

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE ECONOMIA DE SÃO PAULO

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO

**REFORMA DO ESTADO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04: A reforma
do poder Judiciário**

SÃO PAULO
2012

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO

**REFORMA DO ESTADO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04: a reforma
do Poder Judiciário**

Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de título de Doutor em Administração Pública e Governo.

Campo de conhecimento: Transformação do Estado e Políticas Públicas.

Orientador: Luiz Carlos Bresser Pereira

SÃO PAULO
2012

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO

REFORMA DO ESTADO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Doutor em Administração Pública e Governo.

Campo de conhecimento: Transformação do Estado e Políticas Públicas.

Data de aprovação:

___/___/___

Banca examinadora:

Prof. Dr. Luiz Carlos Bresser Pereira (Orientador)

Prof. Dr. Mário Aquino Alves (FGV-SP)

Prof. Dr. Fernando Abrucio (FGV-SP)

Prof. Dr. José Eduardo Campos de Oliveira Faria (USP-SP)

Prof. Dr. Joaquim Falcão (FGV-RJ)

RODOVALHO, Maria Fernanda de Toledo.

A Reforma do Estado após a Emenda Constitucional 45/04: a reforma do Poder Judiciário – 2012.

175 f.

Orientador: Luiz Carlos Bresser Pereira

Tese (doutorado) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo.

1. Poder judiciário - Brasil. 2. Reforma do estado. 3. Brasil. [(Constituição(1988).Emendas].
I. Pereira, Luiz C. Bresser (Luiz Carlos Bresser), 1934-. II. Tese (doutorado) - Escola de
Administração de Empresas de São Paulo. III. Título.

CDU 35(81)

DEDICATÓRIA

À Sofia, à Marcela e ao Davi.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Luiz Carlos Bresser-Pereira, pelo apoio e incentivo.

Aos Professores José Eduardo Campos de Oliveira Faria e Mário Aquino Alves, que, em várias conversas, deram mais que sugestões importantes; foram amigos que acreditaram na proposta. A eles também meus pedidos de desculpas pelo tempo roubado às suas famílias.

Aos amigos Juízes, Christine Santini, Fernão Borba Franco, Luciana Almeida Prado Bresciani, Marcus Vinicius Onodera, Samuel Karasin, que incentivaram o diálogo do Direito com a Administração.

Aos amigos da GV, em especial Christina Toth, Gabriela de Brelaz, Marcelo Maia, por partilharem as minhas dúvidas e medos.

À Silvana e a Roberta, do Centro de Apoio aos Juízes da Fazenda, sempre prontas a atender meus pedidos de pesquisa de Jurisprudência.

Aos funcionários da Biblioteca da Fundação Getúlio Vargas, pela paciência e atenção.

Ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por não ser apenas trabalho, mas também fonte de pesquisa e inspiração.

Aos meus filhos, que me ensinaram a acordar durante a noite.

Aos meus amigos Érica Viggiani Bicudo, Christian Perret, Glauco Martins Guerra, Maria Luciana Facchina Podval e Paulo de Oliveira Neto, que continuaram amigos apesar da tese.

EPÍGRAFE

*"Não sei por onde vou,
Não sei para onde vou
Sei que não vou por aí!"*

José Régio
Cântico Negro

RESUMO

Esta tese tem como propósito analisar a reforma do Poder Judiciário a partir da Emenda Constitucional 45, mais especificamente no que se refere à convivência dos critérios de eficiência e justiça. O trabalho foi estruturado com o uso do modelo teórico de formação de agenda e dados empíricos constantes de publicações, livros, decisões judiciais. A intenção foi demonstrar como foram definidos os problemas e apresentadas as soluções em um contexto de ambiguidade. Por fim, observa-se o impacto das mudanças na redefinição ainda incompleta das relações do Poder Judiciário com a sociedade.

Palavras-Chave: Reforma do Estado; Reforma do Poder Judiciário.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the reform of the Judiciary from the 45th Constitutional Amendment, specifically regarding the coexistence of criteria of efficiency and justice. The study was structured using the agenda-setting theoretical model and data contained in publications, books, court decisions. The intention was to demonstrate how problems are defined and solutions are presented in a context of ambiguity. Finally, we observe the impact of changes in the still incomplete redefinition of relations between Judiciary and society.

Keywords: Reform of Public Administration; Reform of Judiciary.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Distribuição dos processos judiciais por número de advogados (São Paulo) 100

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Movimentação dos processos no Supremo Tribunal Federal.....	47
Gráfico 2 – Magistrados por cem mil habitantes.....	111
Gráfico 3 – Casos novos por cem mil habitantes	113
Gráfico 4 – Carga de trabalho no 1º Grau e nos Juizados Especiais	114

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Processos entrados e julgados na justiça comum de 1º grau no ano de 1990.....	46
Tabela 2 – Movimentação dos processos no Supremo Tribunal Federal	47
Tabela 3 – Número de habitantes, cargos e juízes, por região	49
Tabela 4 – Carga de trabalho dos Judiciários de diferentes países.....	50
Tabela 5 – Obstáculos ao bom funcionamento do Judiciário (%).....	52
Tabela 6 – Medicamentos que geraram mais de 30 solicitações nos processos judiciais ajuizados por advogados com mais de 10 ações cada um	100

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 METODOLOGIA.....	17
2.1 Agenda Setting	18
2.2. Multiple streams	21
2.3. Elementos estruturais.....	22
2.4. Limitações da teoria.....	25
2.5. Uso do modelo teórico.....	26
3 A REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PELA EMENDA 19/98	27
3.1. A primeira onda.....	22
3.2. A segunda onda	25
3.3. A reforma gerencial no Brasil	25
4 A REFORMA DO JUDICIÁRIO.....	39
4.1 Motivos para a reforma do poder judiciário	40
4.1.1 A morosidade do judiciário	44
4.1.2 Judiciário e democracia	54
4.1.2.1 Formação do judiciário.....	56
4.1.2.2 Acesso ao Judiciário	70
4.1.3 Custo do Judiciário	73
5. FORMAÇÃO DA AGENDA.....	77
6. A EMENDA 45/04	86
7. O JUDICIÁRIO REFORMADO.....	93
7.1 O Judiciário e a demanda por justiça e segurança.....	94
7.2 Controle Difuso de Constitucionalidade.....	97

7.3 Controle Direto de Constitucionalidade	105
7.4 O Judiciário e a Determinação de Eficiência.....	109
7.5 Os Resultados da Reforma	111
7.6 O CNJ e o Papel do Judiciário.....	116
8. CONCLUSÃO.....	122
REFERÊNCIAS	125
ANEXO 1 – Emenda Constitucional Nº 45.....	134
ANEXO 2 – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial – 39368 / RS	148
ANEXO 3 – STF conclui julgamento que apontou competência concorrente ao CNJ para investigar juízes	149
ANEXO 4 – Resolução nº 135 – ADI 4638	149

1 INTRODUÇÃO

Escrever sobre o Judiciário em uma situação de consolidação das democracias emergentes da América Latina ou escrever sobre qual o papel que os Judiciários devem assumir na consolidação da democracia é uma tarefa, de início, explicada como fruto de pesquisa em poucas fontes.

De fato, comparativamente ao tratamento dispensado ao Executivo e mesmo ao Legislativo, o Judiciário é o terceiríssimo poder.

É e intuitivo que assim seja, porque alterações na representação política repercutem imediatamente sobre o Executivo e o Legislativo, que, por definição, são a pedra de toque da democracia.

Mesmo assim, as fontes relativas ao Judiciário não são tão escassas. O Judiciário tem merecido a atenção de diversos pesquisadores, sob diferentes perspectivas e em distintas áreas.

Especialmente depois da Constituição de 1988, o Judiciário passou a ser fonte de diversas reflexões. Dessa maneira, é necessário, de pronto, anotar que não se pretende tratar do Judiciário alterado pela Carta de 1988.

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, a chamada “Carta Cidadã”, teve como foco principal a garantia de direitos, marcando política e juridicamente a transição para um novo regime. Não se pode perder de vista que, sendo a tônica do constituinte de 88 a garantia de direitos, na promulgação da carta, foram preservadas, quase que como garantias individuais, situações em que os interesses de grupos de servidores se opunham à consecução do bem comum.

Nesse contexto, o Judiciário não é o centro da atenção. O Judiciário é apenas o local em que os direitos, garantidos e ampliados, hão de ser resguardados.

Passados dez anos da Constituição, ocorre uma importante reforma administrativa, com a Emenda 19/98. Essa reforma vai calibrar o Estado quanto ao novo papel da Administração Pública.

Essa década inicial da Constituição tornou possível ao legislador, já em um ambiente de democracia em consolidação (senão consolidada), rever a atuação da Administração não mais como atrelada a interesses dos servidores, mas sim, voltada ao interesse social. É nesse momento que a reforma vai trazer o conceito de eficiência da Administração.

Mas o Judiciário não é abarcado por essa reforma. Ou, pelo menos, não é objeto imediato da reforma. Tanto assim, que seis anos depois a Emenda 45/04 vem a ser promulgada, agora sim, para reformar o Judiciário.

A reforma do Judiciário, como se afirmou antes, foi objeto de várias análises, sob diferentes aspectos. Essa diversidade na abordagem do tema põe a descoberto um obstáculo inicial que é o de se definir a função judicial e o que se pretende reformar quando se fala em reforma do Judiciário.

Do ponto de vista de separação de atribuições, o Judiciário é o poder ao qual a Constituição atribuiu a tarefa de julgar e aplicar a lei.

Dessa afirmação simples, a questão judicial se torna mais complexa na medida em que se acrescenta que a aplicação da lei tem por objeto pacificar a sociedade e garantir a atuação do Estado. E, sendo assim, o Judiciário é responsável pela consolidação de uma dada forma de Estado.

Paralelamente, pode-se questionar a rapidez com que se decide e o quão próximo o Judiciário está das expectativas sociais, o que atende ao requisito de justiça nas decisões.

Combinados esses dois pontos, pode-se dizer que a atuação do Judiciário repercute na consolidação da democracia tanto porque reforça a expressão política do Estado, como também porque representa um local em que o debate por participação pode se fazer ou se estender. O Judiciário tem um papel autônomo no jogo político.

Por fim, é preciso situar o Judiciário no contexto de reforma do Estado – o que se espera do Estado e como as relações do Judiciário com o Executivo e com a sociedade se alteram quando se reforma a Administração Pública.

A partir destas múltiplas derivações da afirmação inicial, que se entrelaçam e dificultam a crítica do poder Judiciário e que constituem o pano de fundo para a presente análise, pretende-se fazer um recorte fundamentado em três pontos.

Em primeiro, é preciso situar a Emenda 45/04 no processo de reforma do Estado, como sucessora (aqui entendida como mais que sucessora cronológica) ou não dos princípios que nortearam a Emenda 19/98.

Em segundo lugar, a partir da ideia de eficiência, que permeia o discurso da Emenda 45/04, entender como, do ponto de vista da atuação do Poder Judiciário, as exigências a respeito da eficiência da Administração reverberam nas decisões judiciais e como essas exigências passam a conviver com o critério, próprio e característico do Judiciário, que é o critério da justiça.

Em terceiro lugar, esboçar – porque ainda é cedo demais para que a situação esteja completamente definida – o novo jogo de forças depois da instituição do Conselho Nacional de Justiça, previsto na Emenda 45/04.

2 METODOLOGIA

Foi dito de início que a literatura a respeito do Judiciário não é tão escassa quanto possa parecer. No entanto, isso não é sinônimo de redução de dificuldades. Ao contrário.

O Judiciário tem ocupado o interesse das mais diversas áreas, não apenas a área jurídica. A sociologia, a economia, a história também voltaram seus olhos para a atuação dos tribunais.

Dessa forma, para o encaminhamento das questões propostas – os problemas indicados na introdução – valeu-se da análise de textos, de dados, da comparação de acórdãos, estes últimos, a forma de expressão do Judiciário.

Dada a multiplicidade de abordagens dos textos – porque não foram utilizados apenas textos jurídicos –, o primeiro problema metodológico que se apresentou foi o de como tratar enfoques distintos a respeito do mesmo objeto – o Judiciário na reforma administrativa.

Ou seja, o primeiro problema do uso de múltiplas abordagens do tema está na tradução necessária para uma única linguagem.

Esse problema, já se pode admitir, não foi resolvido: não há tradução, há versão.

