado de natureza jurisdicional, funcionando como uma espécie de jurisdição especial ou paralela, exercida por uma fração dos seus componentes (nove membros – o vice-presidente, que preside a denominada Seção disciplinar, dois entre os indicados pelo Parlamento, um Juiz de Cassação e cinco outros Magistrados), escolhidos pela maioria de 2/3 do órgão. As decisões oriundas da aludida Seção são classificadas como sentenças, contra as quais é cabível recurso para a Corte de Cassação³⁴⁶.

Compunham o Conselho italiano, conforme a previsão da Constituição de 1947, o Presidente da República, que o presidia, o Presidente e o Procurador-Geral da Corte de Cassação, os quais eram membros obrigatórios. Ademais, 2/3 provenientes da Magistratura ordinária e 1/3 oriundo do Parlamento, mediante eleição entre professores universitários que lecionam matérias jurídicas e advogados com mais de quinze anos de

³⁴⁴ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 85.

³⁴⁵ CRISAFULLI, Vezio. PALADIN, Livio. *Commentario Breve ala Costituzione*. Padova: CEDAM, 1990, p. 654/655.

³⁴⁶ COSTA, op. cit., p. 85.

exercício profissional, complementavam o órgão, que possuía 30 membros. O mandato dos conselheiros era de quatro anos, sendo vedada a reeleição.

Após a inovação introduzida pela Lei de 24 de março de 1958, o Conselho passou a ser formado por vinte e quatro membros, assim dispostos: o Presidente da República e o Presidente e fiscal do Tribunal de Cassação; quatro magistrados de Tribunais de Apelação; quatro juízes escolhidos entre os diferentes juízes e magistrados e sete pessoas não pertencentes à magistratura, seleccionadas pelo Parlamento entre professores universitários titulares de disciplinas jurídicas e advogados com mais de quinze anos de exercício³⁴⁷.

Constata-se que a composição acima, por privilegiar de maneira quantitativa os membros da magistratura, primou pela autonomia do Poder Judiciário, sem, no entanto, desvinculá-lo por completo dos demais órgãos constitucionais, tanto que os membros políticos possuem uma posição, privilegiada destaque-se, no Conselho.

Em virtude de uma série de questionamentos quanto à constitucionalidade da Lei de 1958, assim como do Decreto presidencial nº 916 do mesmo ano, foi editada a Lei nº 695, de dezembro de 1975, de forma que o número de membros do Conselho aumentou para trinta e três, atribuindo-se a todos os magistrados organizados em colégios territoriais a tarefa de eleger todos os membros do Conselho oriundos da magistratura, que passaram a ser vinte, sendo dez os membros eleitos pelo Parlamento.

Em 1981, por intermédio da Lei nº 3, mais uma alteração ocorreu em relação à escolha dos membros do Conselho italiano, de modo que dez dos magistrados poderiam ser eleitos por juízes pertencentes a qualquer categoria, e os outros dez seriam escolhidos da seguinte forma: quatro entre os Magistrados de Cassação, dois entre os Magistrados de Apelação e quatro entre os Magistrados de Tribunal, sendo a eleição realizada em colégio único nacional com a adoção do sistema proporcional por listas concorrentes. Os outros dez seriam eleitos pelo Parlamento, dentre professores universitários da área jurídica e advogados com mais de quinze anos de experiência profissional, mediante sessão conjunta das Câmaras, em votação secreta e exigindo-se a manifestação da maioria de três quintos de seus membros.³⁴⁸

Aponte-se, ainda, as alterações implementadas pelas Leis nº 655, de 1985, e 74 de 1990, as quais, respectivamente, inovaram em relação à elaboração da lista de

³⁴⁷ BARRIOS, M^a Inmaculada Sánchez Barrios. *La Elección De Los Miembros Del Consejo General Del Poder Judicial Español Y De Sus Homólogos Europeos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 235-236.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 238-239.

candidatos e quanto à votação dos magistrados, que passou a ser pessoal, secreta e direta.

Por fim, em 2002, foi editada a Lei nº 44, que reduziu a quantidade de membros do Conselho para vinte e sete, como também o processo eleitoral dos membros vinculados à magistratura, que passaram a não mais ser vinculados a listas, mas candidatos individuais.

Apesar de o Judiciário no contexto italiano, pelo menos na previsão constitucional, ser considerado um Poder independente dos demais, o que, fatalmente também atribui ao seu Conselho de Justiça essa característica, não se pode afirmar que isso ganhe concretude em termos tão amplos, haja vista que ao Ministro da Justiça se atribui as prerrogativas de acioná-lo nos processos disciplinares, além de atuar na estruturação dos serviços auxiliares da Justiça³⁴⁹.

Relativamente ao aspecto regulamentar do órgão, ressalte-se que o mesmo está inserido no que se denomina de poder paranormativo, conforme dito anteriormente, podendo se exteriorizar através da edição de regulamentos internos, de administração e contabilidade, cujo fim é a criação de regras respeitantes ao seu próprio funcionamento interno; por meio dos regulamentos destinados à definição de regras atinentes ao estágio probatório dos magistrados que ingressaram recentemente no Poder Judiciário; e, por fim, por intermédio das circulares, resoluções e diretivas.

Percebe-se uma maior autonomia no exercício do poder regulamentar quando se trata da edição de circulares, resoluções e diretivas. As circulares decorrem do exercício do poder discricionário do órgão, já as resoluções e diretivas tem por fim a concretização das normas atinentes ao Poder Judiciário, procedendo a interpretações que não violem o sistema de fontes. Nesse sentido, pode-se constatar que, desde que não desvirtuem os comandos oriundos das fontes normativas, as resoluções e diretivas podem esclarecer e complementar o seu sentido.

O Conselho português apresenta muitas semelhanças com o italiano, tanto no que se refere à composição, quanto às funções. Dotado de respaldo constitucional, mais especificamente nos arts. 217 e 218 da Carta Portuguesa, as suas principais atribuições são pertinentes à seleção dos magistrados, à organização da sua carreira, como também à atuação disciplinar. Também tem competência opinativa ou propositiva de normas legais referentes ao Poder Judiciário e aos Magistrados e de cunho regulamentar.

³⁴⁹ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 87.

Relativamente à sua composição, segundo Flávio Dino “[...] ao presidente do Supremo Tribunal de Justiça (que também preside o Conselho), somam-se dois componentes indicados pelo Presidente da República, sete eleitos pela Assembleia da República e sete pelos próprios Juízes, observado neste caso o princípio da representação proporcional³⁵⁰.” Os membros provenientes da magistratura são escolhidos para o exercício de um mandato de três anos, vedada a recondução.

Os conselheiros oriundos da Assembleia da República são escolhidos por 2/3 dos Deputados presentes, desde que em número não inferior à maioria absoluta dos parlamentares em exercício.

Comentando acerca da experiência portuguesa, Maria Inmaculada Sánchez Barrios aduz que, ao mesmo tempo em que se busca, através da sua composição, impedir que o Conselho seja controlado pelo Executivo, também se evita o ilimitado autogoverno do Judiciário, através da atribuição do poder de escolha aos representantes do povo³⁵¹.

Realizando comentários acerca do referido Conselho, Canotilho enfatiza que a previsão, em sua composição, de uma percentual maior de magistrados evita que o mesmo assuma uma feição eminentemente política³⁵².

No que tange ao poder regulamentar do Conselho português, acentue-se que se restringe ao aspecto interno, ou seja, relativo à estruturação e atuação do próprio Conselho, razão pela qual, não há o que se destacar em relação à mencionada função.

Já o modelo adotado na Espanha não pode ser considerado como viabilizador da independência do Judiciário, isto porque, de acordo com Montero Aroca *apud* Flávio Dino³⁵³, o debate ocorrido por ocasião do ajuizamento de ação perante o Tribunal Constitucional objetivando a discussão da constitucionalidade da regra em vigor no país

³⁵⁰ Os juízes são eleitos de forma direta pelos seus pares. A forma de representação proporcional é disciplinada no Estatuto da Magistratura, de modo que “[...] A eleição obedece ao sistema de listas, apresentadas por um número mínimo de vinte eleitores, delas constando obrigatoriamente um Juiz do Supremo Tribunal de Justiça, dois Juízes de Relação e um Juiz de Direito de cada distrito judicial. Os mandatos conquistados por cada lista são distribuídos segundo a seguinte ordem de precedência: primeiro mandato, Juiz do Supremo Tribunal de Justiça; segundo, Juiz de Relação; terceiro, Juiz de Relação; quarto, Juiz do distrito de Lisboa; quinto, Juiz do distrito de Porto; sexto, Juiz do distrito de Coimbra; e, sétimo, Juiz do distrito de Évora.[...]”. (COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 88).

³⁵¹ BARRIOS, M^a Inmaculada Sánchez Barrios. *La Elección De Los Miembros Del Consejo General Del Poder Judicial Español Y De Sus Homólogos Europeos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 235-244.

³⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 94.

³⁵³ COSTA, op. cit., p. 90.

acerca da eleição dos membros do *Consejo General del Poder Judicial* ser realizada exclusivamente pelos membros do Parlamento, culminou no reconhecimento da ausência de proteção constitucional à autonomia do Judiciário (sentença 108/1986). Nesse sentido, entende o autor que lá existe um pseudogoverno autônomo mínimo, pautado na inexistência de autonomia do Judiciário e do próprio Conselho, cuja composição está atrelada a ingerências de cunho político-partidário.

A atual composição do Conselho espanhol está disciplinada no art. 111 da LOPJ³⁵⁴, após as alterações feitas pela L.O. 2/2001. Nesse sentido, compõem o referido órgão, o Presidente do Tribunal Supremo, que o presidirá, e vinte membros nomeados pelo Rei através de um decreto real referendado pelo Ministro de Justiça, para o exercício de um mandato de cinco anos. O procedimento de escolha também encontra-se previsto no referido dispositivo.³⁵⁵

Analisando-se os termos do dispositivo acima citado, depreende-se que o Conselho espanhol é composto por vinte membros, os quais são submetidos à nomeação do rei, para o exercício de um mandato de cinco anos, sendo vedada a recondução. Integra-o também o presidente do Tribunal Supremo. Dos vinte componentes, doze são escolhidos entre os magistrados de todas as instâncias, oito são eleitos pelos Senadores e Deputados (quatro para cada casa), mediante maioria de 3/5, dentre advogados e outros juristas com reconhecida competência e mais de quinze anos de exercício profissional.³⁵⁶

O art. 111 da Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol veda a escolha de pessoas que tenham sido membros do Conselho anteriormente, bem como que prestem serviços em órgãos técnicos do mencionado órgão.

³⁵⁴ Lei Orgânica do Poder Judicial.

³⁵⁵ “Art. 111. *El Consejo del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por un período de cinco años por el Rey, mediante Real Decreto refrendado por el Ministro de Justicia, previa propuesta formulada conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.*³⁵⁵[...] 2. *Cada Cámara elegirá [...] cuarto Vocales entre Abogados y otros Juristas de reconocida competencia com más de quince años en el ejercicio de su profesión [...].* 3. *Además, cada una de las Cámaras propondrá [...] otros seis Vocales elegidos entre Jueces y Magistrados de todas categorías judiciales que se hallen en servicio activo.* 4. *Em ningún caso podrán ser elegidos:a) Quienes hubieran sido miembros del Consejo saliente.b) Quienes presten servicios en los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial.*” (BARRIOS, M^a Inmaculada Sánchez Barrios. *La Elección De Los Miembros Del Consejo General Del Poder Judicial Español Y De Sus Homólogos Europeos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 62-63).

³⁵⁶ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 89.

Pode-se afirmar que a principal inovação introduzida pela Lei Orgânica 2/2001 em relação à sua predecessora (LOPJ de 1985) diz respeito à transparência do processo seletivo dos doze membros do Conselho de Justiça oriundos da magistratura, além do fortalecimento das associações profissionais da judicatura. Nesse sentido, dada a relevância e singularidade da regra estabelecida para a escolha dos membros juízes do referido Conselho, cita-se o art. 112 da LO 2/2001, *in verbis*:

Art. 112: [...]

1. Podrán ser propuestos los Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo y no sean miembros del Consejo saliente o presten servicios en los órganos técnicos del mismo.

2. La propuesta será formulada al Rey por el Congreso de los Diputados y el Senado, correspondiendo a cada Cámara proponer seis Vocales, por mayoría de três quintos de sus respectivos miembros, entre los presentados a las Cámaras por los Jueces y Magistrados conforme a lo previsto em el número siguiente.

3. Los candidatos serán presentados, hasta um máximo del triple de los doce puestos a proponer, por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 por 100 de todos los que se encuentren em servicio activo. La determinación del número máximo de candidatos que corresponde presentar a cada asociación y del número máximo de candidatos que pueden presentarse con las firmas de Jueces y Magistrados se ajustará a criterios estrictos de proporcionalidad, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Los treinta y seis candidatos se distribuirán em proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna, determinando este último el número máximo de candidatos que pueden ser presentados mediante firmas de otros Jueces y Magistrados no asociados; todo ello, de acuerdo con los datos obrantes em el Registro constituido em el Consejo General del Poder Judicial conforme a lo previsto em el artículo 401 de la presente Ley Orgánica y sin que ningún Juez o Magistrado pueda avalar con su firma más de um candidato.

b) Em el caso de que el número de Jueces y Magistrados presentados con el aval de firmas suficientes supere el máximo al que se refiere la letra a), sólo tendrán la consideración de candidatos los que, hasta dicho número máximo, vengan avalados por el mayor número de firmas. Em el supuesto contrario de que el número de candidatos avalados mediante firmas no baste para cubrir el número total de treinta y seis, los restantes se proveerán por las asociaciones, em proporción al número de afiliados; a tal efecto y para evitar dilaciones, las asociaciones incluirán em su propuesta inicial, de forma diferenciada, uma lista complementaria de candidatos.

c) Cada asociación determinará, de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos, el sistema de elección de los candidatos que le corresponda presentar.

4. Entre los treinta y seis candidatos presentados, conforme a lo dispuesto em el número anterior, se elegirán em primer lugar seis Vocales por el Pleno del Congreso de los Diputados, y uma vez elegidos estos seis Vocales, el Senado elegirá los otros seis entre los treinta candidatos restantes.³⁵⁷

³⁵⁷ BARRIOS, M^a Inmaculada Sánchez Barrios. *La Elección De Los Miembros Del Consejo General Del Poder Judicial Español Y De Sus Homólogos Europeos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 216-217.

