

O controle da administração judicial

*Joaquim Falcão**

*Marcelo Lennertz***

*Tânia Abrão Rangel****

1. Introdução

A redemocratização brasileira trouxe novas e maiores demandas ao Poder Judiciário. Como consequência, o Poder Judiciário tem passado, nos últimos anos, por reformas em sua estrutura institucional. Uma das mais significativas refere-se à administração da Justiça. Administrar o Poder Judiciário não se restringe a colocar à disposição da população o serviço judicial. É preciso, além disso, que esse serviço judicial exteriorize os princípios constitucionais administrativos, principalmente os da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade. Nesse intuito foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Este artigo aborda os principais desafios enfrentados no processo de institucionalização desse novo órgão, desde a sua criação até os dias de hoje. E, entre vários desafios, os que hoje se mostram mais instigantes dizem respeito à delimitação do lugar do CNJ como órgão de controle administrativo da Justiça num sistema de concorrência intraju-

* Diretor e professor de direito constitucional da Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas; membro do Conselho Nacional de Justiça; mestre em direito (LL.M.) pela Harvard Law School; doutor (PhD) em educação pela Université de Genève.

** Professor assistente de direito constitucional da Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas; mestre em direito pela PUC-Rio.

*** Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas; mestre em direito pela Universidade de Franca e pela Universidad Francisco de Vitoria.

dicial — ou seja, a questão de como se institucionalizar no interior de um sistema de competências concorrentes. A determinação desses limites implica definir a competência do CNJ. Dois casos recentes ilustram a problemática enfrentada pelo Conselho Nacional de Justiça e as consequências dessa diferenciação para sua legitimidade e do próprio Poder Judiciário.

2. Estado de direito e insegurança judicial

Em anos recentes, a discussão sobre a implantação e consolidação de um estado de direito favorável ao desenvolvimento econômico globalizado e da democracia na América Latina foi, muitas vezes, traduzida como a necessidade de maior previsibilidade das decisões judiciais. A pauta jurídico-política de organismos internacionais¹ e de alguma produção acadêmica relacionava a consolidação do estado de direito a limites mais precisos e rigorosos na atividade de interpretação das leis pelo Poder Judiciário. Levantou-se a hipótese de que a discricionariedade do juiz estaria sendo usada de maneira a favorecer um interesse social que iria além da lei e, portanto, para longe do estado de direito. Essa crítica foi reforçada por algumas pesquisas setoriais e conjunturais, nas quais alguns juízes afirmavam preferir proteger mais o fim social da lei do que a letra da lei.

Estaria, assim, havendo um viés nas decisões dos juízes, sobretudo de primeira instância, em favor, por exemplo, dos devedores.² Esse viés provocaria um desrespeito aos contratos legalmente constituídos. Estar-se-ia se criando um ambiente jurídico contrário ao *doing business* no Brasil, sobretudo aos financiamentos de longo prazo, o que teria impacto direto no fluxo de investimentos globalizados e na taxa de juros.

Nesse contexto, a pauta externa sobre o estado de direito na América Latina tinha como prioridade a imprevisibilidade interpretativa dos juízes como uma das fontes principais de insegurança jurídica.

Em outras palavras, o problema era a qualidade (previsibilidade/imprevisibilidade) das decisões judiciais. Razão pela qual, se o país pretendesse garantir um

¹ O Banco Mundial, em seu projeto *doing business 2009*, mostra que o Brasil piorou três pontos quanto ao cumprimento de seus contratos e sete pontos em relação ao fechamento da empresa. Esses dois aspectos estão diretamente relacionados à atuação do Poder Judiciário. Veja: a força do contrato refere-se “a eficiência do cumprimento das leis contratuais neste país, através do acompanhamento de uma disputa de pagamento” e o fechamento da empresa ao “tempo e (a) os custos relacionados com um processo de falência”.

² Pinheiro, 2009.

estado de direito favorável à estabilidade econômica e aos investimentos globalizados teria, antes, que assegurar maior controle da discricionariedade hermenêutica dos juízes.

Em artigo anterior, tentamos especificar melhor o conceito de segurança jurídica, distinguindo pelo menos três tipos de incertezas associadas ao processo decisório judicial, quais sejam: a) incerteza estrutural; b) incerteza patológica; e c) incerteza exógena ao Judiciário (decorrente de atos do Executivo, do Legislativo ou dos agentes econômicos).³ Procuramos demonstrar que a chamada incerteza estrutural da atividade jurisdicional não pode ser encarada como uma das causas da insegurança jurídica e que, muitas vezes, a insegurança jurídica pode ser resultado de fatores externos ao Poder Judiciário e não diretamente relacionados à atividade decisória dos juízes.

Na verdade, ainda que o respeito aos contratos pudesse se constituir numa reivindicação legítima de importantes setores econômicos, nacionais e internacionais, inexistia evidência empírica suficiente que corroborasse com a tese do viés judicial favorável ao devedor capaz de fundamentar tão genérica caracterização do Poder Judiciário. Basta lembrar que no Brasil existem ao todo 93 tribunais, entre tribunais estaduais, federais e superiores, bem como uma forte tradição de pluralismo hermenêutico, temporal e hierárquico.