E aqui se quer dizer que não se procurou fazer uma releitura das fontes a partir de uma dada ótica. O que se quis fazer foi uma leitura dos textos dentro da perspectiva em que foram construídos. A partir daí procurou-se um reflexo, e não uma tradução, para a abordagem da reforma administrativa.

Assim, o texto de um julgamento é, para todos os efeitos, um texto jurídico.

Ainda que esse texto seja derivação de uma dada construção social do Judiciário, essa construção não foi levada em conta na leitura. O que se considerou foi simplesmente como a reforma administrativa se refletiu no Judiciário e como os julgamentos assimilaram e refletiram a reforma.

Os dados analisados, em sua maior parte, são levantamentos bibliográficos e documentais – registros de julgamentos.

Também foram utilizados reportagens, relatórios produzidos pelo Banco Mundial, dados estatísticos divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Explicado o primeiro problema, o segundo entrave metodológico que se apresenta é o tratamento que se pretende dar aos dados coletados – distintos textos, de áreas diversas, agrupados com o propósito de tratar a reforma administrativa.

O segundo problema diz respeito à liga, à linha que vai unir diferentes dados para criar um tecido minimamente consistente com o qual se possa cobrir o tema da reforma do Judiciário.

O segundo problema está relacionado ao modelo teórico.

A reforma do Judiciário foi tema de emenda constitucional proposta durante o governo Itamar, esteve em debate durante os dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, para ser finalmente aprovada no primeiro mandato do Presidente Lula.

Diferentemente da reforma administrativa da Emenda 19/98, a reforma do Judiciário não era parte da agenda do Executivo, mesmo para o governo Lula – tanto que se cogitou, já em 2003, de se reiniciarem os debates a partir da estaca zero, o que postergaria as alterações para uma data incerta.

O problema que se coloca é como a reforma do Judiciário converteu-se em questão relevante, a ponto de ser alçada à agenda do Executivo. Trata-se aqui da formação da agenda.

O modelo teórico que se irá utilizar para tratar do problema da formação de agenda é o modelo dos múltiplos fluxos (“*Multiple Streams*”), proposto por Kingdon (1995).

2.1 Agenda Setting

O processo de decisão política envolve múltiplos atores, múltiplos interesses, além de valores morais, religiosos, sociais. Nessas disputas, nem sempre é claro aos próprios participantes todos os interesse envolvidos.

Assim, entender essa complexidade envolve a aplicação de modelos que simplifiquem os dados reais e possam estruturar o entendimento do fenômeno da decisão política.

Muito embora todo modelo seja uma simplificação da realidade e, como tal, sempre represente risco de perda de detalhes, o uso de modelos é necessário para que se entenda o processo de formação de agenda e de implementação de uma dada política pública.

O método utilizado tem por finalidade analisar como a reforma do Judiciário se tornou inevitável.

O questionamento de toda reforma política tem por início uma pergunta nem sempre expressa que é a de como um assunto mobilizou esforços para levar adiante uma determinada ação. Dito ainda de outra forma: o que se está a perguntar é como um determinado assunto veio a compor a agenda de governo.

Entendendo-se agenda como “lista de assuntos ou problemas para os quais os funcionários do governo e as pessoas, externas ao aparato de governo, mas estreitamente associadas a esses funcionários, dedicam atenção e tempo” (KINGDON, 1995, p. 3), ao se discutir agenda, discute-se uma série de processos anteriores, relacionados ao comportamento dos agentes, à definição de interesses, à mobilização dos interessados, à verificação e análise das opções de solução dos problemas.

No modelo de Kingdon, os fluxos se combinam para que o resultado seja alcançado.

Depois de consolidada a medida, olhando-se retrospectivamente o processo que a formou, a impressão que se tem é que todos fatores se compuseram pretendendo exatamente aquele objetivo. O resultado final acaba por satisfazer a todos os interesses envolvidos.

A análise retrospectiva, no entanto, encobre o fato de que as decisões são tomadas em contexto de ambiguidade.

De acordo com Kingdon, a elaboração de políticas públicas é resultado de um conjunto de processos que incluem a definição da agenda, a especificação de alternativas a partir das quais uma escolha deve ser feita, uma escolha oficial entre aquelas alternativas especificadas e, por fim, a implementação da decisão.

Esse modelo, denominado “*Multiple Streams*”, se propõe a explicar como as políticas são impostas pelos governos em situação de ambiguidade. E ambiguidade, por sua vez, está relacionada à existência de mais de uma forma de analisar a situação ou o problema a ser resolvido (ZAHARIADIS, 2007).

O modelo de Kingdon foi usado para tratar das políticas públicas do governo americano e, nesse desenho, governos e organizações são tidos como anarquias organizadas, caracterizadas pela participação fluida, preferências problemáticas e tecnologia incerta.

Especificamente no que concerne à participação, o que a torna fluida é o fato de que a mudança no alto escalão é constante. Com isso, muitas decisões são deixadas para o próximo ocupante do cargo. “Legisladores vão e vem e burocratas, especialmente servidores civis de alto escalão, frequentemente mudam do serviço público para empresas” (ZAHARIADIS, 2007, p. 67). Afora isso, atores externos ao governo – sindicatos, associações, grupos de interesses – também exercem influência variável, dependente de esforços pessoais dos envolvidos e do tempo gasto. Finalmente, há o interesse da mídia na divulgação de notícias.

A agenda da mídia, embora tenha repercussão no processo político, nem sempre está relacionada a alcançar esse objetivo. Diferentemente dos demais atores externos, que pretendem fazer valer seus interesses na agenda de governo, a mídia tem sua própria agenda, mas, ao executá-la, influencia a participação política de outros grupos e a forma como os governantes apresentam seus programas.

Quanto às preferências problemáticas, o modelo põe às claras que nem sempre os participantes do processo político definem previamente o que pretendem. Essa falta de definição contrasta com o setor privado, em que o objetivo final – lucro – é sempre evidente.

Por fim, a incerteza da tecnologia diz respeito à dificuldade que os membros da organização têm em definir sua participação no produto final do processo decisório. Ainda que cada qual esteja ciente das suas responsabilidades, os limites entre as funções nem sempre são bem definidos. “Disputas territoriais” (ZAHARIADIS, 2007, p. 67) entre agentes de diferentes órgãos não são incomuns.

2.2. *Multiple streams*

No modelo teórico de Kingdon (1995), a relação entre problemas e soluções não é causal.

Mesmo que a análise retrospectiva crie a sensação de encadeamento lógico de etapas e de composição de interesses, o modelo teórico “*multiple streams*” discute a racionalidade do processo decisório. O estudo de Kingdon (1995) é uma lente que, no dizer de Zahariadis (2007, p. 65) “explica como as políticas são feitas pelos governos nacionais em condições de ambiguidade”.

A abordagem “*multiple streams*” deriva do modelo “*garbage can*”, segundo o qual os participantes do processo de escolha depositam em um mesmo repositório decisões, problemas e soluções, não relacionados entre si.

O modelo dos múltiplos fluxos (*multiple streams*), de acordo com Zahariadis (2007), está fundado em três pilares.

O primeiro deles é a premissa de que a atenção individual é em série, enquanto que a atenção sistêmica é em paralelo.

As organizações, diferentemente dos indivíduos, que, por limitações biológicas e cognitivas, dedicam-se a um assunto por vez, podem se estruturar e apresentar divisões internas em que cada qual está voltada para desenvolver um assunto. As organizações processam diversos interesses em paralelo. Com isso, é possível que o encaminhamento de uma proposta seja paralisado e dê lugar a outra, que vai aparecer como prioritária. De uma perspectiva externa, o processo decisivo parece fragmentado.

Em segundo lugar, as decisões são tomadas sob pressão do tempo.

Os políticos, comumente, não dispõem de tempo para alongar as discussões, o que reduz a amplitude das alternativas envolvidas. Isso não significa, porém, que todas as decisões sejam críticas, mas que o processo decisivo é orientado em razão da urgência.

Por fim, em terceiro lugar, os fluxos são independentes.

Essa afirmação é derivada da primeira: como as organizações desenvolvem projetos em paralelo, esses projetos ganham independência um dos outros.

A partir dessas três premissas, que são centrais para o modelo, é possível entender o motivo pelo qual a “manipulação é esforço para controlar a ambiguidade” (ZAHARIADIS, 2007, p. 69): em um contexto de ambiguidade, em que são variáveis as formas de definir os problemas e as soluções, a manipulação de informações é a maneira de dar significado, clareza e identidade às propostas.

Nesse sentido, a teoria dos múltiplos fluxos se aparta de outros modelos, que empregam racionalidade e persuasão para explicar as decisões políticas. No modelo de Kingdon, a deficiência de informação para todos os participantes é conhecida, de maneira que não é admissível imaginar que os atores, não tendo acesso a toda informação, pudessem tomar decisões completamente racionais.

Aqui se estabelece uma distância em relação ao construtivismo – as teorias que entendem a persuasão como motor da política – porque, no desenho dos múltiplos fluxos, não se trata apenas de modificar a opinião das pessoas (persuasão), mas de usar da informação em momentos estratégicos.

2.3. Elementos estruturais

No modelo proposto por Kingdon (1995), são cinco os elementos estruturais: problemas, diretrizes políticas, modelo político, janelas e agentes da política.

O fluxo dos problemas é representado por condições a respeito das quais os formuladores de políticas entendem que devam fazer algo.

Esses problemas não são definidos por meio de pressão política, mas por meio de observação de indicadores, tais como número de mortes, de doenças, índices de preços, custos de programas, etc.

Uma das formas de monitorar esses indicadores é observar os gastos públicos e os impactos financeiros. Os gastos com saúde são um bom exemplo de monitoramento.

Além do monitoramento, estudos e pesquisas contribuem para transformar as condições em problemas.

De toda forma, nem os indicadores nem os estudos são usados de forma direta. Os dados se prestam dois propósitos: fazer conhecer a magnitude do problema e a criar a consciência de mudanças no problema (KINGDON, 1995, p. 91).

“Os formuladores de políticas consideram uma mudança em um indicador como mudança no sistema. E é isso que eles definem como problema” (KINGDON, 1995, p. 92).

Portanto, os indicadores demandam interpretação.

Além disso, os problemas nem sempre se tornam evidentes pelos indicadores. É preciso que esses problemas tenham se tornado relevantes aos olhos das pessoas de dentro e de fora do governo. Ou seja, é preciso que os problemas sejam percebidos.

Para essa percepção, colaboram crises, desastres e símbolos. Esses elementos reforçam a percepção de importância do fato como problema.

Por fim, a resposta à atuação do governo (*feedback*) é outro fator que torna a avaliação da condição como problema.

O segundo fluxo é o das diretrizes políticas (*policy stream*), que corresponde uma sopa primordial. Esse conceito, de sopa primordial, emprestado à biologia, é usado por Kingdon para designar o conjunto de ideias que flutuam ao redor de comunidades. Tal qual moléculas que são viáveis, algumas ideias também o são.

As comunidades políticas são compostas por especialistas em determinadas áreas. Cada comunidade se estrutura em torno de um interesse específico, mas mantém interações com outras áreas.

A despeito de se formarem em torno de determinados assuntos, as comunidades são distintas entre si no que respeita à fragmentação interna. Algumas são extremamente fechadas, outras são mais fragmentadas.

Quanto maior a fragmentação interna, maior a fragmentação política. Comunidades mais fechadas têm membros que partilham não apenas a linguagem, mas também ideias a respeito de soluções políticas. A fragmentação cria instabilidade.

Do caldo político primordial, nascem as ideias. Elas emergem, recombina-se entre si. Algumas dessas ideias morrem, outras sobrevivem, nem sempre na forma original.

De um grande número de propostas, apenas um pequeno número é seriamente considerado.

As propostas, para serem consideradas, devem atender a vários itens: elas devem ser tecnicamente viáveis, devem ser aceitáveis diante dos valores da comunidade política. Os valores se referem a conceitos de eficiência e equidade (KINGDON, 1995, p. 143).

O terceiro fluxo é o fluxo da política (*Political stream*), composto pela disposição pública (“*public mood*”), campanhas de grupos de pressão, resultados de eleições, distribuição de partidos ou de ideologias no Legislativo e mudanças na Administração.

O fluxo político tem sua própria dinâmica e suas próprias regras, independentemente dos problemas e das correntes políticas, mas é um poderoso promotor ou inibidor do status de

importância na agenda. De toda forma, é diferente de “controle sobre as alternativas ou sobre os resultados” (KINGDON, 1995, p. 164).