Embora não se trate de um método de escolha deserto de falhas, procurou-se superar lacunas identificadas na sistemática anterior, de modo que as associações de magistrados, assim como os juízes não associados, de maneira proporcional ao número de membros, possam apresentar as propostas de nomes, não ultrapassado o triplo da quantidade de membros provenientes da magistratura que comporá o Conselho, qual seja, trinta e seis. Após a indicação, caberão ao Congresso de Deputados e Senado eleger, cada Casa, seis membros.

Outrossim, quanto ao aspecto da publicidade do método de escolha, algumas críticas são feitas, pois pode ensejar a efetivação de pressões políticas sobre os eleitores, desgastar a relação entre os magistrados, como também criar uma situação de vulnerabilidade dos juízes não associados, que poderão ter a sua candidatura maculada pelas associações. Também foi objeto de censura a ausência de regras pré-definidas e padronizadas para a seleção, por parte das associações, dos nomes que comporão a lista que, mais tarde, será apreciada pelos Deputados e Senadores, aspecto que pode gerar não apenas insegurança, quanto propiciar a adoção de critérios não tão democráticos por algumas entidades, tornando o processo corporativista.

Aponte-se, ainda, a necessidade de que a eleição de cada nome passe pela aprovação de 3/5 dos Deputados e Senadores, exigindo-se a formação de um consenso entre eles, o que poderá implicar na formação de alianças políticas entre os partidos com maior representatividade, viabilizando a prática negativa da negociação de vagas como um instrumento de troca de favores.

Ao Conselho foram outorgadas as seguintes funções: escolher o presidente do Tribunal Supremo e do próprio Conselho; indicar dois dos doze integrantes do Tribunal Constitucional; decidir acerca de seleção, aperfeiçoamento, promoções e sanções aos Juízes; proceder a inspeções nos juízos e Tribunais; elaborar regulamentos que complementem a Lei Orgânica; opinar sobre anteprojetos e projetos de lei que afetem o Judiciário e a prestação jurisdicional; desenvolver relatórios anuais sobre a atuação do Judiciário e encaminhá-los aos Deputados e Senadores, apontando as medidas necessárias ao seu aperfeiçoamento.³⁵⁸

Percebe-se, pois, que as atribuições do Conselho Espanhol são consideravelmente amplas, estendendo-se das consideradas primárias, para se utilizar da

³⁵⁸ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 91.

expressão de José Adércio Leite Sampaio³⁵⁹, como a atuação no recrutamento de magistrados, administração da carreira destes e procedimentos disciplinares, até a participação na elaboração normativa pertinente ao Poder Judiciário, elaboração de relatórios diagnósticos, escolha do presidente do tribunal Supremo e do próprio Conselho, além da realização de inspeções e edição de regulamentos complementares à Lei Orgânica.

Quanto à última das atribuições acima, ressalte-se que a Lei Orgânica do Poder Judiciário de 1985, após a reforma implementada pela Lei Orgânica 16/1994, procedeu à sua precisa delimitação, de modo que, a depender do seu âmbito de incidência, os regulamentos podem ser divididos em externos e internos. Estes dizem respeito ao próprio funcionamento do órgão, assim como à definição de normas atinentes aos seus funcionários, devendo respeitar o que dispõe o art. 110.1 da LOPJ, não criando um regramento paralelo dos funcionários mediante a transgressão aos direitos aos mesmos assegurados pelas regras comuns aplicáveis a todos os servidores públicos³⁶⁰. Já os regulamentos externos, conforme o preceituado no art. 110 da LOPJ, possuem natureza “[...] secundária, subordinada e inferior [...]”³⁶¹, ou seja, dentro de uma estrutura normativa hierarquizada, estão abaixo das leis, devendo às estas ser subordinadas.

No entanto, há de se pontuar que as discussões acerca dos limites do poder regulamentar do Conselho de Justiça espanhol não foram eliminadas a partir da previsão contida na LOPJ. Ao contrário, em virtude de rol do art. 110 ser meramente exemplificativo, ainda fica a cargo da doutrina e jurisprudência proceder à delimitação. Nesse sentido é a decisão oriunda do Tribunal Supremo da Espanha acerca da matéria, citada por Christiane Pedersoli³⁶², *in verbis*:

Os arts. 103 e 106 da Constituição, ao dizer que a Administração atua com plena submissão à lei e que os Tribunais controlam o poder regulamentar e a legalidade da atuação administrativa, ratificam substancialmente a doutrina mencionada, mas ao mesmo tempo, ao ordenar que aquela atue de acordo com o princípio de eficácia, ao estabelecer como parâmetro da mesma não somente a lei em sentido estrito, mas o Direito enquanto conjunto do

³⁵⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 173.

³⁶⁰ PORRAS RAMÍREZ, José Maria. *Fundamento, naturaliza, extension y límites de la potestade reglamentaria Del Consejo General Del Poder Judicial (A propósito de la nueva regulacion introducida poe La Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julho, Del Poder Judicial)*. Revista de Estudios Políticos (Nuerva Época), n. 87, ene./mar., 1995, p. 251.

³⁶¹ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça: Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82.

³⁶² *Ibidem*, p. 87.

ordenamento jurídico e assinalar como limite da atuação administrativa, a submissão aos fins que a justificam, permitem apreciar a possibilidade de que poderes atribuídos expressamente pela Lei sejam interpretadas em termos que permitam satisfazer devidamente, com plenitude e eficácia, os fins implícitos na concreta atribuição de poder de que se trate. (STS, Sala 3ª Secc. 7ª, de 7 de fevereiro de 2000, Rel. D. Ramon Trillo Torres, recurso contencioso-administrativo 526/1997).

A decisão, de forma muito clara, adotou o entendimento de que, não obstante os atos administrativos devam estar atrelados a uma lei em sentido estrito como regra, podem, eventualmente, buscar o seu fundamento de validade na norma que delimitou as suas funções, a qual, de maneira implícita, atribuiu ao titular daquela missão a prerrogativa de praticar todos os atos necessários à sua eficiente concretização, desde que, por óbvio, não viole direito albergado por norma de igual hierarquia.

Não obstante a amplitude do rol acima explicitado, conforme já mencionado outrora, o modo como os componentes do órgão são escolhidos fragiliza a sua independência, assim como a do próprio Judiciário.

Por fim, apresenta-se a realidade argentina, que, a princípio, chama a atenção em virtude de uma peculiaridade não vislumbrada na maioria dos modelos analisados, qual seja, em sua composição há a presença minoritária de juízes, embora o órgão seja considerado como pertencente ao Poder Judiciário, conforme preceitua o art. 1º da Lei n. 24.937/99.³⁶³

Desse modo, o Conselho possui treze membros³⁶⁴, assim distribuídos: três magistrados eleitos pelos seus pares com representação dos tribunais, do primeiro grau e do interior da Argentina; seis legisladores, sendo três (dois do bloco majoritário e um do minoritário) da câmara de deputados e três (dois do bloco majoritário e um do minoritário) do Senado indicados pelos presidentes das referidas Casas a partir da proposição dos blocos partidários; dois advogados eleitos diretamente pelos seus pares com matrícula federal, sendo um proveniente do interior da Argentina; um representante do Executivo e um professor da Faculdade Nacional de Direito, sendo este escolhido pelo conselho universitário nacional.³⁶⁵

Os conselheiros, eleitos para o cumprimento de um mandato de quatro anos, permitida uma recondução por igual período, atuam na administração dos recursos orçamentários pertinentes ao Poder Judiciário, nas questões disciplinares, na seleção dos

³⁶³ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 175.

³⁶⁴ Redação do art. 2º da Lei 24.937/1999, com alterações implementadas pela Lei nº 26.080/2006.

³⁶⁵ ROBL FILHO, op. cit., p. 175.

magistrados, e, destaque-se, na edição de regulamentos. Quanto a estes, pelo que se depreende da análise do disposto no art. 114, 6 da Constituição argentina, não se restringem aos simples regulamentos de execução, mas podem prever, de maneira mais ampla, os mecanismos necessários à viabilização de uma prestação jurisdicional eficaz, assim como a garantia da independência dos juízes.³⁶⁶

A extensão desse poder regulamentar tem suscitado discussões desde a criação do Conselho argentino, consistindo em um dos pontos mais polêmicos, sobretudo por envolver a suposta invasão das funções atribuídas ao Poder Legislativo.

Para ilustrar a problemática ora suscitada, cite-se a discussão acerca da Resolução nº 76/2004, proveniente do Conselho argentino e pertinente ao preenchimento de vagas de juízes por advogados e secretários, que são denominados de juízes sub-rogantes, de maneira transitória, nos termos da Lei nº 25.876/2004. A Câmara de Apelação Criminal e Correicional, em julgamento ocorrido em 2005, manifestou-se favoravelmente à constitucionalidade da citada Resolução. No mesmo sentido, entendeu a Corte Suprema de Justiça, ao proferir julgamento em 2007³⁶⁷.

Destaque-se que, ao se proceder a uma análise do controle exercido pelo Conselho argentino em relação ao Poder Judiciário, constata-se que o mesmo é de natureza externa, visto que, conforme afirmado alhures, embora componha a estrutura do Poder Judiciário, possui em sua composição, de forma majoritária, membros não pertencentes à magistratura.

De todo o exposto no presente tópico, constata-se que, não obstante as diversas experiências vivenciadas pelos países no que se refere à implantação, composição e atribuição de funções aos seus Conselhos de Justiça, ainda que se vislumbre, em certos modelos, uma forte ingerência exercida pelos outros Poderes, não se pode afirmar que os mesmos são irrelevantes para que se alcance, ainda que minimamente, uma atuação jurisdicional menos infensa aos determinismos político-partidários, razão pela qual a

³⁶⁶ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 92.

³⁶⁷ “Juízes sub-rogantes. Constituição nacional. *Consejo de la magistratura del poder judicial de la nación*. Tanto a lei n. 25.876 quanto o regulamento de sub-rogações ditado em seu cumprimento pelo Consejo de la Magistratura, perseguem um fim permitido, e na realidade previsto pela Constituição Nacional, pelo que deve descartar-se uma contradição literal com essa última (Dissidência dos Drs. E. Raúl Zaffaroni y Carmem M. Argibay). Mairoria: Lorezetti, Highton de Nolasco, Maqueda; Voto: Fayt; Dissidência: Zaffaroni, Argibay; Abstenção: Petracchi (Argentina, Corte Suprema de Justicia, R. 1309, XLII; REX. Rosza, Carlos Alberto y outro s/ recurso de casación, 23/05/2007. T. 330, P. 2361).” (PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça: Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 102-103).

manutenção dos Conselhos de Justiça é algo que se pode considerar como essencial para o atingimento de tal desiderato.

Outrossim, ressalte-se que, tão relevante quanto a implantação e manutenção do órgão, é a sua composição e o rol de funções estabelecidas, de modo que fica muito claro que quanto mais membros do Judiciário estiverem presentes, assim como mais amplas forem as atribuições do Conselho, mais intensamente este contribuirá para a consolidação da independência do Poder Judiciário.

Afirme-se, por fim, que a atuação regulamentar consiste em relevante instrumento de atuação independente dos Conselhos, podendo-se constatar, através da análise de Direto Comparado realizada, que nos países com realidades próximas à do Brasil, à exceção da França, tem prevalecido, ou pelo menos se tem considerado, a interpretação ampliativa da função regulamentar, não estando atrelada esta apenas à execução dos comandos estritamente definidos em lei, mas vinculada à viabilização da concretização a contento da missão atribuída ao órgão.

6 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO E DELIMITAÇÃO DO SEU PODER REGULAMENTAR

Neste capítulo proceder-se-á à caracterização do CNJ brasileiro, com vistas à delimitação das funções que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal de 1988, em especial a de natureza regulamentar.

Para tanto, será necessário traçar as principais características do órgão, com base em premissas construídas através da discussão de institutos similares presentes em outros países, e que foram abordadas no capítulo anterior, o que tornará possível atestar a sua imprescindibilidade para a superação de uma série de lacunas envolvendo o Poder Judiciário, notadamente em relação à sua imagem e independência.

6.1 RESGATE DE QUESTÕES PERTINENTES À CRIAÇÃO DO CNJ

A Emenda Constitucional nº 45 foi antecedida de um amplo debate em relação ao adequado funcionamento do Judiciário Brasileiro, o qual enfocou, com particular ênfase, a evidência de que, até então, este Poder da República, embora possuísse ingerência em relação às demais esferas do Poder Público, não era objeto de qualquer modalidade de controle externo administrativo-funcional.

Acentue-se, por salutar, que a referida conjuntura institucional terminava por potencializar, sobremaneira, as prerrogativas atribuídas aos magistrados no que concerne à vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Associado a isso, ainda se evidenciava o crescente descrédito desse Terceiro Poder em relação aos jurisdicionados, sobretudo em virtude da morosidade processual e, por conseguinte, da falta de efetividade material dos seus julgados.

Aprofundando este ponto, evidencia-se que a destacada conjuntura decorria, em particular, da ausência de uma efetiva coesão entre os Tribunais no que tange aos procedimentos administrativos, os quais careciam tanto da formulação de um planejamento estratégico quanto da coordenação de um órgão habilitado a executá-lo.

Sublinhe-se, ainda, que tal problemática refletia de forma direta na instrumentalização do próprio direito de acesso à justiça, visto que, somada aos demais obstáculos anteriormente tratados, induzia à descrença de que, embora se pudesse chegar ao Poder Judiciário, este não daria uma resposta a contento, quer em virtude da

morosidade, quer em face da falta de compromisso dos magistrados em relação aos seus deveres funcionais.

Vislumbra-se que a pedra de toque das discussões que, ao final, culminaram na promulgação da citada Emenda foi, de fato, a necessidade de criação de um instrumento viabilizador de estratégias que pudessem ser utilizadas para a solução dos problemas que sempre incomodaram os destinatários da prestação jurisdicional, notadamente a morosidade e a falta de transparência. Percebeu-se, pois, que seria imprescindível a criação de um órgão que, ao atuar nesse sentido, exercesse um autêntico controle em relação ao Poder Judiciário, além de viabilizar a sua reestruturação, mediante a identificação dos seus pontos críticos, com vistas à busca de soluções.