Mesmo admitindo a existência desse viés “setorializado”, seria, no mínimo, um exagero constituir uma condenação *a priori* de ausência de um estado de direito no país. Não somente porque esse viés poderia estar na própria lei elaborada pelo Legislativo, e não na interpretação judicial, como também, por outro motivo, expresso nas sempre atuais palavras de Alexis de Tocqueville (1835) sobre a cultura econômico-legal dos Estados Unidos da América:

³ Ver Falcão et al., 2006:79-112. Esse texto foi escrito em resposta à conjectura proposta por economistas (ver Arida et al., 2005), que identificava na “incerteza jurisdicional” decorrente de um suposto viés anticredor dos juízes brasileiros — e na insegurança jurídica por ela gerada — o fator determinante das altas taxas de juros e da inexistência de mercado de crédito em longo prazo no país. A principal crítica que sustentamos é de que a atividade decisória judicial — a atividade de aplicação de normas gerais a casos concretos — é muito mais complexa do que o conceito de “incerteza jurisdicional” cunhado pelos economistas leva a crer. Procuramos, pois, estabelecer distinções entre o que denominamos: a) incerteza estrutural — isto é, a incerteza inerente à atividade jurisdicional, que deriva do fato da existência de alternativas decisórias que, embora possam frustrar as expectativas das partes, podem ser reconduzidas argumentativamente ao direito vigente que cabe ao juiz aplicar; b) incerteza patológica — que ocorre quando uma expectativa juridicamente fundada é frustrada por uma decisão que não pertence ao conjunto das decisões juridicamente satisfatórias no caso concreto; e c) incerteza decorrente de fatores exógenos ao Judiciário — gerada por atos do Executivo e do Legislativo ou dos próprios agentes econômicos. Nesse sentido, argumentamos que apenas a incerteza do tipo patológico é de responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário e constituiria o que os economistas chamam de incerteza jurisdicional. Mas a insegurança jurídica é também produzida por outros fatores que não estão ligados ao desempenho dos juízes.

Nos Estados Unidos, as fortunas se destroem e crescem sem dificuldade. O país não tem limites e é cheio de recursos inesgotáveis. O povo tem todas as necessidades e todos os apetites de um ser que cresce e, não obstante os esforços que faça, está sempre rodeado de mais bens do que pode fazer seus. O que é de temer num povo assim não é a ruína de alguns indivíduos, logo reparada, mas a inatividade e a languidez de todos. A audácia nos empreendimentos industriais é a primeira causa de seus progressos rápidos, de sua força, de sua grandeza. A indústria é, para ele, como que uma vasta loteria em que um pequeno número de homens perde cada dia, mas em que o Estado ganha sem cessar; um povo como esse deve, pois, ver com bons olhos e honrar a audácia em matéria de indústria. Ora, todo empreendimento audacioso compromete a fortuna do que a ele se dedica e a fortuna de todos os que confiam neste. Os americanos, que fazem da temeridade comercial uma espécie de virtude, em hipótese alguma condenariam os temerários. É por isso que nos Estados Unidos as pessoas mostram uma indulgência tão singular para com o comerciante que vai à falência: a honra deste não sofre com tal acidente.

(Tocqueville, 1835)

Ninguém diria que esse traço da cultura econômica norte-americana — o viés pró-temerário —, que moldou sua cultura legal e que, aliás, tem sido intensamente praticado hoje em dia na crise econômica, fosse suficiente para se colocar em dúvida o compromisso deste país com o estado de direito. Na verdade, essa pauta decorria de uma concepção unilateral e exclusivista de estado de direito, cada vez menos aceita e evidente.

Se a questão crucial é a disputa pela pauta jurídico-política necessária a uma América Latina economicamente estável e politicamente democrática, a prioridade deve ser outra. A eventual responsabilização do Poder Judiciário como provocador de insegurança jurídica decorre do ainda precário acesso da população à “legalidade judicializada” (Falcão, 2008:41-68). E um dos fatores decisivos para esse precário acesso é, sem dúvida, o descompasso entre a demanda por decisões judiciais e sua oferta.

Tendo como pressuposto o fato de que, desde 1988, as leis são produzidas com razoável grau de participação democrática, o desafio nacional estaria muito mais ligado ao aumento da produção de decisões judiciais definitivas com base nessas leis — ou seja, no aumento de sua insuficiente quantidade — do que na melhoria da qualidade de algumas dessas decisões, que sofreriam de um suposto déficit de previsibilidade. A prioridade é muito mais a insegurança jurídica fruto da ineficiente administração judicial, do que fruto da liberdade interpretativa do magistrado.

O excesso de demanda em relação à oferta de decisões judiciais é um problema crônico de grande parte dos países ocidentais. Esse excesso provoca o fenômeno da lentidão do Judiciário, que hoje já pode ser medido pelas altas taxas de congestionamento e recorribilidade do sistema judicial. A tabela a seguir mostra a evolução da taxa de congestionamento⁴ nos anos de 2004 a 2007 nos três principais sistemas judiciários brasileiros.

Taxa de congestionamento	Justiça Federal				Justiça do Trabalho				Justiça Estadual			
	2004	2005	2006	2007	2004	2005	2006	2007	2004	2005	2006	2007
2º grau (%)	67,1	65,3	60,4	60,5	33,2	30	28,3	28,1	51,9	49,4	46,3	45,4
1º grau (%)	76,3	78,3	75,7	78	48,3	50,5	51,7	49,4	80,6	79,9	80,1	80,5
Turma recursal (%)	33,8	33,3	38,6	24,8					37,6	42,6	30,9	42,9
Juizado especial (%)	47,6	44,3	43,3	42,2					53,7	50,4	48,7	51

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2007.

A próxima tabela permite ter uma ideia mais clara a respeito dos números que compõem a taxa de congestionamento nesses três sistemas judiciários brasileiros sobre o ano de 2007.