A janela política é a oportunidade de implementar uma dada política. Quando essa oportunidade, uma situação crítica se apresenta, os três fluxos – o dos problemas, o das soluções e o da política – se combinam. “Um problema é reconhecido, uma solução é desenvolvida e disponível na política da comunidade” (KINGDON, 1995, p. 165). Nesse momento, os fluxos, que são separados, se unem.

Para Kingdon, as janelas políticas se abrem por algum tempo. As mudanças políticas ocorrem nessas oportunidades.

Os empreendedores políticos devem aproveitar as janelas, já que são caracteristicamente transitórias.

Empreendedores políticos (“*policy entrepreneurs*”) são:

Indivíduos ou corporações que tentam unir os três fluxos. Eles são mais do que meros advogados de soluções particulares; eles são agentes do poder e manipuladores das preferências problemáticas e tecnologia incerta. Quando as janelas abrem, os empreendedores políticos devem imediatamente aproveitar a oportunidade de ação. De outra forma, a oportunidade se perde e o empreendedor político será obrigado a esperar pela próxima janela a aparecer. Empreendedores devem ser não apenas persistentes, mas também talhados a combinar os fluxos. Eles devem ser capazes de acoplar os problemas às soluções encontrar políticos receptivos às suas ideias. (ZAHARIADIS, 2007, p. 74).

A combinação dos três fatores, problemas, soluções e política, aumentam as chances de adoção de uma determinada solução.

2.4. Limitações da teoria

O modelo de Kingdon é útil para expor o quão presente está a ambiguidade na política. Ainda que o processo político, visto por essa lente, seja mais complexo, menos racional e menos compreensível, o modelo escolhido é útil para se entender como o processo de reforma política está subordinado a fatores independentes entre si.

Essa utilização torna possível que não se considere a crítica a respeito dos desvios da simulação do modelo em computador (ZAHARIADIS, 2007, p. 79).

Mesmo a crítica estrutural – de que a independência entre os fluxos não é completa – não abala a escolha da teoria. Isso porque, ainda que a independência seja conceitual, o conceito de fluxos independentes é útil para se entender o motivo pelo qual não há uma relação de causalidade direta entre a resposta política e os problemas apresentados. Ou ainda, porque o processo de reforma política não é definido de imediato.

2.5. Uso do modelo teórico

Afirmou-se, de início, que a escolha do modelo teve por meta unir as várias fontes consultadas para, com elas, construir-se um panorama da reforma do Judiciário.

De fato, o modelo usado serve bem para juntar as fontes, compondo com elas os elementos dos três fluxos.

Além disso, o modelo dos múltiplos fluxos é útil para demonstrar como as propostas de reforma do Judiciário se desenvolvem em um ambiente de ambiguidade, em que mesmo para os atores envolvidos, não eram claros nem o objeto da reforma, nem as soluções almejadas.

Aliás, nesse segundo ponto reside a maior vantagem da escolha do modelo: explicitar como a reforma do Judiciário, especialmente quando comparada à reforma da Administração da Emenda 19/98, está muito mais permeável às ambiguidades e incertezas do contexto político.

3 A REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PELA EMENDA 19/98

Os anos 80 foram marcados pelas reformas no aparato do Estado. Foram reformas reativas à crise dos anos 70. Até então, a máquina estatal havia se expandido ao máximo e os programas de governo abarcavam, da forma mais ampla, prestações que garantissem saúde, habitação, educação.

A redução do Estado na década de 70 corresponde não apenas à diminuição da máquina, mas também à redefinição de modelo de democracia.

O conceito de democracia que se firmou depois da segunda guerra mundial está ligado à massiva intervenção do Estado na economia. O *Welfare State* é, por excelência, o modelo das democracias industriais avançadas (PIERSON, 2007, I).

Depois da Segunda Guerra Mundial, os Estados experimentaram uma situação de “prosperidade sem precedentes” (PIERSON, 2007, p. 2). Essa prosperidade foi um fator determinante para que os Estados interviessem na economia e, simultaneamente, passassem a se firmar como garantes de direitos.

O *Welfare State* é um modelo de Estado cuja atuação repercute em nível macroeconômico, como “importante instrumento anticíclico, criando déficits durante períodos recessivos e excedentes durante o crescimento”, e no nível microeconômico, “compensando importantes falhas do mercado”, já que há uma tendência do setor privado de “subinvestir na sua própria força de trabalho” (PIERSON, 2007, p. 2-3).

Por outro lado, esse Estado tem um papel político significativo. É com base nesse modelo que se firma a legitimidade das democracias ocidentais (PIERSON, 2007, p. 3). Mas não só: o Estado é efetivo garante de direitos estabelecidos nas Constituições.

E os direitos já não são mais apenas aqueles chamados de primeira geração.

Na primeira geração, os direitos individuais eram concebidos como obrigações negativas, de não fazer: sem que se fizesse presente uma situação previamente indicada, o Estado não pode

interferir na propriedade, na liberdade, na vida dos cidadãos. Direitos de primeira geração são aqueles que representam limites ao poder do Estado.

Esses limites, no entanto, não foram suficientes para garantir real proteção aos indivíduos. Isso porque, ainda que o poder do Estado pudesse ser limitado, pela lógica do mercado, o poder dos particulares não o era. Assim, as negociações no mercado entre os que oferecem capital em troca da força de trabalho são entendidas como relações entre iguais.

Aos poucos, porém, observou-se que essas relações igualitárias criavam uma enorme desproporção na distribuição de riquezas, a ponto de forçar o Estado a estabelecer políticas de efetivação de direitos. Essa é segunda geração – a geração dos direitos sociais, em que o Estado já não é apenas um ente do qual se espera o não agir. Do Poder Público, aguarda-se a prestação positiva, que vai implementar direitos relacionados ao trabalho, à saúde, à educação, à habitação.

A terceira geração de direitos – os direitos relacionados a interesses da comunidade, tais como meio ambiente, urbanismo – também pressupõe prestação positiva por parte do Estado, mas com uma característica distinta: a prestação positiva não é apenas o fazer ou o implementar alguma medida, mas o expor, o participar os motivos de decisões políticas.

A ampliação de direitos, aliada a uma situação fiscal favorável, fez com que o Estado se aparelhasse para responder às demandas. O aparelhamento da máquina estatal significou, sobretudo, aumento de pessoal, evidentemente, com aumento de gastos com a folha de pagamento, além dos gastos com a implementação das próprias políticas públicas.

Essa situação deu origem a um Estado extremamente sobrecarregado de tarefas e visceralmente dependente do bom desempenho da economia. Se fosse possível manter os índices de crescimento econômico nos patamares extraordinários que se observaram nos trinta anos após a Segunda Guerra Mundial, não se falaria em crise do modelo do Estado do Bem-Estar. Quando muito, propostas de redução do Estado seriam sazonais, variando ao sabor de ondas de crescimento mais ou menos intensas.

É irônico perceber que o Estado, ampliando seu aparato administrativo na tentativa de exercer controle sobre a economia, tenha tornado ele próprio mais suscetível às variações do mercado.

Assim, a crise dos anos 70 marca o declínio do *Welfare State*.

De início, o problema tem aspecto fiscal, porque há menor entrada de recursos. No entanto, a crise não se reduz a esse ponto, porque as demandas pelos direitos sociais não se reduziram; antes, aumentaram ou se diversificaram.

Como os Estados não têm recursos para fazer frente às demandas, buscam no mercado recursos. Ou seja: os déficits fiscais conduziram os Estados ao endividamento.

Dessa forma, já em meados da década de 70 o Estado está endividado e ainda comprometido com a implantação de políticas públicas relacionadas a direitos sociais.

No final da década de 70, ocorre o segundo choque do petróleo e, nesse momento, começam a se articular as respostas para a situação.

3.1. Primeira onda de reforma

No final dos anos 70, até mesmo os Estados Unidos experimentam “estagflação”: uma combinação perversa de inflação alta e desemprego. Os programas do Partido Democrata já não produzem resultados e, em 1980, é eleito para a Presidência o republicano Ronald Reagan.

A Grã Bretanha, igualmente endividada com o custo dos programas sociais, está sob o governo conservador de Margaret Thatcher.

“Pela primeira vez desde antes da Segunda Guerra Mundial” (PIERSON, 2007, p. 4), tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra a política social é abertamente criticada e a atuação do *welfare state* já não é interpretada como vítima do mau desempenho da economia, mas como a própria causa desse mau desempenho.

Para os dois governos, a redução do Estado passa a ser prioritária.

O primeiro movimento de reforma do Estado é marcado pela desconfiança para com o serviço público. É a expressão do recrudescimento de críticas à atuação do Estado e da reação ao déficit orçamentário.

Especificamente no caso da Grã Bretanha, a reforma da administração se fez com expressivo corte de pessoal.

Segundo Jenkins:

O novo governo eleito em 1979, de direita por inclinação e profundamente desconfiado do serviço público, estava determinado a mudar o modo de funcionamento do serviço público. Queria diminuir o tamanho da máquina, reduzir seu custo e atenuar sua influência na economia britânica. Essa não foi, de maneira alguma, a primeira vez que se tentou introduzir o setor privado no serviço público da Grã-Bretanha. A forte convicção de que o empresariado sabia fazer melhor foi um ingrediente importante nas tentativas iniciais de reforma, tanto nos anos 20 quanto durante o governo Heath, no início dos anos 70. Mas o governo conservador de 1979 tinha uma determinação incomum e exerceu forte pressão nesse ponto.

Devido a essa pressão, o tamanho da administração central foi reduzido de mais de 700 mil pessoas para aproximadamente 600 mil. Estabeleceu-se o importante princípio de que não seria possível dispor de mais pessoas e, assim, teriam de ser encontrados novos métodos de operação, mais simples ou pelo menos intensivos de mão de obra. Controlaram-se também os custos. O estabelecimento de limites de caixa funcionou e continua a servir de mecanismo de gastos públicos (JENKINS, 2006: 202).

A resposta para a crise financeira é a redução da Administração Pública, redução de custo, especificamente. Cortar despesas não é uma tarefa simples: ainda que se reduzam os investimentos com políticas sociais, resta resolver a questão do aumento de pessoal.

A parte evidente da reforma da Administração é o corte de despesas, mas essa proposta deixa entrever que a insatisfação é ainda mais profunda e envolve uma rediscussão do papel do Estado.

De acordo com Abrucio:

A crise do Estado afetou diretamente a organização das burocracias públicas. Por um lado, os governos tinham menos recursos e mais déficits. O corte de custos

virou prioridade. No que tange á administração pública, isso produziu dois efeitos. Primeiro a redução dos gastos com pessoal, que era vista como uma saída necessária – os discursos das administrações de Thatcher e Reagan representaram o ponto máximo dessa tendência. Segundo, a necessidade de aumentar a eficiência governamental, o que, para boa parte dos reformadores da década de 80, implicava uma modificação profunda do modelo weberiano, classificado como lento e excessivamente apegado a normas. Em suma, considerava-se o antigo modelo ineficiente.

Por outro lado, o Estado contemporâneo vinha perdendo seu poder de ação, especialmente se levarmos em conta os problemas da “governabilidade” (governos sobrecarregados) e os efeitos da globalização. Portanto, surgia *naquele momento não só um Estado com menos recursos, mas um Estado nacional com menos poder*. Para enfrentar essa situação, o aparato governamental precisava ser mais ágil e mais flexível, tanto em sua dinâmica interna como em sua capacidade de adaptação às mudanças externas. Propunha-se, assim, a construção de uma nova burocracia (ABRUCIO, 2006: 176-177).

Mesmo que se defenda um Estado mínimo, a solução não pode ser o desaparecimento do Estado. Algumas tarefas são – e sempre serão – exclusivas do Estado.

É nesse contexto que se esboça uma segunda onda de reformas.

3.2. Segunda onda de reforma

Nessa segunda onda, ao lado da redução das despesas públicas, busca-se também aproximar-se o setor público do interesse do cidadão, de maneira que a prestação do serviço não seja simplesmente o fazer, mas o fazer de acordo com o interesse envolvido.

Evidentemente que, se o serviço é prestado a contento, a pressão pelo corte de despesas é menor. Ao mesmo tempo, aumenta a aceitação da política pública.