Destaque-se que, não obstante a experiência vivenciada pelo Brasil durante o Regime Militar, com a criação de um Conselho da Magistratura pela Emenda Constitucional nº 7/75, a atuação esperada de um órgão dessa natureza, nos moldes acima especificados, até então não havia se materializado, até porque a sua principal atribuição, se não a única, era a correicional ou censória, consistindo na prerrogativa de “[...] conhecer de reclamações contra membros de tribunais, com poderes para avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. [...]”³⁶⁸.

O Conselho da magistratura previsto nas Constituições de 1967 e 1969 podia atuar em todo o território nacional, sendo composto por sete membros, todos eles pertencentes ao Supremo Tribunal Federal, os quais eram escolhidos pelos seus pares, em eleição nominal, juntamente com o presidente e vice-presidente do Tribunal, que passavam a integrar o referido Conselho imediatamente também como presidente e vice-presidente. Atuava ainda junto ao órgão o procurador-geral da República.

Apenas por ocasião das discussões relacionadas à Constituição de 1988 é que veio à tona o debate atinente à criação de um efetivo órgão de controle em relação à atuação do Poder Judiciário, o que passou a dividir opiniões. Nesse sentido, Saraiva *apud* Sampaio o entendia como³⁶⁹:

[...] um dedo do autoritarismo sobrevivente, além de ser contrário à separação dos poderes, dada a sua composição híbrida ou a inexistência de controle

³⁶⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 239-240.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 241.

semelhante ao do Executivo e Legislativo, bem como ao princípio federativo, pois era um só para a magistratura federal e dos Estados, a representar, enfim, um retrocesso de mais de cem anos.

Apenas bem mais tarde é que a discussão frutificou em uma atuação do Poder Constituinte Reformador, conforme se pôde discutir de maneira mais aprofundada no capítulo 4, sendo possível destacar, dentre outras providências, a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão colegiado e autônomo, de inspiração europeia e natureza administrativo-constitucional³⁷⁰.

Ao abordar o assunto, Gilmar Ferreira Mendes preleciona que, não obstante a criação do Conselho Nacional de Justiça ter ocorrido somente quatorze anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tratou-se da grande inovação implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com a nítida missão de exercer, em especial, um controle administrativo-financeiro sobre o Judiciário e disciplinar sobre os magistrados, dentre outras funções³⁷¹.

6.2 CARACTERIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DISCUSSÃO QUANTO À SUA CONSTITUCIONALIDADE

A natureza administrativa do referido Conselho foi reconhecida, de forma expressa, pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 103-B, § 4º, ao estabelecer um rol de atribuições ao órgão que não se enquadram como funções precípua pertinentes aos Poderes Legislativo e Judiciário. Já o seu respaldo constitucional é inegável, não apenas por ter sido tutelado na Lei Magna, mas pelas atribuições que recebeu para, sobretudo, zelar pela autonomia do Poder Judiciário e exercer o controle dos atos emanados dos magistrados, inclusive de forma concorrente com as Corregedorias, não obstante as discussões suscitadas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-DF.

Não é possível afirmar-se que o CNJ possua orçamento próprio, vez que, nesse aspecto, está atrelado ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, sob os aspectos administrativo e funcional, o órgão é dotado de autonomia.

³⁷⁰ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça: Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 47.

³⁷¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **A experiência Constitucional Brasileira**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250.

Comentando acerca da natureza jurídica do Conselho brasileiro, José Adércio Leite Sampaio afirma que ele apresenta um viés administrativo, porém associado a um aspecto político, ante a sua potencialidade de contribuir para uma maior aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade, assim como para que o citado Poder possa consolidar a sua independência³⁷². Ressalte-se, no entanto, que a principal motivação para a criação do órgão não foi esta, pois, diferentemente do que se constata na realidade de outros países, em virtude do disposto nos artigos 2º, 96 e 99 da Constituição Federal, o Judiciário é independente dos demais Poderes, tendo sido atribuída aos próprios tribunais a competência para criar as regras inerentes ao seu funcionamento e gerir as demandas dele decorrentes, assim como reconhecida expressamente a sua autonomia funcional e financeira.

Quanto à sua composição, afirme-se que o CNJ possui caráter heterogêneo, haja vista o integrarem membros oriundos da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia, assim como cidadãos comuns. O art. 103-B³⁷³ da Constituição Federal

³⁷² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 263-264.

³⁷³ “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. § 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. § 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. § 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. [...] § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correção geral; III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. § 6º Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. § 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/07/2014).

especifica a quantidade de membros, os critérios de escolha, assim como quem exercerá funções específicas.

Inegavelmente, a composição do Conselho apresenta um viés democrático, posto que representantes de diversas profissões foram contemplados, além dos cidadãos que, escolhidos pelo Senado e Câmara dos Deputados, estão a legitimar democraticamente as decisões do órgão.

Refletindo sobre a composição do CNJ, Ilton Roberto Robl Filho enfatiza a presença majoritária de membros da magistratura, afirmando que esse aspecto facilitou a sua institucionalização, abrandando as críticas que, a princípio, foram ventiladas pelos juízes³⁷⁴.

Também é digna de nota a regra estabelecida para a escolha dos membros, contemplando-se os provenientes de Tribunais e Ministério Público, tanto federais quanto estaduais, o que reforça o caráter federativo; além da pulverização da legitimidade para indicação, atribuindo-se competência ao STF, STJ, TST, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, Senado e Câmara dos Deputados, aspecto relevante para que se evite a influência política na realização da escolha.

Cabe ao Presidente do STF o exercício da presidência do CNJ, o qual será substituído, nas hipóteses de ausências e impedimentos, pelo vice-presidente do Supremo. Os demais membros são nomeados pelo Presidente da República³⁷⁵, após aprovação, por maioria absoluta, pelo Senado federal. Saliente-se que os membros do Conselho são escolhidos para o exercício de um mandato de dois anos, sendo admitida uma recondução.

A função de Corregedor foi atribuída ao Ministro do STJ, elencando o § 4º do art. 103-A da Constituição Federal as suas prerrogativas, com vistas ao desenvolvimento a contento dessa atribuição. Destaque-se, em especial, a de conhecer de reclamações feitas por qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários, para tanto, previu o § 7º do mencionado dispositivo a criação de ouvidorias espalhadas por todo o país. Acrescente-se, ainda, que atuarão junto ao Conselho o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

³⁷⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

³⁷⁵ Aspecto que denota a ingerência exercida pelo Poder Executivo acerca do órgão, fato que, aliás, não acarreta estranheza, posto que o mesmo faz parte do Poder Judiciário que, por sua vez, não possui autonomia plena, o que fica evidente diante da prerrogativa atribuída ao Executivo para escolher os membros do STF.

Sob o aspecto estrutural, além da Presidência e Corregedoria, o Conselho é dotado do Plenário e das Comissões. Estas têm por objetivo discutir assuntos relacionados ao Conselho, com vistas à construção de um entendimento acerca da maneira mais adequada de conduzi-los. Ao Plenário é atribuída a competência para a deliberação dos assuntos afetos às funções constitucionalmente atribuídas ao órgão.

Embora se reconheça, praticamente de forma unânime, a relevância do Conselho Nacional de Justiça, sobretudo porque a sua atuação se destina ao desenvolvimento de um planejamento estratégico, assim como ao exercício de um efetivo controle sobre a atuação do Poder Judiciário, a constitucionalidade da sua existência e atos já foram questionados perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, no contexto das ADI's 3367 e 4638, a AMB buscou, respectivamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade do próprio CNJ e da Resolução nº 135 de 2011 dele proveniente. Ao se manifestar, o STF não apenas reconheceu a perfeita adequação do órgão aos ditames constitucionais, como também a constitucionalidade da maioria dos dispositivos impugnados, reafirmando a autonomia do Conselho para agir conforme as suas prerrogativas funcionais.

Delimitando a problemática suscitada através das ações antes referidas, parte-se da discussão acerca da suposta violação ao princípio da separação de poderes decorrente da criação do Conselho Nacional de Justiça, em virtude de o mesmo ser composto, mesmo que de forma minoritária, por membros externos ao Poder Judiciário, o que poderia implicar no cometimento de abusos, através da realização de um controle mais político do que técnico, dando azo a perseguições. Ademais, a possibilidade de que juízes de instância inferior viessem a julgar magistrados integrantes dos órgãos superiores do Judiciário feriria a necessária hierarquia que deve existir entre eles. Desse modo, segundo a concepção ora sob análise, a existência de órgão “externo” de controle das atividades jurisdicionais seria transgressora da liberdade constitucionalmente assegurada ao Poder Judiciário.

Cite-se, nessa esteira, a concepção de Gilberto Bercovici *apud* Ilton Norberto Robl Filho, para quem, em virtude da composição do CNJ contemplar, majoritariamente, magistrados “toda a polêmica gerada sobre o ‘controle externo’ do Poder Judiciário e do Ministério Público não faz nenhum sentido. O controle destas

instituições é perfeitamente adequado a um Estado Constitucional fundado na soberania popular e, no nosso caso, não foi criado nenhum controle externo real”³⁷⁶.

Acentue-se que, no julgamento da ADI nº 3367-DF manifestaram entendimento contrário ao acima referido e ao do relator, os ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Aliás, foi esse o entendimento adotado pelo STF quando do julgamento das ADIs nº 98-MT, 135-PB e 137-PA, as quais tinham por objeto a discussão da constitucionalidade de Conselhos estaduais, de composição heterogênea, criados nos contextos dos referidos estados.

Divergindo da opinião acima, Machado e Cerqueira, citados por Sampaio, afirmam que “[...] O princípio da separação se nutria mais na idéia de controle do que de independência ou autonomia de cada um deles. Assim, a previsão de um mecanismo de contenção do poder, ainda que de *um* poder, não podia ser considerada a ele contrária.”³⁷⁷

Enfatize-se que a existência de membros alheios ao Poder Judiciário não teria o condão de eivar o CNJ de inconstitucionalidade, haja vista ser a maioria dos seus membros proveniente desse Poder. Outrossim, na esteira de Bermudes³⁷⁸,

[...] os demais integrantes ou são originários das funções essenciais à justiça ou de membros do povo selecionados pelo Congresso. Conjugue-se assim a legitimidade burocrático-corporativa das duas categorias de imediata interação e cooperação com o Judiciário, diga-se, aferradas ao dever de conselheiro, e não de representantes das duas classes profissionais.

Um outro argumento importante e que reforça a constitucionalidade do Conselho sob a ótica da não transgressão ao princípio da tripartição de poderes é o fato de que esse controle, considerado externo em virtude da composição do órgão que o realiza e interno porque o referido órgão integra o Poder Judiciário, em nada retira a sua relativa³⁷⁹ autonomia, até porque essa é atribuída ao Poder em si e não aos órgãos que o integram. Além disso, não houve transferência das competências estabelecidas constitucionalmente aos tribunais, mais especificamente no seu art. 96, ao novel

³⁷⁶ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

³⁷⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 251.

³⁷⁸ BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 132-133.

³⁷⁹ Considera-se relativa porque o Poder Executivo possui ingerência em relação ao Poder Judiciário, na medida em que escolhe os membros de determinados órgãos, além de o Poder Legislativo elaborar as leis que estabelecem a remuneração dos magistrados, a organização judiciária, as questões orçamentárias.

Conselho, de modo que o papel de organização administrativa continua sendo exercido por aqueles³⁸⁰.

Pertine, ainda, enfrentar a problemática da possibilidade de a atuação disciplinar do Conselho não estar lastreada na isenção, de modo que as decisões passariam a assumir um caráter mais político do que jurídico. Também aqui necessário se faz registrar a composição do Conselho, com membros, em sua maioria, provenientes do Poder Judiciário, o que, de certa forma, dificulta a realização de perseguições, dada a ampla representatividade dos magistrados no órgão. Outrossim, a função de corregedor foi atribuída a um membro do STJ, aspecto que também gera a presunção de uma atuação pautada na lisura. De todo modo, em havendo motivos fundados para se questionar as decisões colegiadas prolatadas nesse contexto, é possível se recorrer ao STF. O que não é pertinente é a utilização desse argumento para tentar ilidir a atuação do Conselho, sobretudo em virtude de as Corregedorias de Justiça, que hoje possuem competência concorrente com o órgão, notadamente não desenvolverem a contento o seu papel de coibição da prática de atos considerados incompatíveis com o exercício eficiente da função judicante.

Reportando-se, agora, à questão de os magistrados que compõem órgãos superiores estarem sujeitos a decisões emanadas de juízes de hierarquia inferior, tem-se primeiramente que, de acordo com José Adércio Leite Sampaio, “[...] hierarquia judiciária não se confunde com subordinação administrativa.” Outrossim, as decisões não emanam de um membro isoladamente, mas do colegiado.

Comentando sobre a composição híbrida do CNJ, Miguel Reale Júnior³⁸¹ a entende pertinente por evitar uma atuação disciplinar pautada no corporativismo. Inclusive, defende a extensão da regra para o Conselho Superior do Ministério Público. Porém, suscita uma problemática em relação à presença de dois cidadãos escolhidos pelo Senado e Câmara dos Deputados, haja vista isso poder implicar em politização do Conselho.

Não obstante a coerência da argumentação acima exposta, discorda-se do seu autor, posto que, ainda que exista o risco de que os cidadãos indicados pelas duas casas legislativas o tenham sido em virtude de qualquer tipo de interesse escuso, na tentativa de manipular resultados, o peso do voto dessas pessoas é pequeno, se comparado ao dos

³⁸⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 252.

³⁸¹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Valores fundamentais da Reforma do Judiciário**. Revista do Advogado. São Paulo, n. 75, pp. 78-81, abr. 2004, p. 81-82.

demais membros, já que corresponde a 13,3% da composição. De todo modo, acredita-se que a relevância da presença de representantes diretos do povo no Conselho é suficientemente legitimadora da sua manutenção.

No mesmo sentido entende Flávio Dino³⁸², que faz uma ressalva apenas em relação à necessidade de mitigação da discricionariedade da escolha, por intermédio do estabelecimento de critérios mínimos, ponderação, aliás, com a qual se concorda. Eis as palavras do autor:

Quanto aos membros indicados pelo Legislativo, esta modalidade de escolha está presente em todos os países - parlamentaristas ou não - que albergam Conselhos similares ao ora proposto para o Brasil. Neste passo, despidendo lembrar que no Legislativo estão presentes delegados diretos da soberania popular, representando - com um grau razoável de fidelidade - a pluralidade existente no corpo social. Pensamos, contudo, que deveria ser erguido um limite à discricionariedade da escolha, a fim de evitar que esta venha a recair somente sobre integrantes do Parlamento, como ocorre em relação às indicações de Ministros do Tribunal de Contas da União que cabem ao Congresso Nacional.