Quantitativo 2007	Justiça Federal			Justiça do Trabalho			Justiça Estadual		
	Casos novos	Casos pendentes	Decisões e sentenças	Casos novos	Casos pendentes	Decisões e sentenças	Casos novos	Casos pendentes	Decisões e sentenças
2º grau	443.989	674.915	442.123	642.941	212.402	615.235	1.623.974	1.173.742	1.519.690
1º grau	646.298	1.731.406	522.267	2.968.843	2.826.863	2.930.308	11.476.577	32.103.142	8.516.057
Turma recursal	332.743	152.937	385.896				267.804	102.797	211.670
Juizado especial	1.253.503	944.308	1.271.337				4.113.152	4.029.594	3.991.470

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2007.

A impossibilidade da parte de calcular o tempo da ação judicial aumenta de tal maneira os custos de litigar que acaba por favorecer outras opções de resolução de conflito fora do estado de direito, tais como a violência econômica e social, que têm grande impacto desestabilizador do regime constitucional. *A contrario sensu*,

⁴ Essa taxa é obtida pela divisão dos casos não sentenciados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de julgamento.

acreditamos que o aumento da eficiência operacional — a agilidade decisória — do Poder Judiciário é um dos principais fatores de inclusão sociolegal, e, portanto, de consolidação do Estado democrático de direito. E essa estratégia, em longo prazo, é muito mais propícia à segurança jurídica de contratos, investimentos e desenvolvimento do mercado interno do que a tentativa de se restringir o eventual excesso de liberdade interpretativa dos magistrados.

Não é por menos que, em recente pesquisa de âmbito nacional sobre a avaliação do Poder Judiciário pela população brasileira,⁵ o aspecto que os entrevistados identificaram como o mais importante para melhorar a Justiça no país foi “mais agilidade”, com 54%. Quando perguntados se consideravam o Judiciário brasileiro ágil ou lento, 88% responderam que a lentidão era a característica que melhor o descrevia. Ou seja, a principal providência para a melhoria da Justiça é a conquista da agilidade decisória.⁶

Na verdade, parece existir uma correlação entre legitimidade social e política do Poder Judiciário e sua eficiência administrativa. Ou, no dizer de Niklas Luhmann, “uma correlação entre a legitimidade do Judiciário e sua capacidade de produzir sentenças, implementá-las e trazer a paz social”. Se assim é, existiria uma correlação positiva entre a legitimidade político-democrática do Poder Judiciário, o acesso social e a agilidade operacional das decisões judiciais. O desafio passa a ser, então, a redução da insegurança judicial administrativa pela redução da lentidão decisória, com a ampliação, concomitante, do acesso à Justiça. O que não é tarefa fácil, nem imediata.

Este artigo trata, pois, da institucionalização de uma Justiça administrativa capaz de controlar a administração da Justiça. Não a Justiça administrativa que se desenvolve para o controle e fiscalização dos atos do Poder Executivo, de suas agências reguladoras e agentes. Mas a Justiça administrativa que se desenvolve para controlar e fiscalizar os atos e políticas públicas da administração judicial, de responsabilidade dos próprios juízes, servidores e serventuários⁷ do Poder Judiciário na busca da agilidade decisória. Esse é nosso foco temático.

⁵ Pesquisa de opinião pública organizada pelo Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) e pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe), realizada no período de 9 a 11 de fevereiro de 2009. Amostra nacional, com 1.200 entrevistas, extraída aleatoriamente representativa da população adulta brasileira com acesso à rede telefônica (nos domicílios e/ou nos locais de trabalho) de todas as regiões do país. Destes, 200 entrevistados têm ou tiveram processo na Justiça nos últimos 12 meses. Foram definidas cotas de localidade, sexo e idade a partir do que foi aleatória a seleção dos entrevistados. A margem de erro é de 2,9%. As variáveis utilizadas foram: sexo, idade, instrução, renda, região e uso da Justiça.

⁶ Ver, a respeito, Falcão, 2009.

⁷ Servidor, conforme o art. 2º da Lei nº 8.112/91 é “a pessoa legalmente investida em cargo público”, enquanto serventuário é um auxiliar da Justiça, de acordo com o art. 139 do Código de Processo Civil: “São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete”.

A legalidade desses atos judiciais administrativos está, como todos os atos da administração pública, subordinada ao art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que diz: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”, e à Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman), que, em seu art. 35, estabelece como deveres dos magistrados:

- I — cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e atos de ofício;
- II — não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;
- III — determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;
- IV — tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência;
- V — residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;
- VI — comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;
- VII — exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;
- VIII — manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

A demanda por Poder Judiciário mais eficiente, entendida em sua acepção mais simples — do equilíbrio entre demanda e oferta de sentenças — se constituiu em crescente reivindicação social e política desde a CRFB/88. Na medida em que o Judiciário se revelou historicamente incapaz de equacionar sozinho esse desequilíbrio, surgiram propostas de emenda constitucional a favor de um controle externo da magistratura, com a participação de representantes da sociedade e dos demais poderes, capaz não somente de agilizar as decisões, como também de garantir os princípios do art. 37 da CRFB/88.

Evidentemente, a magistratura reagiu fortemente à ideia de um controle externo com base no art. 2º da CRFB/88, que assegura a independência entre os poderes nos seguintes termos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre

si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A posição predominante entre os magistrados à época era a de que, se houvesse qualquer controle administrativo, este deveria ser um controle interno e jamais com a interferência de outros poderes da República, ou de qualquer tipo de controle externo ao Judiciário. Durante mais de 15 anos essa reação paralisou qualquer decisão congressual. Diante da inação do próprio Judiciário e da paralisação do Congresso, agravou-se a defasagem entre demanda e oferta, generalizando a exclusão judicial não apenas entre os de menor renda, mas também entre consumidores e empresas.