Assim explica Bresser-Pereira:

A reforma ou a reconstrução do Estado, particularmente pela via da Reforma Gerencial da administração pública, é uma resposta ao processo de globalização em curso, que ameaça reduzir a autonomia dos Estados na formulação e implementação de políticas, e, principalmente, à crise do Estado, que começou a se delinear em quase todo o mundo nos anos 70, mas que só assumiu plena definição nos anos 80. Uma primeira geração de reformas, nesses anos 80, promoveu o ajuste estrutural macroeconômico, por meio de medidas de ajuste fiscal, de liberalização comercial e de liberalização de preços – e já iniciou a reforma do

Estado, estrito senso, por meio dos programas de privatização. A causa fundamental por trás dessa primeira onda de reformas era a crise fiscal do Estado; o objetivo ilusório, caminhar em direção ao estado mínimo desejado pelos ideólogos neoliberais. Já nos anos 90, quando essa proposta se demonstrou ser irrealista do ponto de vista econômico (não produzia desenvolvimento) e político (não tinha apoio nos eleitores), surge uma segunda geração de reformas, encabeçadas pela reforma da administração pública, que têm como objetivo principal reconstruir o Estado. Na primeira geração de reformas, já se falava em reforma administrativa, mas esta era confundida com o mero *downsizing*. Na segunda geração, a reforma administrativa implica aplicar os princípios e práticas da nova gestão pública, implantar a Reforma Gerencial. (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 31).

A reforma gerencial tem, assim, um diferencial bastante marcante: a intenção de construir uma legitimação do serviço a partir da satisfação do consumidor.

Em comum, todas as propostas de reforma se estruturaram a partir da necessidade de reduzir custos. E não é uma surpresa que seja assim, dado que o fator que deflagrou o desmonte do *Welfare State* foi a crise fiscal.

A forma de reduzir custos foi fazer o Estado encolher. Para tanto, apresentam-se vários mecanismos: limitação das dimensões do setor público, privatização, comercialização ou corporatização de órgãos públicos, descentralização para governos subnacionais, desconcentração no governo central, uso de mecanismos típicos de mercado, novas atribuições aos órgãos da administração central, outras iniciativas de reestruturação ou racionalização (KETTLE, 2006).

A Nova Zelândia é o exemplo mais citado de profundo e bem sucedido corte dos gastos públicos, com redução drástica da máquina administrativa. Estados Unidos e Inglaterra, com os governos conservadores de Reagan e Thatcher, respectivamente, também redimensionaram os investimentos públicos e pretenderam restringir a atuação do Estado.

No entanto, o *Welfare state* não é apenas um modelo de intervenção econômica; é um modelo de estruturação da participação popular.

Assim, se o mote da primeira onda de reformas é a retomada da ideia liberal de Estado mínimo, a motivação da segunda onda é a dimensão do cidadão.

A segunda onda de reforma (que não pode ser entendida simplesmente como mera etapa que se segue à primeira, mas como uma visão complementar à necessidade de reformar o Estado, não apenas para cortar despesas, mas também – e sobretudo – para garantir eficiência do aparato estatal no desempenho de atividades a ele incumbidas) tem por foco a reestruturação do funcionamento do Estado.

Essa segunda onda tem implicações mais profundas, porque envolve mudança de conceitos e valores da Administração Pública.

Em termos práticos, isso significa que há um deslocamento do foco de objetivo da atividade do Estado. O Estado não está voltado para a realização de etapas formais pré-estabelecidas. O Estado agora se preocupa em fazer com que os serviços públicos sejam reconhecidos como “bons”, efetivos e eficientes.

A mudança do centro de gravidade do Estado, do procedimento para a satisfação do consumidor, determina um rearranjo da estrutura, para que se alcance um novo equilíbrio: o Estado é obrigado a criar meios de responsabilização (*accountability*), as funções dos servidores também são revistas; o papel do Estado é questionado. Todos esses aspectos estão interligados.

Quando o Estado se volta para o interesse do consumidor, vai ser obrigado a repensar e refazer a sua estrutura administrativa para que seja possível estabelecer um “diálogo” com o cidadão. O funcionário que atende ao consumidor deve, para que isso seja possível, ter mais autonomia.

Esse tratamento incentiva novas demandas por parte dos consumidores e o aparelho estatal deve ser mais flexível para responder a elas (não no sentido de atender, porque haverá situações em que o atendimento não será econômica e/ou politicamente viável, mas no sentido de apresentar possibilidades alternativas de satisfação).

Mas “diálogo” só se estabelece se o serviço público estiver preparado para tanto. O Estado tem de investir em funcionários cujo desempenho seja sempre reavaliado. Essa necessidade contrasta como o atual modelo de vínculo do servidor com a Administração, ou seja: o modelo de responsabilização impõe a reorganização das carreiras do setor público.

Assim se explica porque a estrutura do serviço público é um dos objetos das reformas do Estado.

De acordo com estudo de Francisco Longo (2001), praticamente todos os países da OCDE se empenham na redução do volume de emprego público. A estabilidade e a proteção plena ao emprego são conceitos que têm sido revistos. Também se observa o uso de contratos temporários.

As reformas não se limitam à natureza do vínculo do servidor; os mecanismos de recrutamento, seleção, avaliação, típicos dos sistemas burocráticos, tendem a se aproximar do modelo do setor privado. Mesmo o tempo de serviço (antiguidade – ponto sacrossanto do serviço público) tem dado lugar à avaliação pela competência como critério de promoção.

Admite-se também que a remuneração do servidor possa variar em razão de sua produtividade – países de forte tradição formalista, como a França e a Alemanha, têm aplicado fórmulas de pagamento próprias de empresas privadas.

Não apenas a figura do servidor mudou; também a estrutura da organização sofreu o mesmo impacto: as reformas prevêm descentralização de poder, com aumento do poder decisório dos servidores dos escalões mais baixos. Por esse viés, o papel dos chefes passa a ser o de organizar.

No trabalho de Francisco Longo (2001), o ponto em comum das transformações do Estado é a tensão entre a racionalidade formal e a exigência (social) de flexibilidade. A flexibilização é alcançada pela negativa de alguns dos cânones da burocracia weberiana.

As reformas administrativas evidenciam que, conquanto as burocracias sejam inevitáveis, a racionalidade formal das decisões não é suficiente por si só como forma de legitimação. É necessário um mínimo de satisfação social quanto ao conteúdo da resposta. E mais que isso: também é necessário um mínimo de satisfação social no que toca a composição do quadro de servidores.

Quando se trata de satisfazer à exigência relativa ao conteúdo, as mudanças no sistema de serviço público são orientadas pela aproximação do servidor ao público. As reformas tendem a instituir um determinado *ethos* pelo qual o servidor se vê na posição de servir a um interesse do cidadão.

Essa intenção de proporcionar satisfação pelo conteúdo da prestação do serviço reflete-se na maneira pela qual os servidores serão recrutados e avaliados.

Dá se pode dizer que as pressões sociais pelo conteúdo se transformam em pressões sociais relativas à composição do quadro de servidores (embora existam pressões autônomas, desvinculadas do tipo de resposta, também relativas à composição desse quadro).

Quando se menciona que há expectativa social com relação aos servidores, o que se quer dizer é que há pressão pela redução de custos com salários e com pensões e pela diminuição do tamanho da máquina administrativa.

Essas pressões põem em xeque a profissionalização da burocracia (tal como a imaginou Weber). Essas mesmas questões abrem caminho para que se discuta a inevitabilidade das burocracias, não no sentido de imaginar que possa não haver burocracia, mas no sentido de que pode haver burocracias com perfis diferentes do modelo ideal de Weber.

Todas essas medidas contrastam com o modelo burocrático clássico, mas fazem eco à exigência de responsabilização do Estado (*accountability*).

A responsabilização do Estado pelo resultado é um processo dinâmico, que se cria incessantemente com base em situações que são mutáveis.

A fluidez dessas relações torna apropriada a aproximação das ideias de reforma do Estado às propostas gerenciais das empresas privadas, em um interessante e impensado movimento pendular de busca de soluções na burocracia privada, que se inspirou originalmente no Estado.

Ressalvando-se o fato de que a aproximação não permite a simples “importação” de medidas (mesmo porque a lógica do Estado não é a mesma lógica da empresa privada), é interessante observar que a reforma gerencial tem produzido resultados positivos.

3.3. A reforma gerencial no Brasil

No Brasil, a reforma da administração pública aconteceu com a Emenda Constitucional 19/98.

A Constituição de 88 não refletiu a crise fiscal que já existia. Por isso, o padrão de tratamento do quadro de servidores e o comprometimento das receitas estavam em descompasso com o que era observado em outros países.

Foi a reforma, iniciada em 1995 e que resultou na Emenda Constitucional 19/98, que alterou essa situação.

De acordo com Bresser-Pereira:

A partir de 1995, com o governo Fernando Henrique, surge uma nova oportunidade para a reforma do Estado, em geral, e do aparelho do Estado e de seu pessoal em particular. Essa reforma tem por objetivos: a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, particularmente nos estados e municípios, onde existe um claro problema de excesso de quadros; a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento dos cidadãos. (BRESSER-PEREIRA, 1998, 257)

Com a emenda 19/98, a eficiência passou a ser princípio da administração, foram fixados limites para a remuneração de servidores e estipulou-se a racionalização dos serviços públicos.

A Emenda, na realidade, é uma parte da reforma.

Houve um *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* (BRESSER, 1995), em que foi feito o diagnóstico da administração pública, com propostas para adoção de uma administração gerencial.

Nesse Plano, foram definidas três dimensões de reforma: institucional, cultural e de gestão (BRESSER, 1998). A emenda em si é a parte institucional, que se refere à alteração do aparato legislativo do Estado. A dimensão cultural “está em toda reforma e, principalmente, no amplo debate que a tramitação da emenda constitucional propiciou” (BRESSER, 1998 : 217). A dimensão de gestão compreendia a adoção da “gestão pela qualidade total”.

E essa adoção se traduziu em dois programas: o Programa de Qualidade e Participação e o Programa de Reestruturação e Qualidade dos Ministérios, sendo o primeiro mais genérico e o segundo específico para os ministérios. Ambos incorporavam a proposta da reforma gerencial, que era a de:

valorizar e fortalecer estes princípios e práticas: liderança, planejamento estratégico, controle de resultados, revisão e aperfeiçoamento contínuo dos processos de trabalho, participação dos funcionários na redefinição e gerência dos processos de trabalho em que eles próprios estejam envolvidos, motivação do pessoal através de incentivos morais relacionados com a missão da organização e o interesse público, reservando um papel secundário aos incentivos monetários, e foco no cidadão-cliente. (BRESSER-PEREIRA, 1998: 218).

Não se pode perder de vista, no entanto, que a reforma gerencial não é meramente a aplicação de princípios da administração privada ao Estado. O Estado é orientado por práticas democráticas que não podem ser perdidas.

Como se mencionou ao início, o *welfare state* é um modelo econômico, mas também político. As restrições fiscais que deflagraram as reformas não são fundamento para a restrição de direitos ou para que se negue a importância dos instrumentos de participação.

Por isso, ainda que a reforma gerencial não dispense redução de gastos, ainda é orientada por ideais democráticos.

De acordo com Bresser-Pereira:

Embora a motivação inicial da atual reforma da gestão pública em todo mundo tenha sido econômica, a restrição imposta pela eficiência não é a única a orientá-la. Há também a restrição democrática: quando se vive em uma democracia, a natureza e o grau de intervenção, assim como a orientação e a natureza das políticas e reformas governamentais, dependem da vontade dos cidadãos. A restrição da eficiência geralmente parece ser a única relevante. A lógica de usar recursos de forma racional tornou-se dominante com o surgimento do capitalismo, que desempenha um papel fundamental no mundo contemporâneo. O processo de

globalização impõe um grau de competição excepcionalmente alto aos países e empresas comerciais, exigindo de seus respectivos Estados padrões de eficiência nunca antes imaginados. No entanto, se essa lógica, que tem o mercado e a administração como principais ferramentas, está longe de fornecer um critério aceitável para a escolha de objetivos e prioridades da ação governamental. Nas sociedades modernas, a restrição democrática é o principal critério para as decisões políticas (BRESSER-PEREIRA, 2009: 367).

O encaminhamento rumo à reforma gerencial não deixaria de atingir o Judiciário.

Como os direitos dos servidores são unificados pela Constituição – o que significa dizer que, uma vez estipulado os direitos e deveres, todo o quadro de pessoal, de todos os poderes, nas três esferas, passam a ser regidos por esses princípios –, a repercussão da eficiência era inevitável também para no Judiciário.

A repercussão da reforma administrativa, aliada à insatisfação preexistente relativa à demora nos julgamentos, culminou com a Emenda 45/04.