Há ainda de destacar que, conforme afirma Luís Roberto Barroso³⁸³, não existe qualquer previsão constitucional determinando que os membros do Poder Judiciário sejam exclusivamente magistrados. Ao contrário, os órgãos jurisdicionais colegiados, em sua formação, contemplam a presença de advogados e membros do Ministério Público, por força do 1/5 constitucional estabelecido no art. 94 da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, por todos os argumentos até então aduzidos, não há como se sustentar a tese de que a composição heterogênea do CNJ teria o condão de eivá-lo de inconstitucionalidade. Ao contrário, trata-se de uma regra extremamente salutar para o aprimoramento da função judicante, ante o afastamento da sombra do corporativismo que sempre paira sobre os órgãos que exercem função disciplinar.

No que pertine à discussão quanto à suposta violação ao pacto federativo, informe-se que a mesma se lastreia no fato de o Congresso Nacional, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45, ter viabilizado a implementação do CNJ, o que recebe

³⁸² COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 136.

³⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da criação do Conselho nacional de Justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (org.). **Reforma do Poder Judiciário: primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 425-445, p. 440.

reforço do caráter federal do órgão, que é custeado por verbas dessa natureza, pontos que teriam afrontado a autonomia dos Estados.

Ora, há de se ponderar que não é possível interpretar a autonomia estadual no contexto de uma federação sem que se considere a inegável peculiaridade do Poder Judiciário. Mas, antes da discussão desse aspecto, imprescindível é que se mencione que o poder é uno e indivisível e está atrelado à soberania estatal. Esses elementos, por óbvio, conduzem à conclusão de que há um só poder emanado do Estado, cujas funções podem ser compartimentadas e subcompartimentadas com vistas à viabilização do seu exercício.

Ao se tratar especificamente da função jurisdicional estatal, por ser a mesma desempenhada com vistas à concretização da justiça, mediante pronunciamento acerca das pretensões trazidas à apreciação do Poder Judiciário, a padronização de procedimentos se torna essencial, a fim de que seja possível evitar decisões absolutamente contraditórias entre os diferentes órgãos, além de se assegurar a segurança jurídica tão essencial à estabilização das relações estabelecidas no seio social.

Nesse sentido, a criação de regras uniformes e vinculativas de todos os instrumentos jurisdicionais acerca de específicos assuntos apresenta-se como imprescindível, conjuntura essa inexistente em relação aos demais poderes.

Acentuando esta evidência, cite-se que, no contexto brasileiro, à União foi atribuída a competência privativa para legislar sobre matéria processual, por meio do art. 22 da Constituição Federal de 1988³⁸⁴, sendo concorrente a competência entre União e Estados para o tratamento de matérias relativas a procedimentos em matéria processual³⁸⁵.

Procedendo-se a uma análise da própria estrutura do Poder Judiciário brasileiro³⁸⁶, sendo esse dotado de inúmeros órgãos, espalhados por todo o território nacional e com competências distintas, inevitável se torna a constatação da necessidade não apenas de criação de normas uniformizadoras, como também de um órgão que

³⁸⁴ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/07/2014).

³⁸⁵ Art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI - procedimentos em matéria processual; [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/07/2014).

³⁸⁶ Art. 92 da Constituição Federal de 1988.

possa gerir toda essa estrutura, que, *in casu*, é o CNJ. Para tanto, possui esse caráter nacional e não federal, aspecto que não é desnaturado em virtude de o custeio das suas despesas ser realizado através da aplicação de verbas federais, pois, segundo José Adércio Leite Sampaio, “[...] Em nada modifica seu caráter nacional. É até justificável que assim tenha disposto o constituinte reformador diante da assimetria fiscal do nosso federalismo.”³⁸⁷

Corroborando o entendimento acima exposto, José Afonso da Silva³⁸⁸ assim preleciona:

A Constituição, como já visto, inclui os Tribunais e Juízes Estaduais entre órgãos do Poder Judiciário Nacional (e, por essa razão, não puramente federal, art. 92, VII), mas declara que os Estados organizarão sua justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição. É o acolhimento da tese da jurisdição nacional e descentralização judiciária.

Ao proferir voto no julgamento da ADI nº 3367/DF, que impugnou a constitucionalidade do Conselho, o Ministro relator, ao se posicionar especificamente sobre a alegação de afronta ao princípio federativo, afirmou que o Poder Judiciário é instrumento de manifestação do poder soberano estatal, de modo que a jurisdição é una, indivisível e nacional, assim como o é o Poder Judiciário.

Discordando acerca da nacionalidade do Poder Judiciário, Ilton Norberto Robl Filho, alega, inicialmente, que os Poderes Executivo e Legislativo também são soberanos e, nem por isso, podem ser considerados unos e indivisíveis. Também entende que o argumento da necessidade de uniformização de procedimentos não se sustenta, pois não se relaciona com a nacionalização, mas sim com a federalização, pois “Em um Estado federal, há respeito das autonomias dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário estaduais. De outro lado, há uniformização de questões por meio da centralização de alguns assuntos por meio dos poderes federais”.³⁸⁹

Prossegue o autor argumentado que tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo estaduais, não obstante a autonomia de que gozam para o desempenho das suas funções, devem obediência às diretrizes oriundas de órgãos federais. Nesse sentido, as Constituições Estaduais não podem violar os dispositivos da Constituição Federal,

³⁸⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 256.

³⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.107.

³⁸⁹ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 235.

assim como o Governador de um estado-membro, ao executar políticas públicas, deverá se pautar na Lei de Responsabilidade Fiscal. Desse modo, a necessidade de uniformização de procedimentos não estaria relacionada apenas ao Poder Judiciário.³⁹⁰

No entanto, embora discorde do caráter nacional do Poder Judiciário, afirma que a Constituição Federal procedeu a uma padronização para todos os Estados-membros da federação sobre temas pertinentes ao Poder Judiciário. Para tanto, utilizou-se de “[...] (a) um único Estatuto da Magistratura, (b) um único conjunto de leis processuais e (c) um único Conselho de Justiça.” Desse modo, reconhece o caráter federal do Conselho Nacional de Justiça, com atuação perante todos os órgãos jurisdicionais, quer de caráter estadual ou federal, mas desde que respeitada a autonomia atribuída aos Judiciários estaduais.³⁹¹

Do entendimento anteriormente explicitado, extrai-se que, embora o autor faça ponderações quanto ao viés nacional do Poder Judiciário, reconhece o caráter federal do CNJ, cujas determinações abrangem os órgãos jurisdicionais de todo o território nacional, desde que tal não implique em transgressão à autonomia atribuída constitucionalmente aos tribunais.

Discorrendo sobre as peculiaridades do Poder Judiciário, Joaquim Falcão afirma ser o mesmo uno e múltiplo ao mesmo tempo. Uno em virtude de a própria Constituição tê-lo assim estruturado, e múltiplo em virtude de serem inúmeros os papéis exercidos, simultaneamente, por um único Poder Judiciário no âmbito social. Cita o autor, para ilustrar o viés da multiplicidade, que se exterioriza mais sob o ponto de vista organizacional, a questão do nepotismo, que sempre foi proibido no Supremo Tribunal, mas só pôde ser aplicado indistintamente em todos os órgãos da jurisdição a partir da Resolução nº 07 do CNJ³⁹².

É de se afirmar que a criação do Conselho Nacional de Justiça adveio da necessidade de se proceder a um controle acerca dos atos emanados do Judiciário. Contudo, a função de controle é apenas secundária e instrumental à do planejamento de estratégias que saneiem, ou pelo menos minimizem, as mazelas ínsitas a este Poder da República, possibilitando, dentre outros objetivos, a uniformização das suas práticas

³⁹⁰ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 235.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 237.

³⁹² FALCÃO, Joaquim. O múltiplo Judiciário. In: SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 116.

institucionais, a transparência das suas atividades *lato sensu* e a racionalização dos recursos humanos e materiais colocados à sua disposição.

Ainda de acordo com Joaquim Falcão, a criação do CNJ como um órgão constitucional se deu exatamente diante da constatação de que a autonomia atribuída ao Judiciário não estava contribuindo para que a prestação jurisdicional fosse entregue de maneira célere, de modo que era preciso “[...] fiscalizar e controlar os inadequados excessos no exercício dessa autonomia.”³⁹³

A providência referida supra, considerada de forma isolada, não será suficiente para que a reforma do Judiciário ocorra em sua plenitude. Contudo, mesmo considerando as limitações impostas constitucionalmente ao CNJ, este tem servido de intermediário entre o povo e o Judiciário, o que tem contribuído enormemente para o fortalecimento da democracia, bem como para o aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional.

Há de se focar, ainda, que a atuação do órgão, ao estabelecer metas, emitir resoluções, recomendações e traçar um perfil do Poder Judiciário, tem colaborado para a duração razoável do processo e a efetividade da prestação jurisdicional, propiciando, enfim, uma ambiência adequada à garantia do acesso à justiça e à duração razoável do processo.

Por todo o exposto, há de se afirmar que as objeções apresentadas em relação à constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, sobretudo no que concerne à suposta violação aos princípios da tripartição de poderes e federativo não se sustentam, haja vista que, sendo composto, de forma majoritária, por magistrados, não exerce um controle externo propriamente dito, o que é corroborado pelo art. 92, I-A, da Constituição Federal, ao estabelecer que se trata de um órgão atrelado ao Poder Judiciário.

Outrossim, trata-se o Judiciário de um poder dotado de caracteres específicos, por prestar a tutela jurisdicional e, desse modo, exigir a padronização de procedimentos, a fim de que não impere a insegurança jurídica. Esse aspecto exigiu a criação de um órgão que, além de outras funções, pudesse realizá-lo, o que em nada viola o princípio federativo, dado o pertencimento do Conselho Nacional de Justiça ao Poder Judiciário, e sendo este dotado de natureza nacional, aquele também o é, de modo que a sua

³⁹³ FALCÃO, Joaquim. O múltiplo Judiciário. In: SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 121.

atuação, repita-se, relativa à realização de um planejamento estratégico e de controle em relação à atuação do Judiciário, está completamente respaldada constitucionalmente.

6.3 DELIMITAÇÃO DAS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Conselho Nacional de Justiça, por força do art. 92, I-A da Constituição Federal vigente, integra o Poder Judiciário, possuindo natureza jurídica de órgão de planejamento estratégico e controle. As suas atribuições, por sua vez, foram estabelecidas pelo § 4º do art. 103-B³⁹⁴, do texto constitucional.

Como se depreende da análise do dispositivo suso aludido, as funções do Conselho Nacional de Justiça brasileiro restringem-se à esfera administrativa, sem qualquer interferência no exercício da função jurisdicional³⁹⁵. Também não abrangem a iniciativa para a apresentação de projetos de leis pertinentes ao Poder Judiciário, nem tampouco para a condução do processo de seleção, ascensão funcional e capacitação contínua dos magistrados, afastando-se, nesse contexto, dos modelos europeu-latino e nórdico³⁹⁶.

³⁹⁴ “Art. 103-B. [...] *Omissis* § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, **podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência**, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - 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; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - 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. (Grifos intencionais).” (BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/07/2014).

³⁹⁵ CESA, Monnalise Gimenes. A Constitucionalidade do Controle do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça. *In*: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord); LEMOS, Alexandre Bonfati de [et. al.]. **A Reforma do Poder Judiciário. Uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 140-141.

³⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 273.

Ao tratar acerca das missões constitucionalmente conferidas ao Conselho, José Adércio Sampaio Leite as classifica em políticas, correicionais, disciplinares, informativas e propositivas ou opinativas³⁹⁷. Dada a pertinência desse critério metodológico, será o mesmo adotado no presente trabalho.

As funções de cunho político dizem respeito à viabilização da proteção da autonomia do Poder Judiciário, além do cumprimento do Estatuto da Magistratura, mediante a edição de atos de natureza regulamentar e recomendação de providências.

Com vistas ao cumprimento das atribuições ora sob comento, destaque-se, a princípio, a necessidade de se realizar um planejamento estratégico, mediante a identificação das principais lacunas que acometem o Poder Judiciário, a fim de que medidas possam ser adotadas com vistas ao aperfeiçoamento do exercício da função jurisdicional. Frise-se que, não obstante a referida função tenha deixado de ser contemplada de forma expressa no texto constitucional, o art. 19, XIII do Regimento Interno do CNJ (RICNJ)³⁹⁸ a previu, determinando

[...] como atribuição dos conselheiros em plenário definir e fixar, com a participação dos órgãos do Poder Judiciário, podendo ser ouvidas as associações nacionais de classe das carreiras jurídicas e de servidores, o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário, visando ao aumento da eficiência, da racionalização e da produtividade do sistema, bem como ao maior acesso à Justiça.³⁹⁹

Com vistas à viabilização do planejamento estratégico, foi formulada a Resolução n. 70, de 2009⁴⁰⁰, que prevê a elaboração de um plano estratégico do Judiciário, por intermédio do plano estratégico nacional, com o estabelecimento de metas que objetivam aprimorar a atuação desse Poder. Para auxiliar a implantação das diretrizes contidas na citada Resolução, existe o Departamento de Pesquisas Jurídicas (DPJ), com previsão nos arts 36 a 40 do RICNJ, composto por “[...] um diretor executivo, um diretor de projetos, um diretor técnico e conselho consultivo, sendo este

³⁹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 274.

³⁹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/regimento-interno-e-regulamentos>>. Acesso em: 17.05.2012.

³⁹⁹ SAMPAIO, op. cit., p. 275.

⁴⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 70/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_70_18032009_22072014152617.pdf. Acesso em 06/08/2014.

composto por nove membros indicados pelo presidente e aprovados pelo plenário entre professores de ensino superior e magistrados [...]”.⁴⁰¹

A atuação estratégica se apresenta como imprescindível para a busca de independência externa do CNJ, ou seja, aquela que se estabelece em face dos demais poderes e de terceiros, a qual atingiria a sua máxima expressividade se o órgão passasse a gerir os recursos não apenas administrativos, como também humanos, logísticos e financeiros do Poder Judiciário. Por óbvio, tal missão não é simplória, por esbarrar na autonomia de que gozam atualmente os tribunais.