O fato é que a busca da agilidade judicial administrativa traduzira-se numa disputa política entre os poderes e só foi equacionada em 2004, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 (EC nº 45/04), que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com os objetivos⁸ institucionais de:

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;

⁸ CRFB/88, art. 103-B, §4º.

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.

Assim, o CNJ representou, como veremos, uma solução de compromisso entre os grupos políticos antagônicos que defendiam o controle interno e o controle externo da administração da Justiça. A trajetória da institucionalização do conselho é o foco histórico-empírico deste artigo.

O consenso — tático — formado em torno dos compromissos institucionais assumidos para que se conseguisse aprovar o texto da EC nº 45/2004 neutralizou, momentaneamente, as divergências entre os diferentes grupos de interesse que pautaram a construção institucional do CNJ. Mas nada foi resolvido. De fato, a tensão entre os que rejeitavam qualquer tipo de controle externo ao Judiciário e aqueles que defendiam esse tipo de controle permaneceu latente e, hoje, se manifesta novamente em outra arena, de caráter doutrinário.

A disputa política entre os diferentes grupos de interesse que pautaram a construção institucional do CNJ foi constitucionalmente equacionada, mas não foi extinta.⁹ Ela tem ressurgido frequentemente nas atividades políticas e decisões do CNJ que buscam planejar, controlar e fiscalizar os atos administrativos do Poder Judiciário. Na verdade, o CNJ nasce com o compromisso de promover uma reforma da administração da Justiça. Só a reforma o justifica. Por isso, a disputa política inicial tem ressurgido de diversas maneiras. Neste artigo, nos interessa especificamente o ressurgimento revestido com roupagem doutrinária-jurisprudencial, capaz de afetar a institucionalização do controle administrativo do CNJ sobre os magistrados. Isto é, quando se revela, por exemplo, como disputa sobre o conteúdo doutrinário de conceitos básicos do direito administrativo, que giram em torno da natureza da competência judicial do CNJ, como a discricionariedade administrativa e a distinção entre ato administrativo e ato jurisdicional.

A busca da agilidade decisória judicial como fator a consolidar a estabilidade econômica e democrática do país depende de como o compromisso constitucional

⁹ Entendemos que o texto final de uma constituição é, em última instância, resultado de uma escolha entre alternativas concorrentes e incompatíveis. Por isso, a redação de um dispositivo constitucional é, muitas vezes, nada mais do que um precário arranjo entre interesses distintos, que, através da negociação, chegam a um resultado que, embora não atenda ao máximo às expectativas de todos, é o único desfecho possível em um cenário onde o consenso é o mais escasso dos bens. Essas divergências subjacentes ao texto constitucional, e que decorrem do processo político de sua elaboração, tendem a aflorar novamente no momento da interpretação e aplicação da Constituição por uma comunidade jurídica. Sobre a importância para a elaboração e interpretação de constituições da assunção de compromissos (ou acordos) formados sem que haja consenso entre as pessoas sobre as razões teóricas que os justificam, ver Sunstein, 2007.

entre o controle interno e o controle externo da administração judicial será capaz de se institucionalizar em longo prazo.

3. A institucionalização do controle

O impasse entre o controle interno — defendido pela magistratura — e o controle externo — defendido pelo Congresso, pelos advogados, Ministério Público e opinião pública — foi taticamente neutralizado por um acordo para a institucionalização normativa:

- o novo Conselho Nacional de Justiça seria o segundo órgão na hierarquia do Poder Judiciário, logo abaixo do Supremo Tribunal Federal — seria formalmente, pois, órgão interno ao Poder Judiciário;
- sua composição admitiria, porém, membros não magistrados, como advogados, membros do Ministério Público e representantes da sociedade indicados pelo Senado e pela Câmara dos Deputados — sendo afastada, portanto, a participação direta de congressistas;
- a maioria dos membros — nove dos 15 conselheiros — seria composta por magistrados;
- a Presidência seria ocupada por ministro do STF e não eleita pelo plenário;
- o corregedor geral de justiça também não seria eleito pelo plenário, mas seria um ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O resultado político líquido dessa composição é que o CNJ passou a ser a única instituição do Poder Judiciário com poder sobre todos os atos administrativos dos juízes, embora fosse integrada por membros não magistrados, ainda que não majoritariamente. Trata-se, sem dúvida, de uma flexibilização do significado absoluto que era atribuído ao princípio da independência do Poder Judiciário segundo a interpretação dominante entre os magistrados. Flexibilização, porém, compatível com o Estado democrático de direito.

Mais do que um tribunal judicial administrativo, o CNJ foi institucionalizado como órgão definidor, implementador e fiscalizador de uma fundamental política pública para a democracia: a política pública de administração da Justiça. Para tanto, detém três competências¹⁰ distintas, interligadas e convergentes sobre todos os magistrados, com exceção dos ministros do STF. São elas:

¹⁰ Para mais informações sobre as competências e atuações do CNJ, ver o site institucional no endereço <www.cnj.jus.br>.