4 A REFORMA DO JUDICIÁRIO

Em 2004, a Emenda 45 promove outra reforma do Estado: agora do Judiciário.

A promulgação dessa Emenda vem saudada como primeiro passo em um processo de aproximação do Judiciário às expectativas sociais.

O Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Sérgio Renault, apresentando os motivos emenda, comemorava os avanços, mas indicava que se tratava da reforma possível, uma etapa inicial para que a justiça fosse mais célere:

O Congresso Nacional promulga hoje a reforma constitucional do Poder Judiciário (EC 45/04), após treze anos de tramitação. É a alteração mais profunda realizada na estrutura do Poder Judiciário desde a entrada em vigor da Constituição de 1988. O longo período de discussões demonstra a complexidade dos temas tratados e a extensão da polêmica travada entre os diversos setores envolvidos.

A aprovação da reforma é uma vitória importante para o país e cria condições reais para que o Poder Judiciário se fortaleça e seja capaz de atender a demanda da sociedade por mais e melhores serviços jurisdicionais. A emenda hoje promulgada é um projeto sem autor. Não é uma proposta inteiramente do governo, dos juízes nem dos advogados. É o resultado do amadurecimento alcançado a partir do longo processo de tramitação legislativa e do reconhecimento da sociedade de que o Judiciário precisa se modernizar.

Há inovações importantes no novo texto constitucional. A mais significativa é a criação do Conselho Nacional de Justiça. [...]

Hoje está sendo promulgada a reforma possível. É o primeiro passo na construção de um novo Judiciário, mais transparente, mais racional e mais moderno. Dizer que a alteração constitucional não resolve nada, é desconhecer a complexidade do processo de amadurecimento e de fortalecimento das instituições democráticas. Compreender as limitações da reforma é reconhecer que há muito a ser feito para que tenhamos uma Justiça mais ágil e mais republicana. (portal.mj.gov.br/services, A Reforma Possível).

Sob a ótica da justificativa da promulgação, a Emenda 45 não é apenas uma sucessora cronológica da Emenda 19, mas é parte de um projeto maior de reforma do Estado.

Como já apresentado no capítulo anterior, a Reforma do Estado no Brasil veio inspirada por ideais democráticos. Já não se tratava de reduzir a máquina administrativa, mas de fazer uso eficiente e satisfatório dos recursos.

Como o Estado, e aqui se entende basicamente o Executivo, já se voltara à necessidade de atender os reclamos por transparência, publicidade, eficiência - essa onda de *accountability*, mais cedo ou mais tarde haveria de se espalhar pelos outros dois poderes.

Nesse aspecto, a Emenda 45 é a continuação do projeto da Emenda 19.

No entanto, ainda que as propostas de mudança constitucional de 2004 tenham se fortalecido com o sucesso da Emenda 19 (e, possivelmente, até tenham sido influenciadas pela boa recepção dos efeitos da *accountability*), os vetores da Emenda 45 não são os mesmos.

Para se compreender a dimensão e o alcance da Emenda 45, é preciso analisar os alegados motivos alegados para a reforma do Judiciário. Em seguida, será necessário avaliar se a Emenda 45 deu resposta a esses problemas.

A partir desses dois pontos, elabora-se a conclusão – em parte aqui antecipada – de que a Emenda ficou aquém de um debate mais profundo a respeito do Judiciário e, ao se acanhar na perquirição, criou uma resposta também menos satisfatória para os problemas levantados.

4.1 Motivos para a reforma do poder judiciário

Por que, afinal, reformar o Judiciário?

Essa é uma questão importante porque o Judiciário brasileiro, diferentemente do que ocorreu em outros países da América Latina, conservara-se independente mesmo durante a ditadura. Usualmente, os reclamos de reforma do Judiciário têm base na falta de autonomia, que faz com que a garantia de direitos não seja efetiva frente ao Executivo.¹

¹ Especificamente sobre a posição do Supremo Tribunal Federal durante a ditadura, expõe Daniel Brinks: “(...) in keeping with a fairly long-standing history, the STF has acted strongly to protect some core first-generation rights where courts can easily accomplish such action with no outside cooperation. Mark Osiel (1995; arguing that Brazil’s courts resisted the authoritarian regime) and Antony Pereira (2005; showing how, even though the courts were instruments of political repression, they still imposed limits on that repression and maintained their attachment to due process) have slightly different takes on the history of the courts in Brazil under dictatorship. But in both accounts, it is clear that the courts observed the properties of due process, even as they did not challenge the government’s right first to try and eventually to incarcerate its opponents” (BRINKS, 2011, p. 144).

Não era esse o problema brasileiro. Além disso, o Judiciário já se havia alterado substancialmente com a Constituição de 88: a Carta de 88 deu novo *status* aos direitos individuais, ampliou os direitos coletivos e difusos, elegeu metas a serem alcançadas no tocante à proteção de direitos. Paralelamente, instituiu instrumentos de garantia desses direitos, para com isso significar que os direitos elencados não eram meramente programáticos; havia mecanismos para torná-los eficazes.

Com relação aos direitos, o primeiro grande marco da Constituição de 1988 é o deslocamento do rol para o início do texto – o art. 5º. Mas, mesmo antes de arrolar os direitos, o art. 1º já anunciava que um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana². Em seguida, no art. 3º, estipulam-se como objetivos da república a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e a promoção do bem comum.³

Se esses são objetivos da república na ordem interna, nas relações internacionais não é diferente: o Brasil é regido pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.⁴

Assim, no artigo 5º, o rol, que não é taxativo, aparece como uma sucessão lógica das normas anteriores, uma especificação necessária do que já era entrevisto nos primeiros quatro artigos.

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político. (...)

³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

O art. 5º confere proteção constitucional a direitos individuais típicos, como o direito à vida e à liberdade, tidos como direitos de primeira geração, além de direitos sociais, de segunda geração (direito à greve, por exemplo) e, finalmente, direitos de terceira geração, como direito ao meio ambiente e à saúde.

Para garantir que esses direitos haveriam de ser aplicados, o constituinte dotou o Ministério Público, agora não mais um braço do Executivo, mas um novo poder autônomo, de poderes de investigação, legitimidade para ajuizar ações coletivas (reforçando e ampliando o que já ocorria antes da promulgação da Constituição) e ações de inconstitucionalidade.

A Constituição igualmente previu a Defensoria Pública, entidade necessária à realização da justiça, cuja carreira haveria de ser disciplinada por leis estaduais.

Com isso, o Poder Judiciário da Constituição de 1988 é voltado à garantia de direitos e é mais acessível, tanto do ponto de vista subjetivo (quem pode demandar) quanto de vista objetivo (direitos cuja proteção pode ser reclamada).

O redimensionamento dos direitos e garantias, aliado à previsão constitucional de independência do Judiciário, poderia parecer um indicativo seguro de que reformas dessa estrutura não eram necessárias.

No entanto, a outra face da constitucionalização dos direitos é a possibilidade de intervenção judicial sobre essas matérias: uma vez que todo direito merece proteção judicial, a ampliação de direitos e garantias corresponde ao aumento no número e diversificação de demandas.

Dito de outra forma: quanto mais direitos, tanto mais serão as demandas invocando esses direitos.

Se os direitos passam a ser mais amplos, mais complexos e mais extensos, a intervenção judicial se espalha sobre todo e qualquer campo, inclusive o da avaliação da regularidade do processo legislativo e a definição de políticas públicas.

Mais do que judicializar a política, a Constituição de 88 fez com que a discussão política encontrasse no Judiciário uma arena mais propícia para se desenvolver. Assim explica Maria Tereza Sadek:

No desenho constitucional aprovado em 1988 algumas características devem ser salientadas:

- todos os princípios democráticos básicos que sustentam a fundação de um Estado governado pela Lei foram garantidos;
- direitos e garantias fundamentais foram ampliados de modo a incluir um amplo espectro de direitos supra-individuais, tais como direitos difusos e coletivos, e foram criados instrumentos necessários para a defesa desses direitos;
- a preocupação com a desigualdade social e econômica provocou a inclusão não só de preceitos de igualdade jurídica, mas de medidas afirmativas para diminuir ou solucionar esses problemas;
- foi ampliada a lista de artigos que não podem ser modificados, nem mesmo por emenda constitucional (cláusulas pétreas);
- houve ambigüidade em relação ao tipo de governo: por um lado, afirmação do sistema presidencialista e, por outro, criação de instrumentos típicos do sistema parlamentarista, como as medidas provisórias.

O tipo de sistema presidencialista escolhido adotou o princípio da separação e independência entre os poderes. Tal modelo, contudo, estimula mais o conflito entre os diferentes ramos do que a cooperação. Isto porque, ao mesmo tempo em que fortaleceu o Legislativo, ampliando sua capacidade de fiscalizar e controlar o Executivo, facultou ao Executivo a possibilidade de legislar por meio de medidas provisórias. Essas potencialidades aumentaram a responsabilidade do Judiciário de exercer a mediação política entre os dois outros poderes e no controle constitucional dos atos legislativos e de governo. (SADEK, 2004, p. 80).

A ampliação dos direitos, a diversificação dos tipos de demandas, a possibilidade crescente de levar ao Judiciário questões relativas a políticas públicas são fatores que, longe de agregar prestígio ao Judiciário, acabam por expor as dificuldades desse poder em lidar com a falta de efetividade das decisões: os processos têm uma tramitação demorada; as decisões nem sempre resolvem questões práticas, por vezes, são meramente formais; a execução das decisões também é demorada; os recursos são inúmeros; as condenações nem sempre são aplicadas; há uma sensação de impunidade.

As questões relativas à tramitação dos processos, conjugadas, constituem o primeiro motivo para a reforma: reduzir a morosidade da justiça.

Os problemas da judicialização da política e da abertura do Judiciário para os mais pobres são de outra classe e estão relacionados à legitimidade do próprio Estado. Esse é o segundo motivo para a reforma do Judiciário.

O terceiro motivo é o custo do Judiciário. E por custo se quer dizer não apenas o custo com manutenção dos serviços (incluindo pessoal e patrimônio), como também o custo social que representa o desempenho do Judiciário.

Nem sempre é claro, pelas justificativas apresentadas, qual o real motivo que cada ator no processo de reforma tem como determinante. A falta de clareza se deve em parte ao fato de que essa divisão entre classes de motivos é grandemente artificial. Na prática, os motivos se entrelaçam. Além disso, é possível que a defesa do processo de reforma se faça com base no discurso mais recorrente – que é o de reduzir a demora dos processos –, embora o fator determinante dessa defesa seja outro. Dito de outra maneira: nem sempre os próprios envolvidos com a reforma estão conscientes de todos os vetores que os impelem a defender a revisão do Judiciário.

As dificuldades de todas as ordens, indistintamente, caracterizam a chamada crise de legitimidade do Judiciário, mas nem sempre são devidas apenas ao Judiciário, senão a todo o Estado.

4.1.1 A morosidade do judiciário

Para que se possa compreender como a Constituição reforçou a percepção de deficiência do Judiciário, é preciso lembrar que a ampliação dos direitos também tem mais de um aspecto. O ponto mais chamativo é o alargamento da proteção que o Estado passa a garantir, mas, com ele, aumenta-se o volume de trabalho dos juízes e servidores.

Portanto, quando a Constituição amplia direitos, ao mesmo tempo, enfatiza a condição do Judiciário de prestador de serviços.

Quando a prestação é falha – e haveria de ser, porque foram ampliados os direitos e a estrutura não foi alterada –, a insatisfação social quanto à prestação se destaca. A deficiência na prestação de serviços é um dos vieses, talvez o mais óbvio e de mais fácil percepção, da chamada crise do Judiciário

Essa deficiência tem uma dimensão correlata à deficiência na prestação de serviços por parte do Executivo: o cidadão consumidor do serviço espera receber do Estado uma prestação satisfatória em um tempo razoável.

A razoabilidade na prestação está relacionada ao tempo necessário para que o pedido seja apreciado e, se atendido, executado.

O que ocorreu com a prestação jurisdicional, diferentemente da prestação de serviços públicos, é que a Constituição criou o sentido de urgência. Embora o que seja urgente seja o direito (urgente porque a Constituição o garante), a urgência se transfere ao Judiciário (a prestação do serviço judicial deve ser urgente).

O aspecto mais relevante da mudança constitucional de 88 continua sendo a ampliação de direitos, mas essa extensão tem diferentes efeitos para o Executivo e para o Judiciário.