Um outro aspecto identificado como negativo nesse contexto de consolidação de independência do Judiciário consiste na ausência de atribuição, ao Conselho, da prerrogativa de realizar a seleção e promover cursos de capacitação e aperfeiçoamento dos magistrados. Cabe, pois, aos tribunais a realização dos concursos e à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, ambas vinculadas ao STJ, o desenvolvimento das atividades formativas.

Cite-se, ainda no âmbito das funções de cunho político do órgão sob ênfase, a possibilidade de fazer recomendações que são vinculativas dos integrantes do Poder Judiciário, sujeitando-os à responsabilização administrativa, penal e cível. Relativamente aos destinatários externos ao Judiciário, embora não seja possível efetuar uma sanção nos exatos termos que a expressão encerra, é cabível a efetivação de representações, que consistem em repreensões políticas, obrigando à oferta de resposta e cumprimento de diligências.⁴⁰²

Exemplificando o exercício da competência do CNJ acima especificada, cite-se a recomendação n. 11, de 2007⁴⁰³, que traça diretrizes para a adoção de políticas públicas com vistas à conscientização ambiental na gestão dos tribunais, assim como em relação aos servidores e jurisdicionados, mediante a criação de comissões que possam pensar as medidas e acompanhar a sua implementação. Outrossim, destaque-se a Recomendação

⁴⁰¹ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 248.

⁴⁰² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 286.

⁴⁰³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 11/2007**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12093-recomenda-no-11>. Acesso em 06/08/2014.

n. 27, de 2009⁴⁰⁴, cujo objeto é a inclusão de pessoas com deficiência, mediante a adoção de medidas de acessibilidade, incluindo o afastamento de quaisquer obstáculos que impeçam o exercício de direitos, como também o acesso das pessoas dotadas de necessidades especiais aos serviços e carreiras dos órgãos pertencentes ao Poder Judiciário.

A função regulamentar do CNJ, também atrelada ao aspecto político, por consistir no foco principal do presente trabalho, será tratada em tópico próprio, a fim de que possa ser mais bem detalhada.

Registre-se, ainda, a função de controle administrativo atribuída ao Conselho, sendo que o art. 103-B, § 4º, II, expressamente o autorizou a zelar pelo cumprimento do art. 37 da Constituição Federal, para tanto apreciando, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstitui-los, revê-los ou fixar prazo para que se realizem as diligências necessárias ao fiel cumprimento da lei, mas sem que isso implique em usurpação da competência do Tribunal de Contas da União.

Ressalte-se que os princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal e que devem ser velados pelo Conselho Nacional de Justiça são o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais não são analisados em relação à prestação jurisdicional propriamente dita, mas à atuação administrativa dos tribunais.

No que pertine à publicização da atuação do Judiciário, há de se destacar uma relevante contribuição dada pelo CNJ ao editar a Resolução n. 102/2009⁴⁰⁵, que determinou aos tribunais a divulgação de informações administrativas e financeiras, incluindo: “[...] (a) gestões orçamentárias e financeiras, (b) informações sobre a remuneração dos funcionários, quantitativos de funcionários efetivos e comissionados, (c) relação de magistrados e (d) relação de servidores que não compõem o quadro da magistratura.”⁴⁰⁶

Ademais, ainda de acordo com Ilton Norberto Robl Filho, com vistas a garantir uma atuação eficiente do Poder Judiciário,

⁴⁰⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n° 27/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_27_16122009_13032014184318.pdf. Acesso em 06/08/2014.

⁴⁰⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n° 102/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_102_15122009_24042014153738.pdf. Acesso em 06/08/2014.

⁴⁰⁶ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 242.

[...] O Conselho Nacional de Justiça disponibiliza em sua página eletrônica na internet: (a) tabelas de casos novos por classe e assunto, (b) relatórios anuais da justiça em números com dados do art. 14, I, II, III e IV da Resolução n. 76/2009, (c) dotação inicial orçamentária dos órgãos do Poder Judiciário integrantes do orçamento geral da União, (d) execução orçamentária de órgãos do Poder Judiciário integrantes do orçamento geral da União, (e) produtividade dos magistrados de primeiro grau e (f) produtividade de magistrados de segundo grau.

Destaca-se ainda, nesse contexto, a Resolução n. 83/2009⁴⁰⁷ do CNJ, que tratou de disciplinar a utilização, aquisição e locação de veículos por parte do Judiciário, com vistas a evitar o desvirtuamento da destinação de tais bens.

Também se destaca a atribuição de ouvidoria do Conselho⁴⁰⁸, cabendo a este, através do Ministro-Corregedor, receber e processar as denúncias realizadas em face de membros ou órgãos do Poder Judiciário, dentre os quais estão incluídos os “[...] serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados [...]”.⁴⁰⁹ Cabe destacar que aos tribunais, por intermédio das Corregedorias, cabe exercer a função correicional e disciplinar de maneira concorrente com o CNJ, mas esse tem a prerrogativa de chamar para si a competência para julgar os processos em trâmite, o que trará como consequência a exclusão da competência daqueles órgãos.

Conforme afirmado acima, ao Conselho cabe também atuar disciplinarmente. Aliás, trata-se de uma atribuição de destaque, podendo ser executada de maneira originária, quando a representação acerca do cometimento de alguma falta disciplinar se faz diretamente ao Conselho, ou derivada, quando o órgão avoca para si processos disciplinares em trâmite nas Corregedorias ou quando atua na revisão de processos já julgados, desde que em um período inferior a um ano⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 83/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_83_10062009_10102012210929.pdf. Acesso em 06/08/2014.

⁴⁰⁸ Por intermédio da Resolução nº 103/2010 do CNJ determinou-se a criação da ouvidoria no seu âmbito e nos tribunais. E, não obstante o Conselho tenha relativizado a determinação constitucional, ao estabelecer uma política uniforme e federal para as ouvidorias do Judiciário, respeitando, obviamente, a autonomia dos tribunais, o resultado da análise dos relatórios das ouvidorias em 2010 e 2012 e de pesquisa realizada em 84 dos 91 tribunais dão conta que 83% dos tribunais analisados instalaram a ouvidoria por intermédio de páginas de internet. (FILHO, Ilton Norberto Robl. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257).

⁴⁰⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 296.

⁴¹⁰ De acordo com o art. 83 do RICNJ, a revisão só poderá ocorrer quando a decisão transgredir texto expresso de lei, afrontar evidência nos autos ou ato normativo do CNJ, pautar-se em provas falsas ou surgirem elementos novos após a sua prolação.

Como decorrência lógica da sua atuação disciplinar, ao CNJ também cabe aplicar sanções, desde que estas sejam deliberadas pela maioria absoluta dos seus membros e não impliquem na perda de cargo dos magistrados, posto que, em virtude da prerrogativa da vitaliciedade de que gozam, tal só poderá ocorrer em virtude de sentença definitiva. Desse modo, a título de exemplo, pode o Conselho aplicar, dentre outras punições, a remoção e a disponibilidade do cargo do magistrado.

Tratando acerca dessa questão, Flávio Dino enfatiza que a atribuição disciplinar se torna essencial para que seja possível a responsabilização dos integrantes dos Tribunais e se aperfeiçoe a dos juízes de primeiro grau.⁴¹¹

É também atribuição do Conselho elaborar relatórios, com vistas à realização de uma análise diagnóstica sobre a atuação do Judiciário, enfocando tanto a situação individualizada dos tribunais espalhados pelas diversas unidades federativas, quanto a realidade global do Poder, assim como da própria atuação do órgão. Nos termos da Resolução n. 76/2009⁴¹² do CNJ, criou-se o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ), bem como se determinou que os tribunais passassem a enviar dados estatísticos ao órgão, contemplando diversos aspectos, como insumos, dotações e graus de utilização, litigiosidade, acesso à justiça e perfil das demandas, com vistas à elaboração do relatório semestral da atuação do Judiciário.

Ao se analisar, comparativamente, o formato do CNJ brasileiro com alguns modelos adotados em outros países, é preciso que se reafirme que o órgão recebeu influência do modelo latino-europeu, no qual há uma forte relação entre os poderes Executivo e Judiciário, tanto que, na França, até bem pouco tempo, o Presidente da República não apenas compunha como presidia o Conselho. No entanto, apesar dessa inegável influência, algumas características peculiares podem ser observadas, as quais serão adiante pontuadas.

A principal delas diz respeito à ausência de competência para participar dos processos de seleção, capacitação e gestão da carreira dos magistrados, diferentemente do que se dá em relação à Espanha, Itália e Portugal. Outrossim, o Conselho brasileiro também não recebeu a atribuição para a apresentação de proposta de lei ou emissão de opinião ao Ministro da Justiça atinente a questões relativas ao Poder Judiciário,

⁴¹¹ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 119.

⁴¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 76/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_76_12052009_10102012220048.pdf. Acesso em 06/08/14.

destoando dos modelos adotados nos países já destacados. Nesse aspecto, considera-se deficitária a estrutura do CNJ.

A composição heterogênea é uma regra entre os Conselhos de Justiça, mas a presença de professores universitários que atuam na área jurídica, com previsão no Conselho italiano, não foi prevista para o órgão brasileiro, aspecto considerado negativo.

Destaque-se, ainda, a presença da maioria de membros oriundos do Poder Judiciário nos Conselhos italiano, português, francês e brasileiro, estando o modelo argentino praticamente isolado nesse aspecto, já que adotou um órgão de controle efetivamente externo, composto, em sua maioria, por membros alheios ao Judiciário.

Por fim, há de se pontuar que o método de escolha é um elemento apontado como negativo na maioria dos Conselhos europeus, já que fica nítida incidência da influência política. No Brasil, embora caiba ao Presidente da República realizar a nomeação, o método de seleção é compartilhado entre diversos órgãos, o que dificulta a existência de interferências políticas, sendo esse um ponto considerado positivo no Conselho.

6.3.1 A função regulamentar do CNJ

Conforme pormenorizado no capítulo 3, o poder regulamentar consiste na prerrogativa, atribuída aos que exercem funções administrativas, de editar atos de natureza normativa com vistas ao disciplinamento de matérias normalmente atreladas ao desenvolvimento das atividades de certo órgão.

No ordenamento jurídico pátrio, os regulamentos, em regra, ostentam natureza executiva, direcionando-se a desenvolver, elucidar, ou até mesmo suprir lacunas constatadas nas leis que tratam acerca da matéria. Desse modo, não inovam no ordenamento jurídico.

No entanto, a própria Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 84, VI, previu a figura dos regulamentos autônomos, sendo atos emanados do Presidente da República, que não necessitam de intermédio legal, podendo versar acerca da organização e funcionamento da administração federal, quando isso não implicar em aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem como sobre a

extinção de cargos vagos. O reconhecimento da natureza autônoma dos referidos regulamentos restou consolidado no julgamento da ADI nº 2564-DF⁴¹³.

É pulsante entre os administrativistas a discussão sobre a possibilidade de existirem regulamentos autônomos para além da supracitada hipótese, a qual é fomentada pela inegável influência exercida pelo processo de constitucionalização sobre o Direito Administrativo, responsável pela reformatação do seu sistema de fontes. Nesse contexto, cogita-se a vinculação dos atos administrativos não à legalidade em sentido estrito, mas à superlegalidade ou juridicidade, podendo-se buscar o seu fundamento de validade tanto na lei como também e diretamente na Constituição Federal.

Alçando-se ao contexto da atuação do CNJ no âmbito regulamentar, emerge que, por se caracterizar como órgão de natureza eminentemente administrativa, a normativa atinente aos atos regulamentares em geral a ele se aplica. Sob essa ótica, destaque-se a existência de regulamentos *ad intra*, destinados ao disciplinamento interno do próprio órgão, e *ad extra*, a princípio utilizados para a concretização de comandos emanados da lei. No entanto, quanto a estes, não há uma definição consolidada acerca dos seus limites, divergindo a doutrina e a jurisprudência acerca do reconhecimento ou não da permissibilidade de o órgão editar regulamentos de maneira autônoma.

Ao se manifestar acerca da matéria, José dos Santos Carvalho Filho preleciona que a Constituição Federal, ao estabelecer as funções do CNJ,

[...] conferiu ao órgão atribuição para “expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência ou recomendar providências. A despeito dos termos da expressão (“atos regulamentares”), tais atos não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar; como terão por escopo regulamentar a própria Constituição, serão eles autônomos e de natureza primária, situando-se no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierarquia normativa.

Aprofundando-se a discussão, acentue-se que o entendimento adotado pela jurisprudência do STF é o de que, ao editar atos normativos independentemente de uma prévia chancela legal, o CNJ não viola o princípio da tripartição de poderes, realçando-se, neste diapasão, que a Constituição Federal, em seu art. 103, § 4º, I, determina que ao órgão cabe expedir atos regulamentares, no âmbito da sua competência, legitimando, pois, a sua atuação regulamentar autônoma, desde que esta viabilize a concretização das funções ínsitas ao órgão, também definidas constitucionalmente.

⁴¹³ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça: Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 34.

O raciocínio em tela é extraível da decisão prolatada na ADCMC nº 12-DF⁴¹⁴, a qual teve por objeto a análise da constitucionalidade da Resolução nº 07/2005⁴¹⁵ do CNJ, que vedou a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, tendo o relator, o ministro Ayres Brito, reconhecido que o ato normativo sob análise retirou da própria Constituição o seu fundamento de validade, consubstanciando-se em ato normativo primário, e não meramente executivo, dotado de generalidade, impessoalidade e abstratividade, passível, por esta via, de sofrer controle objetivo de constitucionalidade.

Dado o caráter emblemático da decisão, faz-se imprescindível dissecar os seus principais pontos, de forma a delimitar a problemática que envolve o tema.

Aprofundando essa reflexão, frise-se que, ao adentrar na discussão meritória, o relator da referida ação aduziu que a Constituição, embora tenha estabelecido a lei como fonte normativa primária no sentido genuíno da expressão, admitiu em seu próprio texto exceções a tal regra, mencionando, ilustrativamente, as atribuições conferidas ao Senado para legislar sobre as matérias definidas nos arts. 52, VII, VIII e IX, e 155, § 2º, V, a e b, além das medidas provisórias (art. 62), da competência atribuída aos tribunais de justiça (art. 96, I) e de Contas (arts. 73 e 75) para a elaboração dos seus regimentos internos e dos regulamentos autônomos consubstanciados no art. 84, VI.