- a competência normativa para regular questões como nepotismo, teto salarial, concursos públicos, ingresso, promoção e remoção de juízes, eleição para diretoria dos tribunais, relacionamento com os profissionais jurídicos, publicidade dos atos administrativos etc.;
- a competência executiva, sendo responsável pelo sistema nacional de estatísticas judiciais, implantação de autos virtuais e informatização dos tribunais, criação e administração de bancos de dados, como o sistema nacional de controle de interceptações de comunicações, cadastro nacional de adoção de menores, cadastro nacional de inspeções judiciais em estabelecimentos penais, cadastro nacional de improbidade administrativa etc. Sem contar com a promoção de campanhas públicas de mobilização nacional, como a bem-sucedida campanha pela prática da conciliação judicial no próprio Judiciário, quebrando o tradicional monopólio da adjudicação;¹¹
- a competência judicial propriamente dita, isto é, a de atuar como verdadeiro tribunal administrativo, capaz de julgar disciplinarmente os aspectos administrativos dos atos dos juízes.

O que diferencia a política pública de administração da Justiça de outras políticas públicas, como as do Poder Executivo, por exemplo, é que um dos mais simbólicos e poderosos instrumentos da tríplice competência é, justamente, a decisão judicial administrativa, a jurisprudência no caso concreto, como se pode notar dos primeiros quatro anos de existência do CNJ.

Isso porque, a rigor, a decisão judicial tem sempre “dupla face”¹² e isso tem sido levado em conta pelo CNJ. Ela decide não somente a lide administrativa no caso concreto, *inter partes*, mas também determina os contornos da institucionalização do próprio conselho. Ou seja, toda decisão judicial olha simultaneamente para o caso presente e para o futuro e, por isso, temos que, a todo o momento, mesmo ao decidir o mais simples dos casos, um tribunal pode estar “em pleno — e público — processo de remarcação das fronteiras do seu poder”.¹³

Nesse sentido, é possível dizer que cada decisão em processo administrativo transforma-se numa arena, onde conflitam não somente direitos e deveres dos ma-

¹¹ Interessante observar que a pesquisa de opinião, citada anteriormente, realizada pela FGV Direito Rio e pelo Ipespe demonstrou o crescimento, entre os brasileiros, da prática da conciliação. Quando perguntados sobre qual atitude tomavam quando sentiam que seus direitos tinham sido desrespeitados, a grande maioria dos entrevistados (43%) afirmou procurar por conta própria uma solução amigável, com conciliação.

¹² A expressão foi usada em artigo de Diego W. Arguelhes, no qual o autor analisa as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Ver Arguelhes, 2009.

¹³ Arguelhes, op. cit.

gistrados e de terceiros, mas também políticas de administração da Justiça. O elemento de ligação entre as duas faces da decisão é o seu revestimento como disputas doutrinárias de direito administrativo. Doutrinas instrumentais que materializam, por um lado, uma consequência mais palpável, de curto prazo, verificável no equacionamento da lide individualizada e, por outro, uma menos explícita, de longo prazo, pavimentando a própria institucionalização do conselho.

Um dos principais desafios da institucionalização decorre da definição do lugar do CNJ dentro da estrutura de controle disciplinar e administrativo do Poder Judiciário. Mesmo restrito a matérias de natureza administrativa, o CNJ encontra-se em situação de concorrência com os outros tribunais integrados apenas por magistrados, uma vez que cada tribunal possui sua própria corregedoria. Concorrência verticalizada com os tribunais estaduais locais e concorrência horizontalizada com os tribunais especializados. Esse é o “mercado relevante” do controle disciplinar administrativo do Poder Judiciário. Cada decisão de lide é uma pedra demarcatória institucionalizadora da situação concorrencial.

O processo de institucionalização implica definir as regras dessa concorrência. Em outras e jurídicas palavras, trata-se de definir a própria competência judicial do CNJ. Se ele tem competência originária ou recursal. Ou seja, se a parte deve, primeiro, litigar contra a administração judicial no próprio tribunal estadual local ou pode se dirigir diretamente ao CNJ como tribunal nacional. Ou, ainda, se, em matéria pertinente à administração da Justiça do Trabalho ou da Justiça Federal, o CNJ teria que, antes de decidir, ouvir os respectivos conselhos da Justiça Federal e o da Justiça do Trabalho.

O CNJ é uma instituição nova inoculada num organismo tradicional. Daí o frequente ressurgimento da original disputa entre controle interno e controle externo da magistratura e sobre os caminhos da reforma do Judiciário. Ressurgem, também, *a la limite*, as questões da autonomia administrativa e financeira dos tribunais e da harmonia ou competição entre os poderes. Enfim, os próprios limites da independência do juiz e do Poder Judiciário. No delinear desse limite reside a forma como a democracia brasileira pode se assumir e se inovar institucionalmente.

4. A delimitação doutrinária da disputa política

A institucionalização do controle tem consequências decisivas para a eficiência da administração judicial. A cultura organizacional ainda prevalecente no Judiciário quase sempre legalizou — isto é, atribuiu rigidez legal a — os interesses corporativos, que passam a ser entendidos como prerrogativas da magistratura. Não raramente o combate a essas prerrogativas assume a forma de uma discussão doutrinária sobre a autonomia dos tribunais e independência do Judiciário. No

fundo, mudar essas normas seria apenas limitar e reverter a cultura jurídica corporativa (Falcão, 2007:22-35).

Permita-nos dois exemplos de como a institucionalização do controle da administração judicial na democracia se esconde e se revela ao mesmo tempo nas doutrinas correntes de direito administrativo. O primeiro é o caso de um tribunal estadual brasileiro que decidiu alterar seu horário de funcionamento alegando estar essa medida compreendida na sua esfera de autonomia e discricionariedade administrativa. O segundo diz respeito a um processo — administrativo — disciplinar no qual se analisa a possibilidade de aplicação de punição a um juiz em razão de uma decisão por ele proferida. O magistrado, por sua vez, se defende alegando que não poderia o CNJ, órgão de competência administrativa, controlar o exercício de sua atividade jurisdicional, pois nela prevaleceria o princípio do livre convencimento, controlável apenas pelo Tribunal Superior, com base no princípio do duplo grau de jurisdição.