Ainda que a Constituição seja para o Governo mais que uma carta de intenção, uma diretriz, os direitos enunciados não são imediatamente aplicados. Há, na linha do tempo, um aceitável fracionamento entre o discurso constitucional e a prática política. Do ponto de vista do aparato estatal, as alterações da Constituição devem ser progressivamente implementadas.

Para essa progressiva adaptação do sistema às mudanças, por vezes são necessárias leis, por vezes, contratação de pessoal, por vezes abertura de licitações. Nenhuma dessas providências pode ser tida como de resultado imediato.

No entanto, do ponto de vista do ordenamento jurídico, as mudanças constitucionais acontecem exatamente no momento seguinte à promulgação da carta. Isso significa que, assim que a Constituição foi promulgada, qualquer pessoa pode vir a Juízo e requerer a aplicação imediata do direito previsto.

Há, portanto, uma diferença entre o tempo jurídico e o tempo real: no tempo real, a Constituição apresenta mudanças a ocorrer; no tempo jurídico são mudanças que já ocorreram. Essa diferença autoriza que o interessado postule que lhe seja garantida, de forma imediata, a execução do direito, porque esse direito já existe e está sendo negado pela Administração.

A ampliação de direitos pela Constituição tem impacto direto no aumento do número de demandas. Ao mesmo tempo, essa mesma ampliação redefine o sentido de demora na prestação jurisdicional (a prestação há de ser feita em tempo não apenas razoável, mas imediato) e reforça a indisposição contra a morosidade.

Desde que a implementação de direitos é transferida para o âmbito judicial, a demora no decidir ou as dificuldades na execução fazem com que o Judiciário passe a arcar com parte da frustração de um projeto político. A morosidade é mais do que um problema processual.

O momento que antecede a reforma da Emenda 45 estava pleno de motivos para que a demora fosse alçada ao posto de problema principal: os processos se acumulavam ano a ano, e os Tribunais se abarrotavam com recursos. E, para piorar, não havia perspectiva de resolução. O panorama que se podia antever era mais sombrio ainda, porque não havia perspectiva de redução do número de demandas.

Assim mostravam SADEK e ARANTES (1994) o déficit de julgamento na primeira instância em 1990:

Tabela 1 – Processos entrados e julgados na justiça comum de 1º grau no ano de 1990

Região	Proc. Entrados	Proc. Julgados	Resíduo
Norte	79.880	50.173	29.707
Nordeste	785.164	150.061	635.103
Centro-Oeste	184.231	123.747	60.484
Sudeste	2.610.605	1.629.894	980.711
Sul	549.743	480.967	68.776
Brasil	4.209.623	2.434.842	1.774.781

Fonte: SADEK; ARANTES, 1994, p. 39.

Esse acúmulo se repetia nos Tribunais.

Observe-se, por exemplo, o aumento do número de recursos no Supremo Tribunal Federal entre 1990 e 1999: tal qual na primeira instância, amplia-se a distância entre o número de processos distribuídos e o número de processos julgados⁵:

⁵ Dados obtidos através do programa de estatísticas do Supremo Tribunal Federal.

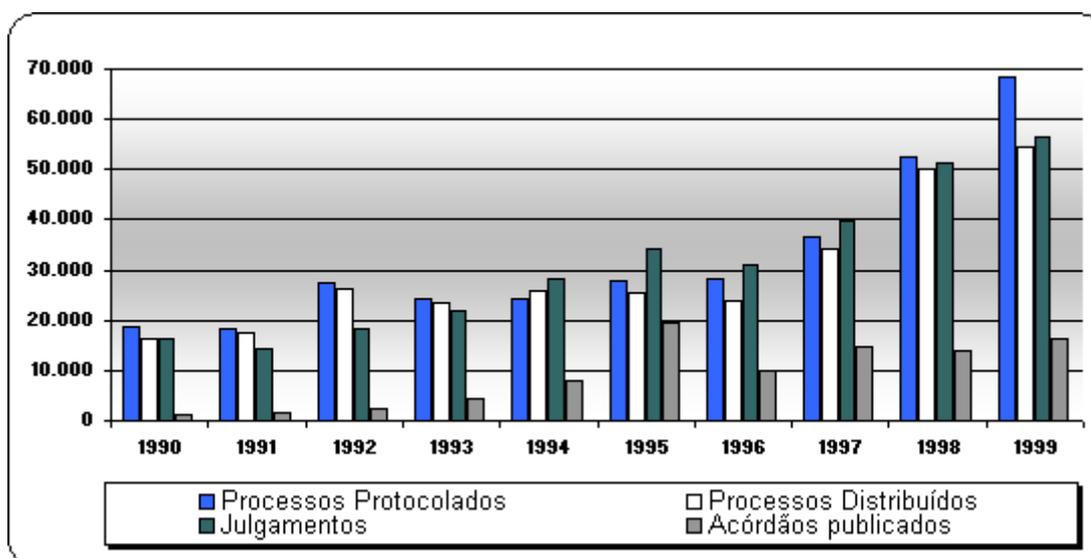


Gráfico 1 – Movimentação de processos no Supremo Tribunal Federal

Fonte: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, [s.d.].

Tabela 2 – Movimentação dos processos no Supremo Tribunal Federal

Movimentação STF	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Proc. Protocolados	18.564	18.438	27.447	24.377	24.295	27.743	28.134	36.490	52.636	68.369
Proc. Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385	23.883	34.289	50.273	54.437
Julgamentos	16.449	14.366	18.236	21.737	28.221	34.125	30.829	39.944	51.307	56.307
Acórdãos publicados	1.067	1.514	2.482	4.538	7.800	19.507	9.811	14.661	13.954	16.117

Fonte: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, [s.d.].

Note-se que entre 1990 e 1999 o número de processos protocolados foi mais que triplicado. Ainda que os julgamentos também tenham aumentado na mesma proporção, três vezes mais, há uma defasagem: em 1990, os julgamentos correspondem a 88% dos processos protocolados. Em 1999, essa proporção foi reduzida a 82%.

Há outro dado a ser observado: nem todos os processos protocolados são distribuídos no mesmo ano. Com isso, acumulam-se os processos de um ano para outro. Em 1990, os processos distribuídos equivaliam a 87,4% dos protocolados. Em 1999 essa proporção baixou para 79,6%.

Além disso, o Supremo, já em 1990, era obrigado a lidar com os processos atrasados. Para se ter ideia do acúmulo, tomando-se exatamente esse ano como exemplo, a tabela mostra que o número de processos julgados superou o número de processos distribuídos. Ou seja: houve

mais julgamentos do que o número de processos que cada julgador recebeu naquele ano. Essa situação torna evidente que havia acúmulo dos processos para julgamento.

E há um ponto que a tabela não esclarece: embora se saiba que houve um determinado número de distribuição e outro tanto de julgamentos, não se pode afirmar que tenham sido julgados os processos distribuídos naquele ano. E nem se pode dizer de quanto era o atraso. O que se sabe com certeza é que a prestação jurisdicional é equivalente aos recursos. No entanto, se os julgamentos são relativos a processos antigos, há muito em trâmite, embora o número de decisões seja expressivo, ainda não é o bastante para atender à demanda de prestação eficiente no tempo.

Atrasos na apreciação das lides representam um sério golpe na credibilidade do Judiciário. E não é uma condição exclusiva do Brasil. Essa é uma situação que se observa também em outros países.

A partir da análise de treze ensaios a respeito do procedimento civil em países tanto da *Common Law* como do sistema continental, anotou Adrian Zuckerman que:

A sense of crisis in the administration of civil justice is by no means universal, but it is widespread. (...)

In most civil law countries the state of the administration of justice is a source for concern. In France there has been an explosion in the volume of the litigation and a substantial increase in delays. (...)

In Italy the problem of delay is acute. Ordinary litigants may need to wait as much as ten years to obtain a final resolution of their disputes. (...)

In Portugal the administration of civil justice is incapable of responding in reasonable time to the demands for the protection of rights. This poor performance has undermined the credibility of the judicial system as a means for resolving disputes. The Spanish system is so beset by anachronistic complexity that it has become a veritable jungle of localized rules and special proceedings, all of which put pressure on resources and contribute to delays. Brazil seems to suffer from all possible ills. The civil process is complex, antiquated, and length, the cost to litigants are high, and the resources allocated to the administration of justice is inadequate. (ZUCKERMAN, 2003, p. 12-13).

A falta de recursos humanos, financeiros e estruturais é a explicação recorrente, comum, inclusive em outros países, para a demora nos julgamentos.

Na sua pesquisa, Sadek e Arantes (1994) indicaram a proporção dos juízes para habitantes no Brasil de 1990: na média, a cada juiz incumbiam em média cerca de 30.000 jurisdicionados:

Tabela 3 – Número de habitantes, cargos e juízes, por região

Região	Habitantes (A)	Postos	Juízes (B)	A/B
Norte	10.178.029	457	345	29.502
Nordeste	44.429.181	1.578	1.269	35.011
Centro-Oeste	10.495.833	689	424	24.754
Sudeste	67.067.873	2.760	1.970	34.045
Sul	23.393.001	1.128	922	25.372

Fonte: SADEK; ARANTES, 1994, p. 40.

Essa proporção em muito se distancia do que se observa na Espanha, França, Itália e Portugal (CNJ, 2010).⁶

Um quadro comparativo da situação do Brasil assim se apresenta, de acordo com dados divulgados pela Associação dos Magistrados Brasileiros:

⁶ Na “Justiça em Números 2009”, relatório de indicadores do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça aponta que: Ao final do ano de 2009, os três ramos de Justiça mobilizavam 16.108 magistrados e 312.573 servidores. Existiam, na média geral dos três ramos de Justiça, oito magistrados para cada cem mil habitantes. Na Justiça Estadual, constatou-se o maior número: seis magistrados por cem mil habitantes, com 70,5% dos juízes e 72,8% dos servidores atuando nesse ramo da Justiça. Em comparação com outros países, o indicador de número de magistrados por cem mil habitantes, no Brasil, pode ser considerado ligeiramente abaixo da média. A título de comparação, a Espanha possuía 10,1 magistrados por cem mil habitantes, a Itália possuía onze magistrados por cem mil, a França possuía 11, 9 magistrados por cem mil e Portugal possuía 17,4 magistrados. (CNJ, 2010).

Tabela 4 – Carga de trabalho dos Judiciários de diferentes países

Carga de trabalho

A tabela abaixo mostra um comparativo sobre as cargas de trabalho dos Judiciários de diferentes países:

País	Ações ajuizadas (ou sentenças) por 100.000 habitantes	Juízes por 100.000 habitantes	Ações ajuizadas (ou sentenças) por juiz
Honduras	1.200	8,8	136
Venezuela	2.375	6,3	377
El Salvador	2.454	11,8	208
México, apenas Distrito Federal	2.600	4,0	650
BRASIL (apenas federais, trabalhistas e estaduais – militares, eleitorais e juizados especiais não incluídos)	7.171	5,3	1.357
Argentina	9.459	10,9	875
Colômbia	3.298	7,7	430
Costa Rica	21.000	15,9	1.320
Inglaterra e País de Gales	9.800 (sentenças)	11	891 (sentenças)
França	6.200 (sentenças)	13	477 (sentenças)
Itália	14.000 (sentenças)	20	700 (sentenças)
Alemanha	15.600 (sentenças)	23	678 (sentenças)
EUA, Distrito de Colúmbia (apenas cíveis)	20.321	10,21	1.992
EUA, Maine (apenas cíveis)	2.821	1,29	2.187

Fonte: Banco Mundial

Fonte: AMB, [s.d.].

A falta de juízes abre espaço para que se analise o que a forma de recrutamento de pessoal tem demonstrado.

A cada concurso de ingresso, embora haja necessidade de novos juízes, nem todas as vagas são preenchidas.

O não preenchimento não é resultado da falta de inscritos, mas é atribuível às deficiências na formação dos profissionais: como para a participação nos concursos de ingresso exige-se apenas a conclusão do curso de Direito, o afluxo de um grande número de interessados é reflexo direto da existência de inúmeras faculdades habilitadas. Mas o aumento do número de cursos jurídicos não corresponde a um equivalente aumento do número de profissionais tecnicamente qualificados. Embora o número de cursos jurídicos tenha se ampliado, boa parte dos formados não está em condições de competir por vaga.

A deficiência de qualificação técnica tem impacto no preenchimento de vagas das carreiras jurídicas e no percentual de aprovação dos bacharéis em exame da OAB.