Acrescido a isso, foi reconhecido que o CNJ, ao receber da Constituição a autorização para editar atos normativos primários, terminou por se enquadrar na referida excepcionalidade. Trata-se, aqui, de uma evidência embasada na inegável relevância das funções atribuídas ao Conselho, sobretudo em relação ao controle de legalidade dos atos praticados pelos membros do Poder Judiciário, como também ao zelo pelo cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados.

Ainda de acordo com o relator, o inciso II do § 4º do art. 103-B da Constituição possui um núcleo expresso e um inexpresso. Enquanto aquele estaria conformado nas próprias atribuições do Conselho contidas no destacado dispositivo, este restaria vinculado ao expresso, na medida em que a Constituição teria munido o CNJ da competência normativa primária para efetivar as missões que lhe foram outorgadas.

⁴¹⁴ BRASÍLIA. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12**. Relator: Ministro Ayres Britto, 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12>>. Acesso em: 10.04.2012.

⁴¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 07/2005**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_7_18102005_02052014172415.pdf. Acesso em 06/08/2014.

Inegavelmente, adotou-se a *Doctrine of Implied Powers*, de origem norte-americana, desenvolvida a partir do precedente de 1819 *McCulloch versus Maryland*. Trata-se da possibilidade de se interpretar a existência de autorização constitucional para a atuação regulamentar, a partir do estabelecimento de determinados fins a serem alcançados pela Administração Pública. Desse modo, os fins constitucionais legitimariam os meios utilizados para o seu atingimento, desde que convenientes, lícitos e em consonância com o espírito constitucional⁴¹⁶.

Consignou-se, ainda, que, diferentemente da modelagem dada ao Conselho de Justiça Federal (art. 105, parágrafo único, II) e ao Conselho Superior de Justiça do Trabalho (art. 111-A, § 2º, II), a Constituição optou por não estipular, expressamente, a necessidade de a regulamentação das funções do CNJ ser instrumentalizada por meio de lei. Dissertando sobre a presente temática, Antônio Veloso Peleja Júnior⁴¹⁷ aduz:

O raciocínio silogístico é o seguinte: há três conselhos de justiça previstos na Constituição Federal; em relação a dois deles exige-se o regramento via lei infraconstitucional; quanto ao outro não há a exigência. Assim, quanto a este pode haver o *exercício pleno* de suas funções, na qual se insere o *poder normativo primário*.

Voltando a enfatizar a relevância do Conselho e a delimitação das suas funções constitucionais, o ministro se reporta à necessidade de realização de uma interpretação sistemática. Sob a sua ótica, o art. 103-B da Constituição vigente deveria ser interpretado à luz do artigo 37, e de forma combinada com o seu parágrafo § 4º, o que tornaria possível a extração dos princípios constitucionais-administrativos que a Resolução nº 07 do CNJ buscou densificar.

Ademais, discutiu-se a suposta violação da atuação regulamentar do Conselho, ao elaborar a multireferida resolução, aos princípios da separação de poderes e da federação. De acordo com o ministro relator, em virtude de o órgão fazer parte da própria estrutura do Poder Judiciário, não se submetendo esse Poder à autoridade dos demais, a sua atuação não teria como ferir o princípio da separação de poderes. Igualmente, ante o inegável caráter federal do Judiciário, não obstante alguns aspectos da jurisdição terem sido estadualizados, a padronização de regras a serem aplicadas em todas as unidades federadas também não transgrediria o princípio federativo.

⁴¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 41, p. 284-309, out./dez. 2002, p. 299-300.

⁴¹⁷ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 150.

Todos os argumentos apresentados embasaram a decisão, unânime, de reconhecimento da constitucionalidade da Resolução nº 07 do CNJ.

Registre-se, no entanto, que no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade sob comento, foi concedida liminar, cuja votação se deu por maioria, tendo sido vencido o Ministro Marco Aurélio, que afirmou não ter o Conselho recebido autorização constitucional para “[...] normatizar de forma abstrata, substituindo-se ao Congresso [...]”⁴¹⁸.

Manifestando-se sobre o assunto, Antônio Veloso Peleja Júnior assevera não ser possível realizar uma interpretação que reconheça uma exceção implícita à regra de obediência ao princípio da legalidade, defendendo que a solução mais adequada seria a inclusão no texto constitucional, de forma expressa, do poder normativo primário do CNJ, até por reconhecer a imprescindibilidade do órgão, assim como a relevância de tal atribuição para que ele possa desenvolver adequadamente o seu mister. Entendimento contrário levaria à atribuição de poderes excessivos ao Conselho, violando frontalmente o princípio da legalidade. Outrossim, ao se referir à sua amplitude nacional, afirma se tratar de um precedente sério, por desnaturar o modelo de Estado secular, o Federal, criando, quanto ao Judiciário, um Estado unitário⁴¹⁹.

Também externando a sua posição acerca da atuação regulamentar do CNJ, Christiane Vieira Soares Pedersoli, considera consistir na veiculação, através de ato normativo secundário, das decisões tomadas pelos conselheiros⁴²⁰. Ou seja, de acordo com a concepção da autora, não caberia aos regulamentos o tratamento primário de determinadas matérias.

Por sua vez, José Adércio Leite Sampaio⁴²¹, analisando o posicionamento do STF acerca da extensão do poder regulamentar do CNJ, preleciona:

Assim pode impor restrições a empregos de parentes de magistrados em cargos de direção e assessoramento, ainda que a LOMAN a respeito não disponha. Quando o art. 104-B, II, da Constituição a ele atribuiu o dever-poder de zelar pela observância do art. 37, está a autorizar que concretize imediatamente o princípio da moralidade e da impessoalidade (Resolução n. 7/2005). Isso também se diz em relação à disciplina para aferição de

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, 2006, p. 90-91.

⁴¹⁹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 160.

⁴²⁰ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça: Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82.

⁴²¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 279.

merecimento, de promoção de magistrado e de acesso aos tribunais de segundo grau, prevista pelo art. 93, II, III, IV, IX e X, da Constituição (Res. n. 6/2005), à fixação imediata do teto remuneratório dos magistrados e servidores dos Tribunais de Justiça a considerar o art. 37, XI, da Constituição, que o define em 90,25% dos subsídios dos ministros do Supremo Tribunal e a publicação da Lei nº 11.143/2005, que estipula tais subsídios, enquanto não forem editadas as leis estaduais mencionadas no art. Constitucional 93, V (Res. n. 14/2006).

Sublinha, ainda, que as Resoluções nº 11/2006⁴²², que definiu o conceito de atividade jurídica, com vistas à inscrição de candidatos em concursos públicos para as carreiras jurídicas, nos moldes preceituados no art. 93, I da Constituição Federal (a qual foi revogada pela Resolução nº 75/2009); nº 13/2006⁴²³, que definiu os termos “subsídio” e “parcela única”, contidos nos arts. 37, XI e 93, V, da *Lex Mater*, relativas à remuneração dos agentes políticos; e nº 8/2005⁴²⁴, responsável por estender o recesso natalino pertinente à Justiça Federal, previsto na Lei nº 5.010/1966, para as Justiças Estaduais, são demonstrações claras de que o CNJ atua no sentido de concretizar, de forma direta, o texto constitucional⁴²⁵.

Sopesa, por fim, o referenciado autor a necessidade de se ter cautela na interpretação dos dispositivos constitucionais relativos às atribuições do CNJ, no que pertine à delimitação do seu poder regulamentar. Nesse sentido, embora entenda que o órgão possua acesso direto à Constituição, considerando que o conceito de legalidade foi de fato modificado, de modo que se pode falar em juridicidade ou superlegalidade, conceito no qual a Constituição encontra-se inserida, não é admissível afirmar que o sistema de fontes foi tão amplamente alterado ao ponto de se desconsiderar que a lei é a fonte primária por excelência, e que, abaixo dela, em termos de espaço de argumentação, estão a jurisprudência e os regulamentos⁴²⁶.

Em sendo assim, a utilização da teoria dos poderes implícitos, ao relacionar as competências material-finalística e normativa não seria muito segura, por, potencialmente, dar azo a interpretações absolutamente desarrazoadas, a exemplo do

⁴²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 11/2006**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_11_31012006_02052014171820.pdf. Acesso em 06/08/2014.

⁴²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 13/2006**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_13_21032006_27122012141851.pdf. Acesso em 06/08/2014.

⁴²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 08/2005**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_8_29112005_11102012204312.pdf. Acesso em 06/08/2014.

⁴²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 280.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 280-281.

que poderia ocorrer em relação ao poder de polícia, nesse caso com sérias implicações em relação ao Estado de Direito. Sob este ângulo, por não dispor de um aparato legitimador de sua atuação tão amplo como ocorre com o legislador e o julgador, o administrador necessita de respaldo legal e/ou jurisprudencial para agir.

Adentrando, de maneira mais específica, na discussão pertinente aos limites do poder regulamentar do CNJ e utilizando-se da Resolução nº 07 como embasamento para o seu raciocínio, o autor afirma não ser a mesma inconstitucional. Porém, não porque o seu conteúdo encontre respaldo diretamente na Constituição ou porque o Conselho possua poder normativo primário, mas em virtude de a manifestação do órgão através da dita Resolução, vedando a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, estar respaldada por todo o arcabouço normativo e jurisprudencial atinente à matéria, quais sejam: o art. 177, VIII, da Lei nº 8.112/90 (serviço público federal); o art. 10 da Lei nº 9.421/1996 (Judiciário Federal); o art. 22 da Lei nº 9.953/2000 (Ministério Público da União); o art. 357, parágrafo único, do Regimento Interno do STF; além da jurisprudência desse órgão, que em mais de uma oportunidade, extraiu dos princípios da moralidade e impessoalidade a negativa da prática do nepotismo, a exemplo do que ocorreu nos MS nº 23.680-MA e ADI-MC nº 1521-RS⁴²⁷.

Melhor especificando, a atuação do CNJ em nível regulamentar estaria, pois, necessariamente atrelada à existência de um sustentáculo legal ou jurisprudencial. A título de desfecho do seu raciocínio, cita Seabra Fagundes, para quem administrar é aplicar a Constituição de ofício nos limites da densidade que a ela foram dados pelo legislador e pela jurisprudência⁴²⁸.

Exemplificando a interpretação em análise, sobreleva-se a Resolução nº 175-2013⁴²⁹ do CNJ, que vedou a recusa das autoridades competentes em realizar a habilitação, celebrar casamento e converter a união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, com esteio nas decisões do STF na ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, assim como do STJ, no RESP 1183378/RS.

Anote-se que o posicionamento em evidência destoa do adotado pelo STF, estando, contudo, em consonância com o entendimento doutrinário majoritário, razão pela qual o enfocado debate se reveste de inequívoca relevância, até porque, a cada

⁴²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 284.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 286.

⁴²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175/2013**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em 06/08/2014.

manifestação do CNJ em nível regulamentar, novas discussões eclodem, o que exige o estabelecimento de critérios hermenêuticos seguros, aptos a nortear a atuação tanto do próprio Conselho como também do Pretório Excelso a esse respeito, com vistas à garantia da máxima eficácia constitucional.

A concepção do CNJ concernente ao tema é também no sentido do reconhecimento do seu poder normativo primário, como se depreende da análise do voto da Ministra Ellen Gracie, prolatado por ocasião da apreciação do requerimento de revogação da Resolução nº 31⁴³⁰ do CNJ, o qual, dada a relevância, segue transcrito:

O CNJ rejeitou pedido de revogação da Resolução n. 31, de 2007, em recurso administrativo interposto pelo STJ e CJP. Sustentava-se no recurso que a Resolução é inconstitucional, pois a competência do CNJ de controle e atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário há de ser desenvolvida *a posteriori* e restrita ao exame de legalidade dos atos administrativos praticados, não sendo dado ao CNJ apreciar o mérito das propostas orçamentárias, o que feriria a autonomia administrativa e financeira do STF. A Presidente do CNJ e STF, Ministra Ellen Gracie Northfleet, relatou – em seu voto – “que à luz do *caput* do art. 21 do Regimento Interno do CNJ, dos atos e decisões do Plenário do Conselho não cabe recurso”. Mas, “em deferência e consideração ao ilustre presidente do STJ”, a Presidente entendeu que caberia ao Plenário prestar esclarecimentos sobre o real alcance da Resolução: **a Resolução nº 31 foi editada por este Plenário na estrita observância do poder normativo primário assegurado pela Carta Magna ao Conselho Nacional de Justiça**, ante a necessidade de se expedir uma orientação de procedimento uniforme aos órgãos do Poder Judiciário da União no encaminhamento de suas propostas orçamentárias autorizadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias no exercício de 2007. A Ministra Presidente citou o voto do Ministro Cezar Peluso que delimitou o real alcance da competência do CNJ, por ocasião do julgamento da ADI nº 3367-1. A Presidente concluiu afirmando não vislumbrar qualquer vício ou mácula de inconstitucionalidade que recomende a revogação da Resolução 31, merecendo ser registrado que a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e o TJDFDT cumpriram rigorosamente os termos da mencionada Resolução sem cogitar de qualquer afronta às suas respectivas independências e autonomias financeiras. (Grifos intencionais)⁴³¹

Importante também se torna, no presente momento, atentar para a abordagem feita por Ilton Norberto Robl Filho acerca da extensão da atuação regulamentar do CNJ. Parte o autor da análise da transformação pela qual passou o sistema de fontes do Direito, enfatizando o apogeu da legalidade logo após a Revolução Francesa e sua

⁴³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 31/2007**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_31_10042007_11102012204145.pdf. Acesso em 06/08/2014.