O controle administrativo e a autonomia decisória do tribunal

Após aviso prévio de apenas 30 dias, um tribunal estadual alterou seu horário de funcionamento em vigor há mais de 50 anos. Evidentemente, toda a *rationale* econômica por trás do exercício da advocacia e do Ministério Público no tribunal foi direta e duramente afetada. A seccional local da entidade de representação de classe dos advogados brasileiros, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), solicitou a intervenção do CNJ.

A questão doutrinária se apresentou da seguinte forma: como interpretar a autonomia administrativa do tribunal, garantida no art. 96, I, *a*, da CRFB/88? Por sua vez, essa autonomia fora exercida com base no conceito de discricionariedade administrativa e permitira ao tribunal a conveniência e oportunidade de mudar seu próprio horário de funcionamento. Onde, qual a natureza da discricionariedade administrativa judicial no Estado democrático de direito? Quem a pode exercer e qual seu limite?

Seria o exercício unilateral da margem decisória do poder e do interesse do tribunal parte de sua competência ou a discricionariedade, hoje em dia, teria que se adequar ao que Sérgio Guerra,¹⁴ dentro da linha de autores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto e García de Enterría, denomina “reflexividade administrativa”? Ou seja, seria possível defender que a escolha do tribunal deveria ter sido

¹⁴ Guerra, 2008.

feita não “com base exclusivamente em sua ótica, naquilo que reputa ser ‘conveniente’ e ‘oportuno’, de difícil — senão impossível — compreensão e sindicabilidade por terceiros”, mas sim a “encarar o caso concreto de forma sistemática e transparente, sob uma interpretação analítica e empírica”?¹⁵

A rigor, o ponto de partida da ideia de reflexividade proposta por Sérgio Guerra é a complexidade da sociedade atual e os riscos sistêmicos daí advindos.¹⁶ Para que a sociedade tenha uma segurança jurídica maior, para que as informações referentes aos interesses conflitantes produzidas na sociedade possam ser utilizadas e para que haja maior participação da população interessada no processo decisório, a ideia de reflexibilidade administrativa concretiza, de forma prospectiva, a decisão a ser dada caso a caso, buscando sempre mediar os interesses conflitantes e preservar os direitos dos envolvidos.

Aplicando esse raciocínio ao caso em questão, o tribunal seria o intérprete de uma decisão comprometida com o atendimento a um sistema de interesses não apenas estatais, mas sociais também, como os dos profissionais jurídicos, diretamente atingidos pelo ato administrativo. No fundo, tratava-se de discutir se era necessária ou não a participação dos advogados e de outros profissionais jurídicos, que tiveram os seus direitos, em princípio, violados, na decisão de mudança de horário de funcionamento do tribunal, e qual deveria ser a extensão dessa participação.

Por simples cálculo de probabilidade, se fosse o próprio tribunal local a julgar o pleito da OAB, o conceito “unilateral estatal” de discricionariedade tenderia a prevalecer sobre conceito de discricionariedade “estatal-social multilateral”. Mas tendo o caso sido trazido ao CNJ, um tribunal integrado por magistrados e não magistrados, o resultado poderia ser outro.

A questão institucional em jogo era clara: até que ponto o CNJ, na qualidade de instituição de controle dos tribunais poderia interferir, mesmo em nome de uma gestão mais eficiente, nas decisões administrativas dos tribunais locais?

O controle administrativo e o livre convencimento do juiz

Como já mencionamos no início, o compromisso institucionalizado pela EC nº 45/04, se desdobra, recorrentemente, em novas disputas de caráter doutrinário entre os magistrados que pretendem se defender de qualquer ingerência externa e

¹⁵ Guerra, 2008:264.

¹⁶ O conceito de reflexividade, segundo Anthony Giddens, “consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter” (Giddens, 1991).

aqueles que entendem que para um Judiciário ágil é preciso algum controle externo, já que não há eleição como no Executivo e no Legislativo.

Essa disputa doutrinária envolve não somente a definição do lugar da competência do CNJ na estrutura do Poder Judiciário e a extensão da discricionariedade administrativa dos tribunais, como exemplificamos, mas também os diferentes e antagônicos conceitos de “ato jurisdicional” e “ato administrativo”. Como distinguir, na prática, quando o ato praticado por um juiz possui natureza administrativa — e, portanto, enseja sua responsabilização administrativa e integra a esfera de competência do CNJ — e quando possui natureza jurisdicional — caso em que sua revisão é de competência dos tribunais superiores?

Na realidade, o que ocorre é que, por vezes, uma mesma conduta (o mesmo ato) pode configurar a hipótese de incidência de diferentes normas jurídicas, que prevejam diferentes consequências jurídicas (administrativas, penais, cíveis etc.) como sanção. Nesse sentido, um mesmo ato pode produzir efeitos jurídicos tanto no âmbito jurisdicional quanto no âmbito administrativo.

A diferença entre ato administrativo e ato jurisdicional não decorre, portanto, da essência do ato, mas da maneira pela qual decidimos analisar esse ato. São apenas diferentes perspectivas para se observar o mesmo objeto.