A partir de 1999, a Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, passou a divulgar o percentual, por faculdade, de aprovados nos exames. As faculdades mais antigas, com cursos consolidados, detinham o maior número de aprovados⁷. Essa classificação se manteve nos exames seguintes (OAB, 1999).

O baixo índice de aprovação das faculdades mais novas reavivou as discussões a respeito da qualidade dos cursos jurídicos. Essas discussões vêm reforçadas pelo fato de, como a maior parte dos inscritos nos exames da OAB é oriunda de faculdades particulares novas, o percentual total de aprovados é muito baixo.

A precária qualidade dos cursos jurídicos levou a OAB a elaborar avaliação do ensino no Brasil e, em 1999, o Conselho Federal deliberou que os cursos que atendessem a determinadas metas receberiam o selo de qualidade da instituição⁸.

Os problemas na formação do operador do direito têm impacto no recrutamento dos juízes e no funcionamento do próprio sistema judicial, já que a má formação dos advogados pode repercutir no uso desnecessário de recursos e na imperfeição técnica na formulação de pedidos (e, assim, na defesa de direitos). O uso ineficiente da máquina judicial também afeta negativamente a imagem do Judiciário.

Não apenas as dificuldades dos operadores do Direito causam a lentidão na justiça. Afora a falta de juízes, as deficiências estruturais, a quantidade de recursos e o excesso de formalismo eram percebidos pelos magistrados como entraves ao funcionamento do Poder Judiciário. Na avaliação de Sadek e Arantes (1994):

⁷ Pela primeira vez a OAB SP divulga o índice de aprovação no **Exame de Ordem do Estado de São Paulo por faculdade**. A “Estatística Geral por Faculdade” foi elaborada a partir do resultado da prova objetiva da 1ª fase do 107º Exame de Ordem, realizada em dezembro de 98. “A *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* figura em primeiro lugar, com habilitação de **93,07%**; seguida pela *Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, com **89,40%**. Em terceiro lugar aparece a *Faculdade de Direito Estadual do Norte do Pioneiro*, com **82,35%**; a *Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie*, com **77,84%**; e a *Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas* com **74,83%**”. (OAB, 1999).

⁸ Ainda assim, em 2011, o índice de reprovação dos inscritos nos exames da OAB era, em todo país, na média de 88%. (EXAME, [s.d.]). Assim, no II Seminário Nacional de Educação Jurídica, realizado no Rio de Janeiro, a Comissão Nacional de Educação Jurídica da OAB defendeu parceria com o Ministério da Educação para aprimorar a qualidade dos cursos jurídicos.

Tabela 5 – Obstáculos ao bom funcionamento do Judiciário (%)

Fatores	Importância
Falta de recursos materiais	85,6
Excesso de formalidades nos procedimentos	82,3
Número insuficiente de juízes	81,1
Número insuficiente de varas	76,3
Legislação ultrapassada	67,4
Elevado número de litígios	66,5
Despreparo dos advogados	64,0
Grande número de processos irrelevantes	59,3
Juízes sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas	59,1
Instabilidade do quadro legal	53,2
Insuficiência na formação profissional do juiz	38,9
Extensão das comarcas	26,8
Curta permanência dos juízes nas comarcas	25,3

Fonte: SADEK; ARANTES, 1994, p. 42.

Deficiências também na administração de pessoal e dos recursos colaboram para a morosidade.

O autor Marcelo Maia Nogueira elenca alguns problemas administrativos próprios ao Judiciário: gestão dependente de fatores externos, administração centrada na figura do juiz, despreparo do magistrado como gestor:

Baseados em configurações organizacionais definidas por Henry Mintzberg, Vieira e Pinheiro (2008) elaboram classificação que enxerga o Poder Judiciário Brasileiro como uma burocracia Profissional, tendo em vista, dentre outros aspectos, características de seus serviços, propriedades institucionais e a natureza da função desempenhada pelos magistrados: (...)

Também se referindo a características da gestão do Judiciário, O'Toole e Meier *apud* Meier (2007) tratam da interação existente no Judiciário com relação à sua gestão, suas características institucionais e os fatores externos que influenciam sua administração. Segundo os autores, a gestão interna das organizações judiciárias normalmente não é objeto de atenção dos magistrados, pois a legitimidade do Poder Judiciário repousa não em sua gestão interna (entendida como os aspectos relativos à hierarquia interna e às operações regulares), mas em fatores relacionados à gestão externa e às ações voltadas à criação de estruturas e institucionalização (isto é, o manejo e enfrentamento das condições do ambiente externo à organização). Vista por essa óptica, a organização judiciária conta com reduzida contribuição de sua própria gestão interna para a promoção de sua estabilidade administrativa. Assim, por ter uma gestão interna enfraquecida, esta organização depende quase exclusivamente de sua gestão externa (ou os esforços voltados à amenização de choques com o ambiente externo) e de sua estruturação (representadas por hierarquias que seguem o estilo de “burocracia weberiana”) para lidar com o ambiente e suas ameaças.

Consideradas as observações de Meier e O’Toole, percebe-se que um lado negativo da organização judiciária depender tão fortemente da gestão externa na composição de suas diretrizes de gestão é que a mesma concentra-se em seguir majoritariamente normas judiciais na prática de sua gestão interna. (...)

Ao tratar do que entende ser a causa de parte significativa dessa situação, Meier (2007:6) acrescenta que juristas aparentam não ter habilidade gerencial quando da necessidade de exercer tarefas administrativas (...). Por natureza funcional, juízes constantemente tomam decisões por si só, sem o envolvimento de outras pessoas. Essa prática leva a um estilo de gestão estreitamente concebida e muito hierarquizada em que a maioria dos assuntos gerenciais torna-se centralmente dirigidos pelo juiz. Este modelo de gestão normalmente leva a inefetividade na resolução de problemas administrativos. (NOGUEIRA, 2010, p. 21-23)

A par das dificuldades com a gestão, o Judiciário enfrenta problemas relacionados à estrutura. Tome-se por exemplo a proposta de informatização dos processos. Embora tida por muitos como uma medida técnica possível para a redução da morosidade, a informatização esbarra na falta de um projeto uniforme e na falta de recursos.

A esse respeito, o relatório de 2003 do Conselho Nacional de Justiça indicava que, na média nacional, havia menos de um equipamento de informática para cada usuário, e isso considerando, inclusive, os equipamentos pessoais dos juízes, servidores e estagiários (CNJ, 2004).

Não são, porém, apenas problemas internos que causam a lentidão na decisão. A morosidade é reflexo também da legislação processual, bastante formalista e pródiga de recursos.⁹

Mesmo que os Juízes não tenham controle sobre a legislação – e ao Judiciário cabe a aplicação da lei, tão somente –, os reflexos negativos da abundância de recursos legais recaem

⁹ Em março de 2011, o Ministro César Peluso, do Supremo Tribunal Federal apresentou proposta de emenda à Constituição permitindo a execução imediata das decisões dos Tribunais dos Estados. Na prática, os recursos especial e extraordinário deixaram de ter efeito suspensivo: “Art. 105-A A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial não obsta o trânsito em julgado da decisão que os comporte.

Parágrafo único. A nenhum título será concedido efeito suspensivo aos recursos, podendo o Relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento.

Art. 105-B Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de quinze (15) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga processo de competência originária:

I – de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente;

II - de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal.

Essa proposta de alteração do texto constitucional provocou pronta – e dura – oposição por parte das principais entidades de advogados – OAB, AASP e IASP. Já os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados, reunidos em Salvador, em maio de 2011, apoiaram incondicionalmente a mudança:

III) Apoiar incondicionalmente a iniciativa do eminente Min. Cezar Peluso, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, visando à celeridade e efetividade da prestação jurisdicional e ao prestígio das decisões de segundo grau.”

exclusivamente sobre o órgão julgador. Esses reflexos se traduzem pela sensação de ineficiência e impunidade e reforçam o movimento de reforma do Judiciário.

Diante de todos os aspectos levantados, o que, no início, se denominou “crise do Judiciário” não é exatamente crise do Judiciário exclusivamente. Muitos dos problemas atribuídos ao mau funcionamento da máquina judicial nem sequer estão na esfera de atuação dos juízes.

Excesso de recursos, por exemplo, é uma patologia da legislação. E mais grave do que essa patologia, que não pode ser remediada pelo Judiciário, é que ela serve ao Executivo.

O reexame necessário de decisões judiciais contrárias ao Estado, a forma diferenciada de pagamento de dívidas públicas, recorrer sempre à política interna das Procuradorias e da Advocacia da União são fatores que retardam a execução de decisões judiciais, disseminam a ideia de impunidade e transferem ao Judiciário a responsabilidade pela demora.

Ao se observar, é impossível não concluir que a demora na tramitação dos processos não é exclusivamente responsabilidade do Judiciário, é, por vezes, intencionalmente procurada pela parte, e que a relação do Executivo e dos Advogados com a lentidão da justiça não é desinteressada.

4.1.2 Judiciário e democracia

Afora os problemas relacionados ao funcionamento da máquina judicial, à gestão de recursos e de pessoal e à estrutura do poder, há uma questão anterior que não foi diretamente colocada em pauta quando da reforma.

Essa questão se refere ao Judiciário no delineamento de forças dentro do Estado.

A formação do Estado Moderno é a etapa final de um processo de monopolização do uso legítimo da força: dentro de uma ordem jurídica, todo poder é sempre derivado da soberania estatal.¹⁰

Para que esse poder se imponha de forma plena, o Estado há de controlar a produção e aplicação das normas. Sendo assim, o monopólio do poder de julgar é necessário à consolidação do Estado.

Ao criar esse monopólio, o Estado garante que apenas as suas normas sejam aplicadas e que o poder de coação fique centralizado.

No entanto, esse movimento de negar ao particular outras formas de resolver conflitos, cria ao Estado o dever de resolver a demanda. Ou seja: o Estado, na medida em que suprime outras formas de resolução de questões sociais em prol de uma única forma legal, assume o ônus de dar solução a essas disputas. Não solucioná-las vai repercutir negativamente na legitimidade do Estado.

Sendo assim, na consolidação do Estado é necessário um Judiciário, mas um Judiciário funcional.

A funcionalidade do Judiciário não está ligada a fazer justiça em um sentido material, mas a aplicar a lei segundo as expectativas sociais. A satisfação dessas expectativas é a garantia da legitimidade do Estado.¹¹

¹⁰ A noção de ciência do Direito se forjou a partir dos estudos de Hans Kelsen. Ele construiu a ideia de ordenamento de normas, fazendo derivar a validade de uma norma da validade da norma superior e anterior a essa primeira, assim sucessivamente até a norma fundamental. Essa norma fundamental, que é pressuposta e não está escrita, vem a ser a expressão jurídica do poder estatal. Com a ficção da norma fundamental, a validade do ordenamento jurídico é extraída, em última análise, do poder do Estado, não de um princípio de justiça. De toda maneira, o conceito de norma fundamental, como parte do ordenamento, foi um corte (o corte axiológico de Kelsen) para que se suprimisse do conceito de validade do sistema a noção de justiça. Daí porque as normas valem apenas porque o Estado as determinou (KELSEN, 1985).

¹¹ Segundo Niklas Luhmann, “Apesar do caráter questionável da legitimação racional-legal, a indubitabilidade da validade legítima das decisões obrigatórias faz parte das características típicas do sistema político moderno; é como que uma espécie de consenso básico, que se pode alcançar sem acordo quanto ao que é objetivamente justo no caso particular e que estabiliza o sistema. Sem a certeza de que decisões, obrigatoriamente tomadas, também são abandonadas, as burocracias racionais em grande escala não poderiam funcionar. Na medida em que cresce a complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizacional, aumentam os problemas carecendo de solução e, portanto, têm de se ultrapassar as formas mais antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato. Essas formas são substituídas por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mecanismos esses indiretos e mais generalizados. Isto pode acontecer em parte pela abstração interior categorizada do sistema de

Partindo-se dessa premissa, podem-se divisar duas linhas básicas a partir das quais a reforma do Judiciário seria necessária: redefinir o papel do Judiciário perante os outros poderes (em especial o Executivo) e redefinir o papel do Judiciário perante a sociedade.

Quanto ao primeiro ponto, para se entender uma reforma dirigida a alterar a relação entre Judiciário e Executivo, é necessário compreender como se formou o Judiciário brasileiro. No segundo ponto, a análise da relação do Judiciário com a sociedade demanda uma investigação do acesso à justiça e das providências jurisdicionais garantidas.