⁴³¹ Disponível em: http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2868&Itemid=160>. Acesso em 10/08/2014.

mitigação a partir da consolidação do Estado Social, panorama no qual ao Executivo caberia editar atos normativos com vistas à concretização de políticas públicas.⁴³²

Prosseguindo no seu raciocínio, o autor enfatiza a ampliação da atuação do Poder Judiciário em termos normativos, por intermédio dos regulamentos, exemplificando a sua afirmação com a regra estabelecida no art. 103-B, I, da Constituição Federal, que versa sobre a competência regulamentar do CNJ. Tal ordem de coisas ensejaria a reflexão acerca de leis normas e leis medidas.⁴³³

Segundo Ilton Norberto, a explanação acerca da distinção entre leis normas e leis medidas foi feita, originariamente, por Carl Schmitt, que, ao analisar o poder do presidente do Reich de decretar ordenanças com valor de lei, tal como admitia a Constituição de Weimar, as definiu como medidas, por serem, de um lado, previsões abstratas e genéricas e, de outro, concretização dos comandos normativos.⁴³⁴

Canotilho, citado pelo autor, também destaca a existência, na conjuntura alemã, de leis clássicas ou leis normas, que conteriam previsões gerais e abstratas, e leis medidas, vocacionadas à concretização de uma determinada finalidade.⁴³⁵

Canalizando, sob a perspectiva do entendimento capitaneado por Streck, Sarlet e Clève, a reflexão para âmbito da atuação regulamentar do CNJ, enfatiza o autor:

[...] o poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça não pode, pelo inciso I, do art. 103-B da CF, (a) estabelecer novos direitos e deveres, (b) criar regras gerais e abstratas e (c) restringir direitos fundamentais. Esse poder regulamentar, de outro lado, deveria concretizar leis formais já estabelecidas, por meio de uma função parecida com as leis medidas, no âmbito de sua competência (atuações financeiras e orçamentárias, cumprimento dos deveres judiciais e outras competências postas na Constituição e no Estatuto da Magistratura). Excepcionalmente, esse poder regulamentar poderia concretizar diretamente a Constituição Federal de 1988.⁴³⁶

Trazendo a discussão para o cenário brasileiro, descortinam-se os ensinamentos de Clèmerson Clève, para quem as leis ordinárias e complementares seriam leis propriamente ditas, cabendo-lhes, exclusivamente, a prerrogativa de restringir direitos fundamentais, por possuírem legitimação democrática, já que elaboradas pelos

⁴³² ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 239.

⁴³³ *Ibidem*, p. 239.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 239.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 240.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 241.

representantes eleitos diretamente pelo povo. Já o poder regulamentar, por conseguinte, não poderia se enquadrar como lei no seu sentido genuíno⁴³⁷.

De outra margem, Flávio Dino acentua que o poder regulamentar do CNJ se reveste de essencialidade, propiciando a criação de um verdadeiro Estatuto da Magistratura, por meio do qual seria possível extirpar as variadas interpretações sobre questões administrativas, as quais seriam consideravelmente prejudiciais à estabilidade e imagem do Poder Judiciário⁴³⁸.

Fixados estes pontos, depreende-se que a persistência de dúvidas e acaloradas discussões acerca da temática sob comento é reforçada pela ausência de uma delimitação, quer constitucional ou legal, quanto à competência regulamentar do CNJ no Brasil. A título exemplificativo, e resgatando as informações consignadas no capítulo 5, na Espanha e Argentina, justamente em face do surgimento de controvérsias análogas, adveio uma definição de tal atribuição, elencando-se os assuntos sobre os quais os regulamentos oriundos dos Conselhos de Justiça poderiam versar. Contudo, ainda assim não cessaram os debates, tendo por alvo que o caráter não taxativo do rol constantemente induz, no que concerne aos temas não contemplados expressamente, a novas indagações sobre a incidência da competência do órgão em nível regulamentar.

Ora, se é inquestionável a natureza constitucional do Conselho e, desse modo, das suas funções, assim como que há uma lacuna normativa em relação a muitas matérias atinentes à atuação do Poder Judiciário, já que o novo Estatuto da Magistratura ainda não foi definitivamente aprovado e o vigente data de 1979, não se enquadrando nas diretrizes extraídas da Constituição atual, muitas demandas acabam chegando ao órgão e não podem ser por ele ignoradas sem que isso implique em transgressão frontal à *Lex Mater*, que o implementou.

Por ser assim, a atuação regulamentar do Conselho se faz necessária e estará completamente acobertada pelo manto da constitucionalidade sempre que estiver adstrita à viabilização da sua atuação, considerando que, expressamente, a Constituição Federal, em seu art. 103-B, § 4º, I, determinou que atos regulamentares fossem expedidos para tal fim.

O dispositivo acima citado, em um contexto de supremacia da Constituição, não permite interpretação diversa da que atribua o sentido de autorização constitucional,

⁴³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 65.

⁴³⁸ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 126.

ainda que excepcionalmente primária, para que todas as matérias pertinentes à viabilização do cumprimento dos deveres institucionais do Conselho Nacional de Justiça sejam objeto de regulamentos provenientes deste.

Aliás, a conclusão a que ora se chega decorre não apenas das transformações implementadas pelo processo de constitucionalização do Direito e, por conseguinte, do Direito Administrativo, em relação ao sistema de fontes, tornando desnecessária a intermediação legal para que um ato administrativo produza efeitos, como também da inequívoca autorização oriunda da interpretação combinada entre o § 4º e o inciso I, ambos do art. 103-B da Constituição Federal, de que ao Conselho caberá atuar na regulamentação de matérias que, ante a não previsão em lei (Estatuto da Magistratura), necessitam de um disciplinamento.

Revela-se, assim, que, embora incontroversa, a outorga de poder normativo primário ao Conselho Nacional de Justiça ostenta um *animus* excepcional ou residual, não se podendo olvidar que, tão logo haja a aprovação de lei específica que verse acerca das matérias afetas ao Poder Judiciário, que, no caso, é a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a atuação regulamentar do órgão deverá se restringir aos aspectos nela não contemplados.

Advirta-se, pois, que o presente trabalho, não aspira um completo desvirtuamento do sistema de fontes do Direito, equiparando o regulamento à lei em sentido estrito, até porque, não por acaso, existem matérias que só poderão ser tratadas por essa espécie normativa, exatamente em virtude da segurança e legitimidade democrática que são proporcionadas pelo processo legislativo. Contudo, na ausência de uma manifestação formal do Poder Legislativo e, em havendo comandos oriundos da Constituição Federal, que, repita-se, encontra-se no topo da pirâmide normativa, os regulamentos não apenas podem, mas devem ser editados para concretizá-los.

6.3.2 Panorama atual da atuação do CNJ

Conforme afirmado alhures, o Conselho Nacional de Justiça, desde a sua criação, tem sido alvo de questionamentos, que se estendem da sua constitucionalidade à amplitude das suas atribuições.

No entanto, há de se reconhecer que essas discussões são indiciárias de que o órgão tem atuado de forma efetiva, pelo menos no que concerne à realização de um

diagnóstico do Poder Judiciário e, nesse sentido, na aproximação entre esse Poder e a sociedade.

Corroborando o afirmado supra, afirme-se que, desde o ano de 2004, o multicitado Conselho tem divulgado dados relativos à atuação do Judiciário brasileiro, compilados no Relatório Anual “Justiça em Números”, o qual, ao longo dos anos, tem sido aperfeiçoado, através do refino dos dados e da contribuição cada vez mais ampla dos Tribunais Brasileiros, que se responsabilizam pelo envio das informações.

Trata-se de uma iniciativa muito relevante, na medida em que não se restringe à apresentação de dados estatísticos, mas ao diagnóstico dos pontos críticos e à indicação de medidas que viabilizarão melhorias. Ademais, instrumentalizam a aferição do cumprimento das metas estabelecidas pelo CNJ e, por conseguinte, a evolução do esforço empreendido pelos Tribunais no sentido de viabilizar a superação de problemas como a morosidade e a escassa efetividade processual, os quais, inevitavelmente, implicam em séria limitação do Acesso à Justiça.

Similarmente, por meio desse relevante diagnóstico, é possível aferir o próprio cumprimento das Resoluções emanadas do Conselho e, por conseguinte, da efetividade do seu poder regulamentar, na medida em que, ao estabelecer metas, padronizar procedimentos, impor sanções pelo descumprimento das diretrizes, dentre outras ações, o CNJ se manifesta através de Resoluções. Nesse sentido, os dados estatísticos traçam um diagnóstico também sob esse aspecto.

Ilustrando alguns dos resultados já obtidos por parte do Conselho Nacional de Justiça, faz-se imprescindível observar os dados catalogados na Edição 2014 do Relatório Justiça em Números⁴³⁹, o qual se encontra disciplinado pela Resolução nº 76 – CNJ e, por sua vez, compõe o Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), em cuja abrangência alcança todo o rol de Tribunais judiciários presentes no território pátrio.

Especifique-se, ainda, que o objeto do Relatório em referência aborda diversos e relevantes aspectos da realidade funcional do Poder Judiciário, tais como: insumos, dotações e graus de utilização; litigiosidade; acesso à justiça e perfil das demandas.

Frise-se também que, contrariamente aos demais dados, os quais somente são repassados anualmente ao longo do período compreendido entre 10 de janeiro e 28 de

⁴³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2013 – Ano base 2012**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em 22/07/2014.

fevereiro do ano subsequente, as informações atinentes à litigiosidade são sempre colhidas em ritmo semestral, mais especificamente, no período entre 10 de julho a 31 de agosto (dados do primeiro semestre) do ano-base e no período de 10 de janeiro a 28 de fevereiro do ano seguinte ao ano-base (dados do segundo semestre).

Fixados estes pontos, cumpre ressaltar que, por força dos limites ínsitos ao seu próprio objeto, a presente reflexão se restringirá a analisar dados mais genéricos, com vistas a traçar um panorama do Poder Judiciário, assim como evidenciar a relevância da atuação do CNJ para que as suas lacunas possam ser constatadas e, a partir disso, possam ser desenvolvidos mecanismos para saná-las.

Partindo-se dessas premissas, iniciar-se-á analisando o percentual de processos que tramita em cada ramo da justiça. Nesse sentido, afirma-se que 78% das ações têm andamento perante a Justiça Estadual, 12,09% na Justiça Federal, 8,3% na Justiça do Trabalho, 1,1% nos Tribunais Superiores, 0,5% na Justiça Eleitoral, 0,01 na Justiça Militar Estadual e 0,004% na Auditoria Militar da União. Contudo, paradoxalmente, os investimentos na Justiça Estadual correspondem a apenas 55%⁴⁴⁰.

No que pertine aos dados relativos às ações novas, tem-se que a quantidade de processos de conhecimento é consideravelmente superior à de execução. Desse modo, em 2013, 16.714.154 (dezesseis milhões, setecentos e quatorze mil, cento e cinquenta e quatro) ações de conhecimento foram ajuizadas, enquanto 6.760.187 (seis milhões, setecentos e sessenta mil, cento e oitenta e sete) execuções propostas⁴⁴¹. Já no que diz respeito aos processos pendentes, o número se inverte, de modo que 25.873.832 (vinte e cinco milhões, oitocentos e setenta e três mil, oitocentos e trinta e dois mil) são de conhecimento, ao passo que 36.377.575 (trinta e seis milhões, trezentos e setenta e sete mil, quinhentos e setenta e cinco) são execuções⁴⁴².

Em termos percentuais, a taxa de congestionamento dos processos de conhecimento foi de 60,3%, enquanto a das execuções foi de 85,7%. Percebe-se, pois, que as execuções, sobretudo as fiscais, cuja taxa de congestionamento foi de 91% em 2013, contribuem consideravelmente para a lentidão da tramitação processual.

⁴⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2013 – Ano base 2012**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em 22/07/2014, p. 35.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 36

Frise-se que a quantidade de ações ajuizadas (28.268.324), em 2013, foi superior a de processos julgados (25.703.030)⁴⁴³, o que corrobora a tese de que o Judiciário ainda não possui uma estrutura adequada para fazer frente às demandas, abreviando a duração dos processos e cumprindo o que preceitua a Constituição Federal em seu art. 5º, LXXVIII.

Das estatísticas acima se extrai que ainda há muito que avançar em relação à eficaz administração das demandas processuais. No entanto, não se pode negar que um grande passo foi dado, sobretudo no que diz respeito à transparência em relação à atuação do Poder Judiciário, o que, sem sombra de dúvida, contribui para o aprimoramento da prestação jurisdicional e do próprio Direito Fundamental de Acesso à Justiça.

⁴⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2013 – Ano base 2012**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em 22/07/2014, p. 39.

7 CONCLUSÃO

É inegável que a criação do Conselho Nacional de Justiça consistiu em importante providência viabilizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ante a constatação de que o Poder Judiciário brasileiro padecia de uma série de lacunas, atribuíveis, principalmente, à própria estrutura do Poder Judiciário, que, ao absorver o delineamento oriundo do princípio federativo, atribuiu aos tribunais a autonomia para se auto-organizar administrativamente, trazendo como implicação imediata a dificuldade da necessária padronização procedimental, dado o caráter nacional do Poder Judiciário. Outrossim, questões atinentes à atuação eficiente do referido Poder e à concretização da responsabilização disciplinar dos magistrados também podem ser apontadas como evidenciadoras do que se denominou de “crise” do Poder Judiciário.

Nesse sentido, dentre outros aspectos, a emenda citada supra foi responsável pela criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de natureza administrativa e com atribuições estabelecidas constitucionalmente, dentre as quais se destaca a de editar regulamentos que possam viabilizar a sua atuação. No entanto, tão logo entrou em vigor, suscitou discussões acaloradas, que gravitaram, a princípio, em torno da constitucionalidade do CNJ, com esteio na suposta violação ao princípio da tripartição de poderes. Ademais, várias resoluções do órgão foram objeto de impugnação e alvo de polêmicas, de modo que se pode destacar a de nº 07, que versou acerca do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário e ensejou a propositura, por parte da Associação Brasileira dos Magistrados da ADCDMC nº 12-DF, a fim de que fosse declarada a sua constitucionalidade, o que de fato se concretizou.

No entanto, dada a inexistência de consenso em relação aos reais limites do poder regulamentar do CNJ, tanto que a doutrina e a jurisprudência possuem entendimentos díspares, e considerando a necessidade de que parâmetros interpretativos seguros acerca da matéria possam ser traçados, haja vista que a cada nova atuação regulamentar do Conselho a discussão a respeito certamente eclodirá, denotando o seu estado de latência, elegeu-se o assunto para ser objeto da presente pesquisa.

Indubitavelmente, o Conselho Nacional de Justiça há de ser considerado como um instrumento imprescindível à superação das principais deficiências que inquinam o Poder Judiciário brasileiro, até porque a sua criação decorreu de uma discussão aprofundada, que perdurou durante anos, conforme se pôde demonstrar no primeiro capítulo deste trabalho, de modo que, com esteio também na realidade de muitos outros

países que adotam um órgão com características similares, a decisão do constituinte derivado foi não apenas acertada, mas, sobretudo, necessária.