No caso a seguir, a dificuldade foi distinguir essas duas perspectivas dado o mesmo objeto: uma decisão jurisdicional de um juiz local. Tratava-se de uma decisão do juiz determinando que uma empresa estatal federal brasileira pagasse, de forma instantânea e irreversível, mais de R\$ 63 milhões — cerca de US\$ 30 milhões — a serem depositados na conta corrente do autor da ação ou em qualquer outra conta bancária por ele indicada, com base em títulos emitidos pela empresa cerca de 30 anos atrás.

Mais tarde, investigação do Ministério Público Federal e da Polícia Federal apurou a existência de uma quadrilha especializada em fraudar títulos públicos federais com o objetivo de desfalcar os cofres públicos, em especial da empresa estatal federal em questão. Entre os integrantes dessa quadrilha estavam o autor do processo e seu advogado, que foram presos pouco depois da decisão do juiz, ao tentarem movimentar os R\$ 63 milhões. O juiz não foi incriminado.

De fato, a decisão do juiz tinha características inusitadas: a) a competência jurisdicional para analisar o caso era, segundo posição amplamente dominante na jurisprudência relativa a casos semelhantes ao caso em questão, da Justiça federal e não da Justiça estadual; b) o pagamento não foi ordenado através do instrumento processual regular, que, no caso, era a carta precatória; c) a decisão foi tomada numa cidade de 14 mil habitantes, onde não residiam nem trabalhavam as partes; d) ao contrário do usual, a decisão foi proferida em cerca de 72 horas, às vésperas do feriado de Natal; e) a garantia exigida por lei para concessão dessa ordem de pagamento e que o beneficiário teria que apresentar previamente, no caso um bem

imóvel, era de legalidade duvidosa, sem liquidez financeira e situada em outro estado da federação.

O tribunal local no âmbito jurisdicional conseguiu reverter parte dos valores sacados. Já no âmbito administrativo entendeu que o juiz cometera um erro no procedimento e que, portanto, sua conduta incorria na figura do “procedimento incorreto”, passível da pena de censura, nos termos do art. 44 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979 — Loman).¹⁷

Inconformado com tão branda pena administrativa — a pena de censura — diante de tantos indícios de fraude, outro magistrado local se dirigiu ao CNJ para pedir que a pena fosse revista, atribuindo-se novo enquadramento disciplinar para a conduta do juiz, passível de pena mais rigorosa.

Em sua defesa, o juiz alegava que o órgão competente para analisar a existência de erro em sua decisão e, eventualmente, reformá-la seria o Tribunal de Justiça do estado, uma vez que ele estava em pleno exercício de sua função jurisdicional. Ainda segundo seu raciocínio, caso o CNJ analisasse se o direito fora corretamente aplicado na decisão por ele proferida, estaria ultrapassando sua esfera de competência administrativa e invadindo a esfera da competência jurisdicional, na qual deve prevalecer o princípio do livre convencimento do juiz.

Posta a questão nesses termos, fica claro que a decisão a ser tomada pelo CNJ ultrapassava o plano superficial — e mais aparente — da solução específica do caso concreto, isto é, de saber qual a punição administrativa deveria ser aplicada ao juiz. O problema fundamental subjacente a esse caso dizia respeito a saber se e em que medida os atos de magistrados no exercício de sua função jurisdicional poderiam ensejar sua responsabilização administrativa. Ou, dito de outro modo, tratava-se de (re)definir as fronteiras do poder de controle do CNJ sobre os magistrados, ou ainda os contornos políticos do CNJ.

Mais uma vez uma disputa aparentemente doutrinária entre, de um lado, a independência dos juízes no exercício da função jurisdicional e, de outro, o controle administrativo do Poder Judiciário. Nesse caso, o controle administrativo justificava-se não em nome da maior eficiência da administração judicial, mas segundo o art. 37 da Constituição que rege a administração pública, em nome da moralidade do ato administrativo.

O princípio do livre convencimento do juiz constitui um dos elementos básicos da independência do Poder Judiciário. Mas até que ponto o princípio do livre convencimento legitima decisões de magistrados que contrariem princípios administrativos fundamentais aos quais os mesmos estão sujeitos — como, por

¹⁷ Loman, art. 44: “A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave”.

exemplo, dignidade, exatidão, independência diante das partes, moralidade, impessoalidade e eficiência?

Não custa nada lembrar que, em sua origem, o princípio do livre convencimento comportava um sentido defensivo, voltado para a regulação do procedimento de apreciação das provas de um caso. Nessa acepção, o princípio do livre convencimento nada mais significa do que a garantia do julgador de não ter que seguir uma determinação prévia sobre quais tipos de prova deveriam ter mais peso na formação de sua convicção acerca da melhor decisão a ser tomada no caso concreto. Tratava-se tão somente de impedir um engessamento prévio da atividade decisória dos juízes.

Nesse sentido, a garantia estabelecida pelo princípio do livre convencimento em nada se confunde com a ideia comumente difundida — sobretudo pelos próprios magistrados defensores do princípio da independência do Judiciário como um princípio absoluto — da entrega pela sociedade de um cheque em branco a ser preenchido com base em subjetivismos de toda espécie pelos juízes. Dessa garantia também não decorre a prerrogativa de imunização administrativa quanto a erros no processo decisório.

O ponto que queremos destacar é que o livre convencimento dos magistrados está necessariamente sujeito a um duplo controle, que abrange tanto a perspectiva jurisdicional quanto a administrativa.