Ora, a própria estrutura do Poder Judiciário brasileiro, que, ao atribuir autonomia aos tribunais estaduais, ensejou a elaboração por parte dos mesmos de regras procedimentais absolutamente distintas, impediu a adoção de procedimentos minimamente padronizados, assim como a construção de um banco de dados que pudesse viabilizar a aferição das principais deficiências no exercício da prestação jurisdicional e, por conseguinte, a implementação de medidas que pudessem contribuir para o aperfeiçoamento da atividade judicante. Outrossim, a atuação insipiente das Corregedorias de Justiça, associada à morosidade processual, foram aspectos que ensejaram uma descrença, por parte dos jurisdicionados, na eficiência do Judiciário, exigindo a adoção de medidas que propiciassem a superação desse estado de coisas. Sendo assim, o Conselho Nacional de Justiça veio para sanar o déficit de um órgão hábil à realização de um planejamento estratégico, dando coesão ao sistema judiciário, além de realizar o controle dos atos praticados no exercício da função jurisdicional, aspectos que justificam, indubitavelmente, a sua criação.

Optou o constituinte derivado pelo enquadramento do Conselho no âmbito do Poder Judiciário, embora atribuindo-lhe funções eminentemente administrativas, aspecto que não merece maiores críticas, até porque também integram o Judiciário as Escolas da Magistratura e as Corregedorias de Justiça, órgãos que, a exemplo do CNJ, possuem natureza administrativa.

No que pertine à composição do CNJ, muitas críticas foram suscitadas, havendo quem afirmasse se tratar da criação de um verdadeiro controle externo, dada a presença de membros alheios ao Poder Judiciário, oriundos do Ministério Público, da advocacia e cidadãos de notável saber jurídico e conduta ilibada. No entanto, ao se proceder à análise do Direito Comparado, constata-se que a maioria dos países adotou a composição mista, dentre os quais se destaca o Conselho argentino, que apresenta, inclusive, a peculiaridade de possuir, em sua maioria, membros não oriundos daquele Poder.

Dessa forma, se na maioria dos países a criação de um Conselho de Justiça deveu-se à necessidade de se imprimir autonomia ao Poder Judiciário, conforme se demonstrou no capítulo quatro e, ainda assim, a composição de tais órgãos é mista, nenhuma razão existe para se alegar a inconstitucionalidade do Conselho brasileiro por violação ao princípio da separação de poderes, haja vista a maioria dos seus membros

provir de tal Poder, além do fato de isso, sob nenhum aspecto, poder implicar em transgressão à autonomia do Judiciário, que já estava garantida constitucionalmente antes da criação do órgão, por expressa disposição constitucional.

Constata-se, pois, através das incursões realizadas, que não há qualquer dúvida acerca da constitucionalidade e da relevância do Conselho Nacional de Justiça. Aliás, quanto a esta, as cento e noventa resoluções editadas até então pelo órgão, as quais foram responsáveis por medidas de extrema relevância para o aperfeiçoamento do Judiciário, a exemplo da de nº 07, que extirpou o nepotismo no seu âmbito e a de nº 76, que implementou o sistema de estatísticas, falam por si.

Adentrando-se, especificamente, na análise dos limites do poder regulamentar do CNJ, foco principal do presente trabalho, afirme-se que o principal aspecto apontando como caracterizador da inconstitucionalidade dessa expressão normativa do órgão é a suposta transgressão ao princípio federativo, posto que, ao elaborar regras que terão aplicabilidade perante todos os órgãos jurisdicionais, estaria o Conselho desrespeitando a autonomia atribuída aos tribunais e, por conseguinte, malferindo o pacto federativo.

Ressalte-se que também esse argumento não se sustenta, isso porque, o Judiciário, ao ser reconhecido pela Constituição Federal vigente como um Poder, é expressão da soberania estatal e, como tal, é uno. Nesse sentido, a tese de que existem várias “justiças”, decorrente da análise da estrutura judiciária brasileira que, como se demonstrou no capítulo primeiro, é descentralizada, não possui qualquer respaldo lógico, posto que o Poder Judiciário é nacional e não federal ou estadual, de modo que a divisão de competências entre os seus diversos órgãos a fim de viabilizar a atuação jurisdicional mais eficiente em um contexto geográfico tão amplo quanto o brasileiro, não desconstitui a natureza unitário do referido Poder. Desse modo, a atuação regulamentar do CNJ está assentada na Constituição Federal, não violando o princípio federativo.

Ainda se analisando a questão regulamentar no contexto da atuação do Conselho Nacional de Justiça, também se discute a necessidade de que os atos dessa natureza, por possuírem caráter inegavelmente administrativo, sejam intermediados por uma lei em sentido estrito.

Há de se ponderar que o Conselho Nacional de Justiça, conforme afirmado anteriormente, possui, de fato, natureza administrativa. Nesse sentido, como decorrência do que ora se afirma, os atos emanados do mesmo deverão estar atrelados às regras

atinentes ao Direito Administrativo, dentre as quais de destaca a submissão ao princípio da legalidade.

Contudo, não se pode desconsiderar que o processo de constitucionalização do Direito, que trouxe ao centro do ordenamento jurídico a Constituição Federal, implicou na reinterpretção de certos institutos à luz dessa nova conjuntura. Nesse sentido, o sistema de fontes normativas e, por conseguinte, do Direito Administrativo, foi sensivelmente transformado, a ponto de o princípio da legalidade ser substituído pela juridicidade, de modo que o fundamento de validade dos atos administrativo pode ser extraído diretamente da Constituição Federal, tornando desnecessária a intermediação legislativa.

Afirme-se que, ao criar órgãos e atribuir-lhes funções, a Constituição Federal, implicitamente, legitima a sua atuação, independentemente de uma lei que pormenorize o modo como os desideratos constitucionais serão atingidos. Desse modo, pode-se afirmar que interpretação diversa conduzirá, inevitavelmente, à negativa da força normativa constitucional, o que é inconcebível em Estado Constitucional, como é o brasileiro.

É bem verdade que a doutrina administrativista majoritária é relutante em reconhecer a figura dos regulamentos autônomos em hipóteses que extrapolem a exceção constitucional contida no art. 84, VI, da Constituição Federal de 1988, conforme se teve a oportunidade de discutir, com a riqueza de detalhes que a matéria exige, no capítulo terceiro.

O entendimento que ora se defende não nega que os atos administrativos, como regra, devem estar respaldados em lei, sob pena de se desvirtuar, inclusive, a função precípua do Executivo que é a proteção dos interesses sociais através da concretização de políticas públicas, e não a criação normativa. Contudo, na ausência de lei que verse especificamente sobre matéria respaldada constitucionalmente, os atos regulamentares poderão sim buscar o seu esteio diretamente na Constituição, posto encontrar-se esta no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

Volvendo-se, mais uma vez, à atuação do CNJ, constata-se, pois, que as suas resoluções possuirão respaldo constitucional sempre que, na ausência de lei em sentido estrito que pormenorize o seu modo de atuar, seja necessário instrumentalizar a concretização das atribuições constitucionalmente atribuídas ao órgão. Defende-se, pois, o entendimento de que o poder regulamentar do CNJ pode consistir em atuação normativa primária, mas apenas excepcionalmente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 41, p. 284-309, out./dez. 2002.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras: 1946.** Brasília: Senado Federal, 1999.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

BARRIOS, M^a Inmaculada Sánchez Barrios. *La Elección De Los Miembros Del Consejo General Del Poder Judicial Español Y De Sus Homólogos Europeos.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BICUDO, Hélio. O desafio da Reforma do Poder Judiciário. *In: A Reforma do Poder Judiciário.* 1^a ed. Curitiba: Juruá, 2003.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo.* Buenos Aires: El Ateneo, 1947, t. I.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência, Por uma Nova Hermenêutica, Por uma repolitização da legitimidade.** Malheiros: São Paulo, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/07/2014.

BRASÍLIA. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12.** Relator: Ministro Ayres Britto, 2006. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12>>. Acesso em: 10.04.2012.

BRASÍLIA. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367/DF**. Relator: Ministro Cezar Peluso, 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3367&processo=3367>. Acesso em 10/04/2012.

BRASÍLIA. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3823/DF**. Relatora: Ministra Carmem Lúcia, 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3823&processo=3823>>. Acesso em: 10.04.2012.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4638/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4638&processo=4638>>. Acesso em: 10.04.2012.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 30891/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 20.12.2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. 1 ed. reimp. Milano: Giuffrè, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CESCA, Monnalise Gimenes. A Constitucionalidade do Controle do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça. *In*: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord); LEMOS, Alexandre Bonfati de [et. al.]. **A Reforma do Poder Judiciário. Uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. Campinas: Millennium Editora, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **A experiência Constitucional Brasileira**. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2014 – Ano base 2013**. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em 21/11/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 11/2007**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12093-recomenda-no-11>. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 27/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_27_16122009_13032014184318.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/regimento-interno-e-regulamentos>>. Acesso em: 17.05.2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 07/2005**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_7_18102005_02052014172415.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 08/2005**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_8_29112005_11102012204312.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 11/2006**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_11_31012006_02052014171820.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 13/2006**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_13_21032006_27122012141851.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 31/2007**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_31_10042007_11102012204145.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 70/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_70_18032009_22072014152617.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 76/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_76_12052009_10102012220048.pdf. Acesso em 06/08/14.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 75/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_75_12052009_16092014190541.pdf. Acesso em 21/11/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 83/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_83_10062009_10102012210929.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 102/2009**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_102_15122009_24042014153738.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 103/2010**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_103_24022010_11102012190647.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175/2013**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em 06/08/2014.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. *In* BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CRISAFULLI, Vezio. PALADIN, Livio. *Commentario Breve ala Costituzione*. Padova: CEDAM, 1990.

CYRINO, André Rodrigues. **O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República – A Espécie Regulamentar criada pela EC nº 32/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Apresentação: A hora do Judiciário. *In*: **A Reforma do Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder político dos juízes. *In*: **Justiça e Democracia**, n. 1. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DUGUIT, León. *Manual del derecho constitucional: teoria general del estado: el derecho y el estado: las libertades públicas: organización política*. Tradução: José G. Acuña. 2 ed. Madrid: Francisco Beltrán, 1926. Tradução da 3 ed. francesa, 1918.

ENTERRIA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1983.

FALCÃO, Joaquim. O múltiplo Judiciário. *In*: SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

FAVOREU, Louis. A Evolução e a Mutação do Direito Constitucional Francês. *In* **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.

FILHO, Ilton Norberto Robl. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e *accountability***. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, Willis Santiago Guerra Filho. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Imprensa, 2009.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Poder Judiciário. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.); MACIEL, Adhemar Ferreira (et. al.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 9 ed. Buenos Aires: FDA, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros: 2002.

GUASTINI, Ricardo. **La costituzionalizzazione dell ordinamento italiano**. Tradução de Enzo Bello. *In* Ragio Pratica. Milano: Anabasi, nº 11, 1998.

HARTMUT, Maurer. **Direito Administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

HESSE, Konrad. **La Fuerza Normativa de La Constitución, in Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Poder Judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura**. 1999. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito – UFRN, 1999.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução: Edson Bini. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KREBES, Fernando Aurvalle. A crise do Judiciário e a construção de um novo modelo. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LIMA, Jarbas. A reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados. *In A reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LIMA, Jarbas. A reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados. *In A reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LIMONGI, Celso L.; STEFANO, Cláudia. Breves anotações sobre a reforma do Judiciário. *In A Reforma do Poder Judiciário: Uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Campinas/SP, Millennium editora.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Veralice Celidonio Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Aymoré Pottes de. A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles de constitucionalidade brasileiro: as PEC's 500/97 (PEC 54/96-SF) e 517/97. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo: 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo. Vol. 1. Introdução**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo II**. Portugal: Coimbra editora, 2007.

_____. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. (Constituição e inconstitucionalidade, v. 2).

- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MORAIS, Carlos. **Segurança jurídica e Justiça Constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. Martins Fontes: São Paulo, 2008.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- NUNES LEAL, Victor. **Coronelismo, Enxada e Voto**. 5ª ed. São Paulo: 1986, p. 189.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y Juzgar: dos Funciones Constitucionales Distintas y Complementarias*. Madri: Tecnos, 1993.
- O GLOBO. **Ex-juiz Nicolau dos Santos Neto deixa a prisão**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/ex-juiz-nicolau-dos-santos-neto-deixa-prisao-12701922>. Acesso em 04/06/2014.
- PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. **Conselho Nacional de Justiça: Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____ **A atribuição Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade**. Disponível em <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0292009.pdf>. Acesso em 09/04/2012.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra: 1989.
- PIMENTEL, Áurea Pereira. **A reforma da justiça na Emenda Constitucional 45/2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PORRAS RAMÍREZ, José Maria. *Fundamento, naturaliza, extension y limites de la potestade reglamentaria Del Consejo General Del Poder Judicial (A propósito de la nueva regulacion introducida poe La Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julho, Del Poder Judicial)*. Revista de Estudios Políticos (Nuerva Época), n. 87, ene./mar., 1995.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Valores fundamentais da Reforma do Judiciário**. Revista do Advogado. São Paulo, n. 75, pp. 78-81, abr. 2004.
- ROSA, André Vicente Pires. Poder Judiciário: garantia e construção da cidadania. *In: A Reforma do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- ROSSI, P. *Cours de droit constitutionnel*. Compilação: M. A. Porée. Introdução: M. C. Bom-Compagni. Paris: Librairie de Guillaumin. 2 ed. Paris: Librairie de Guillaumin, 1877, t. III.

SADEK, Maria Tereza A.; ARANTES, Rogério Bastos. Introdução. *In*: SADEK, Maria Tereza O. (Org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

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

SANTOS, Pedro Sérgio dos. Alguns elementos históricos e filosóficos sobre o poder de julgar. *In*: **A Reforma do Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVEIRA, José Néri da Silveira. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.); MACIEL, Adhemar Ferreira (et. al.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

STF, Pleno, ADIN 1.105-7 – DF, REL. Min. Paulo Brossad, m.v., j. 3.8.1994 [vencidos os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence] DJU 8.8.1994, p. 19540. Acórdão publicado no DJU 27.04.2001 – RTJ 177/1).

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil**.

Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>.

Acesso em: 21/11/2014

TASSE, Adel El. **A crise no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional. Parte I: Estado Constitucional de Direito e Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para um balance)*. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.4, p. 241-272, 2 semestre, 1999.

WHITAKER, Fernando. **O sistema constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 1995.

WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto, STÖBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. 11 ed. München: C. H. Beck, 1999, Vol. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.