Sob a perspectiva jurisdicional, o livre convencimento é controlado pelo duplo grau de jurisdição, que enseja a possibilidade de revisão da decisão por meio de recurso. No caso, então, o controle jurisdicional do livre convencimento teria que ser provocado a partir de um recurso — o “agravo de instrumento” — em face da decisão favorável que determinou o pagamento dos R\$ 63 milhões aos autores da ação, devendo ser exercido pelo tribunal estadual. A atividade de controle jurisdicional consistiria em verificar se, com base nas circunstâncias fáticas do caso, é possível afirmar que os pressupostos da decisão se encontravam presentes e, portanto, ela foi correta.

Sob a perspectiva administrativa, o livre convencimento pode ser controlado com base nas normas sobre procedimentos administrativos, que constituem uma “infraestrutura legal” do devido processo legal administrativo e sem as quais o livre convencimento não existe. Os *standards* que informam o controle administrativo do livre convencimento do julgador estão expressos no ordenamento jurídico brasileiro, na CRFB/88 e na Loman. Ou seja, a atividade de controle administrativo consiste em analisar se a conduta adotada pelo julgador na formação de sua decisão respeita os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência (art. 37 da CRFB/88) e os deveres de independência, serenidade e exatidão (art. 35 da Loman).

A decisão do CNJ foi no sentido de que, independentemente do controle jurisdicional, como controle de aplicar o direito, um controle processual e de mérito

que deveria ser feito e o foi pelos tribunais estadual e superiores, cabia, também, o exercício do controle administrativo no caso, na medida em que nele não somente inexistia o livre convencimento que fundamenta a imparcialidade necessária ao Estado democrático de direito, uma vez que o juiz estava previamente comprometido com uma determinada subjetividade, como também faltara com os princípios administrativos da dignidade, serenidade e exatidão. Ou seja, o livre convencimento não é um muro intransponível cimentado por uma doutrina vetusta do direito administrativo.

No fundo, este se transformou num *leading case* onde o CNJ estabelece que existem princípios e limites administrativos que são exigidos para o exercício do livre convencimento jurisdicional, sem o qual, no dizer do escritor, o livre convencimento seria apenas o manto diáfano da fantasia, no caso, da corrupção. O caso, agora, encontra-se em apreciação do STF.

5. Conclusão

Em ambos os casos mencionados, a decisão do CNJ foi submetida ao STF. Se forem confirmadas as decisões do CNJ, o processo de institucionalização do compromisso entre o controle externo e controle interno avançará.

O processo de institucionalização de um novo órgão de controle administrativo do Poder Judiciário se desdobra em etapas, que sendo inicialmente sucessivas, tornam-se, entretanto, concomitantes em seguida.

Primeiro, uma reivindicação sociopolítica necessária à democracia e à estabilidade econômica, que se transforma em disputa política entre os três poderes da República no momento da institucionalização legal — controle externo ou controle interno — e que em seguida, em virtude da estratégia de *institutional building* da dupla mensagem, se traduz na permanente disputa doutrinária que definirá e redefinirá caso a caso e a cada momento o controle real e mutante da institucionalização.

Na verdade, trata-se de um processo de *institutional building* onde as tensões inerentes às relações entre Estado e sociedade, e harmonia ou competição entre os poderes estão sempre latentes, e os acordos obtidos são sempre provisórios. Sem entendermos essas tensões dificilmente pavimentamos o caminho da inovação institucional.

Como afirma Mangabeira Unger, “os processos de institucionalização têm que instaurar uma dinâmica de permanente institucionalização e mudança ao mesmo tempo, donde o fulcro de qualquer institucionalização é institucionalizar esta dinâmica aparentemente contraditória — permanecer e mudar”. Conselho, aliás, dado por Lafayette a Jefferson sobre a Constituição norte-americana. Sem o apoio político social, ela teria dificuldades de efetividade operacional.

Referências

ARGUELHES, Diego W. A dupla face das decisões do STF. *Correio Braziliense*. 16 abr. 2009.

ARIDA, P.; BACHA, E.; LARA-RESENDE, A. Credit interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: GIAVAZZI, F.; GOLDFAJN, I.; HERRERA, S. (Orgs.). *Inflation targeting, debt and the Brazilian experience: 1999 to 2003*. Cambridge, MA: MIT Press, 2005.

BANCO MUNDIAL. The International Bank for reconstruction and development. *Doing Business 2009*. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/ExploreEconomies/default.aspx?economyid=28>>. Acesso em: 16 abr. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números, 2007*. v. II. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_volume_2.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2009.

FALCÃO, Joaquim. O futuro é plural: administração de justiça no Brasil. *Revista USP*, n. 74, jun./jul./ago. 2007.

_____. Transgressões coletivizadas e justiça por amostragem. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, Marcílio Marques. *Cultura das transgressões no Brasil: lições da história*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O brasileiro e o Judiciário. *Conjuntura Econômica*, v. 63, n. 4, abr. 2009.

_____; SCHUARTZ, Luís F.; ARGUELHES, Diego. Jurisdição, incerteza e estado de direito. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, n. 243, set./dez., 2006.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. 5. reimp. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexividade: uma teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Disponível em: <<http://epge.fgv.br/pt/files/1462.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in constitutional law. 74 *Social Research*, 1(2007). Traduzido para o português por Diego W. Arguelhes e Pedro J. Cantisano sob o título Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 246, set./dez. 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. [1835]. Trad. Henry Reeve. 3. ed. Cambridge: Server and Francis, 1893. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=gTX-uSzS2fAC&dq=Tocqueville+fortune+America&source=gbs_navlinks_s> Acesso em: 9 dez. 2009. v. 2.