4.1.2.1 Formação do judiciário

Não é propósito deste trabalho investigar detidamente em quais bases se estabeleceu a legitimidade do Estado brasileiro e o quanto esse Estado se alterou ao longo do tempo. Assim também, pelo mesmo motivo, não será feita a avaliação correlata do papel do Judiciário nesse processo de mudança do Estado.

A despeito desse recorte, porém, alguma investigação será necessária para esboçar hipóteses a respeito de uma possível disfuncionalidade entre o projeto de Estado da Constituição de 88 e a atuação do Judiciário. É a disfuncionalidade que dá ensejo a que se proponham reformas da estrutura do poder.

Sendo assim, é preciso apurar quando surgem e quais são essas falhas funcionais.

regulamentos, pela criação de conceitos; mas esse auxílio embate contra restrições, pois afinal cada decisão isolada tem de ser concretamente fundamentada. Por conseguinte, partindo dum determinado limite de desenvolvimento, têm de se procurar qualitativamente outras formas de legitimação de decisões. Devido à elevada complexidade e variabilidade do sistema social da comunidade, a legitimação do poder político já não pode ceder a uma moral apresentada de forma natural, antes tem de ser aprofundada no próprio sistema político. (...) Além disso, tem de se assegurar que decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento, sem que se possa especificar com antecedência quais as decisões concretas que serão tomadas. A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos de estabelecimento de consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias.” (LUHMANN, 1980, p. 31, 32).

Uma breve retrospectiva histórica da formação do Judiciário mostra que foram poucos os debates em que a função jurisdicional foi o centro da questão.

Excluindo as alterações de leis processuais, mesmo as que se referem à composição dos tribunais e definições de competência, que apenas reflexamente se referem à estrutura do Judiciário, só se questionou a atuação judicial em momentos de redefinição do papel do Estado.

O Judiciário no Brasil foi instituído a partir dos interesses do Executivo. Durante o período colonial não foi mais do que um órgão que acumulava funções administrativas, policiais e jurisdicionais propriamente ditas. A função jurisdicional, aliás, também era exercida pelos os governadores.¹²

Muito embora essa estrutura comprometesse a regularidade e o rigor da aplicação da lei, foi também determinante para a consolidação do poder da Coroa portuguesa.¹³

A vinda da família real para o Brasil tem impacto na estrutura judicial – aumenta-se o número de juízes e o poder central, do rei, está fisicamente mais próximo. As relações entre o Executivo e o Judiciário necessitam uma disciplina legal mais clara.

Assim, na Constituição de 1824 já há um Título, com um único capítulo, dispondo sobre o Poder Judicial.

Embora tenha sido garantida a independência ao Poder Judiciário e perpetuidade aos juízes de direito, o que se observa ainda é que o poder de julgar não é exercido para garantia de direitos, mas para a garantia do poder do Imperador.

Tanto assim que, quando o Código de Processo Criminal de 1832 descentralizou os serviços judiciários para os juízes municipais e juízes de paz, que eram eleitos, o Governo se

¹² É bastante impreciso dizer que havia um Judiciário, considerado como uma estrutura autônoma de julgamento. Havia, é certo, alguns juízes, autoridades que exerciam a função de julgar, mas esses juízes acumulavam também funções policiais. A estrutura hierárquica entre as autoridades também não era rigorosa. A respeito da divisão de atribuições, hierarquia e funções, confira-se Leal (1975).

¹³ LEAL, *op. cit.*, p. 188.

mobilizou para promulgar a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, retirando o poder dos juízes eleitos e instituindo um Poder Judiciário atrelado aos interesses do Imperador.

Essa primeira reforma do Judiciário, que não é reforma da função de julgar, mas da forma como se exercia a dominação, teve um propósito político bastante claro: retirando as competências dos juízes municipais e juízes eleitos, o poder popular era reduzido e, ao mesmo tempo, garantia-se ao governo a possibilidade de aniquilar oposições políticas.¹⁴

A centralização do poder, que torna os juízes de Direito, nomeados pelo Imperador, não mais do que executores dos interesses do poder central tem por efeito a formação de uma burocracia judicial cujos interesses estão muitas vezes dissociados dos interesses das classes dominantes.¹⁵ Por causa da dissociação, foi possível que no Estado brasileiro se instituísse uma elite política mais uniforme, organizada em razão de interesses próprios.¹⁶

¹⁴ “Basta considerar que a lei de 3 de dezembro não foi um simples código processual ou de organização judiciária e policial; foi, acima de tudo, um instrumento político, um poderoso aparelho de dominação, capaz de dar ao governo vitórias eleitorais esmagadoras, estivesse no poder o partido conservador ou liberal” (LEAL, *op. cit.*, p. 196).

¹⁵ De acordo com José Murilo de Carvalho, “(...) em torno de 50% dos magistrados e advogados tinham ligação direta ou indireta com a propriedade rural e uma porcentagem muito menor a tinha com o comércio. O mesmo não é verdade para os militares. Após o Primeiro Reinado, são raros os ministros militares ligados à propriedade da terra, ou ao grande comércio. Esta característica é de particular importância pois, aliada ao tipo distinto de educação que recebiam os militares e a outros fatores de natureza organizacional, tornaria possível o desenvolvimento de uma contra-elite dentro da própria burocracia estatal. Além da pequena ligação dos militares com a posse da terra, é preciso observar que o fato de um magistrado ser filho ou genro de um senhor de engenho não implicava necessariamente um comportamento totalmente dependente dos interesses da classe. A má situação da economia açucareira do Nordeste, por exemplo, deixara muitos senhores de engenho em precárias condições financeiras e mesmo econômicas (...). O próprio pai de Nabuco (...), embora casado com representante de uma das mais importantes famílias de Pernambuco, sobrevivia graças a seus vencimentos de magistrado e de seus honorários de advogado. Para esses indivíduos o cargo público não era apenas um serviço como o era para um político inglês, ou para os que classificamos como ‘políticos’. Muitos filhos de fazendeiros dependiam dos vencimentos para sobreviver: viviam para a política, mas também da política (...). Por causa da sua dependência financeira em relação ao emprego público, essas pessoas tinham também um interesse material muito concreto na manutenção e expansão da burocracia. Daí não terem sido raros os casos de traição ao que se poderia definir como interesse de sua classe de origem. (...) A dependência financeira era em parte responsável pelo fato de que os parlamentares magistrados frequentemente votassem a favor dos projetos do governo, mesmo quando prejudiciais aos interesses rurais (CARVALHO, 2010, p. 112-113).

¹⁶ “O predomínio da elite burocrática na fase inicial (...) reduziu o conflito intra-elite, deu coesão ao grupo governante e colocou no poder pessoas comprometidas com a visão nacional e possuidoras das habilidades necessárias para organizar o poder em novas bases. (...) O domínio de funcionários públicos na elite política significava na verdade que os representantes da sociedade eram ao mesmo tempo representantes do Estado. Exatamente por isso tiveram êxito na tarefa de construção do poder nacional, embora tivessem fracassado na tarefa de ampliar as bases do poder” (CARVALHO, *op. cit.*, p. 115, 116).

A organização da elite política, aliada a uma característica específica, que era a da circulação funcional e geográfica dos burocratas (os burocratas ocupavam cargos no Executivo, no Legislativo e no Judiciário em diferentes partes do país)¹⁷ criou agentes com consciência dos interesses nacionais. E essa consciência foi determinante para que, amenizadas – mas não suprimidas – as disparidades entre as províncias, o Governo impusesse uma determinada ordem, evitasse as rebeliões secessionistas e, com base no fato de que o Juiz, embora nomeado pelo Imperador, haveria de trabalhar com chefes de polícia locais,¹⁸ compusesse diferentes interesses.

Além da composição de interesses entre as esferas de governo central e local, a atuação do juiz foi moldada pela existência de escravos.¹⁹ O magistrado do Império é um tipo de juiz especial, cuja atividade se pauta pela necessidade de manutenção de uma determinada ordem, não pela defesa de direitos pessoais. Em termos práticos, a resolução do conflito tem por

¹⁷ “(...) O Império reviveu a velha prática portuguesa de fazer circular seus administradores por vários postos e regiões. (...). No Brasil a circulação era geográfica e por cargos. A elite circulava pelo país e por postos no Judiciário, no Legislativo e no Executivo. (...). Podemos concluir que a grande maioria dos políticos que atingiam o topo da carreira era submetida a uma intensa circulação geográfica como magistrados, como presidentes de província ou como comandantes militares. (...). A importância da nacionalização da elite para a manutenção da unidade do país pode ser avaliada pelo fato de que, apesar dela, as tendências centrífugas, provinciais e regionais, se fizeram sentir durante todo o período e de forma violenta até 1850. (...) A desigualdade das províncias em termos populacionais e de riqueza levava ao maior favorecimento de umas em relação a outras, gerando ressentimentos sobretudo nas que perdiam influência devido à decadência econômica. É importante salientar esses aspectos para que não fique a impressão falsa de uma unidade perfeita de elite. Exatamente porque não correspondia à realidade social e econômica do país, exatamente por ter sido politicamente criada, é que a unidade foi importante para evitar que forças centrífugas levassem o País ao mesmo destino da América Espanhola.” (CARVALHO, *op. cit.*, p. 131-133).

¹⁸ “A posição do magistrado nesse mecanismo não importava então num controle absoluto de sua ação pelo governo central, e nem pelos poderes locais. Ao atribuir determinados poderes a magistrados cuja nomeação, remoção e promoção estavam sob seu controle, o governo central garantia para si a decisão sobre a maneira pela qual uma lei seria aplicada. A aplicação da lei era, no entanto, condicionada à resistência encontrada no nível local, a qual poderia manifestar-se, por exemplo, numa representação dos chefes locais às autoridades superiores contra a conduta do magistrado. Por sua vez, o magistrado não podia simplesmente desobedecer às leis nas suas decisões em virtude precisamente dos mecanismos de controle funcional detidos pelo governo central. Os magistrados eram então mais do que aplicadores das leis gerais do Império; eles eram os juizes dos conflitos locais, mas também, como representantes do poder imperial, os mediadores das relações deste com os poderes locais. Nesses dois tipos de mediação, seu objetivo seria resolver os conflitos de modo que não se voltassem contra a própria ordem política e a estabilidade social do Império” (KOERNER, 2010, p. 52).

¹⁹ “[Havia] a necessidade do cuidado permanente da manutenção da tranquilidade nas senzalas; a necessidade de uma gestão constante do risco de resistência, de revolta ou de rebelião dos escravos. Os magistrados deveriam necessariamente levar em conta os efeitos sociais de sua decisão, (...). Essa estrutura de julgamento jurídico não se resume às decisões sobre escravos, mas é característica da prática judicial na sociedade brasileira. (...). Na tomada de decisão, o magistrado era colocado diante de uma situação complexa: ele devia considerar instrumentos legais heterogêneos, fundados em princípios contraditórios e conceitos jurídicos confusos, indivíduos de diferentes categorias sociais, outras circunstâncias particulares da situação (mesmo não previstas na lei e não presentes nos autos), e os feitos políticos e sociais de sua decisão. (...)” (KOENER, *op. cit.*, p. 62-63).

norte a garantia de uma paz social, que reassegura a diferença entre as classes, mais do que o reconhecimento da existência de uma posição juridicamente protegida.

Assim, não é surpreendente que, quando o tráfico de escravos foi proibido, introduzindo-se o trabalho livre, tenha sido necessária uma nova estrutura judicial, que estivesse *pari passu* com essa mudança do Estado.

Esse Judiciário haveria de ser mais impessoal, mais de acordo com a situação de um país que passou a receber imigrantes e deveria dispensar a eles um tratamento regular e minimamente padronizado.

Exigia-se da magistratura profissionalização, com extinção da atividade partidária, presente, em especial, nos juízes municipais e juízes de paz, além de conhecimento da lei e uniformização de procedimentos processuais.²⁰

Do ponto de vista do Estado, a mudança anterior à República, foi a verdadeira reforma do Judiciário porque, com ela, foi modificado o tratamento judicial dos direitos dos cidadãos.

O anacronismo judicial já era então evidente, tanto que havia, entre conservadores e liberais, consenso que reformas eram necessárias. Embora divergissem quanto à forma de controle e amplitude das funções dos juízes, tanto conservadores quanto liberais defendiam que o Judiciário haveria de ser independente.

A Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, resultado dos debates que se seguiram à reforma de 1841, operou substancial reforma do Judiciário: a maior parte das funções policiais foram retiradas dos juízes e atribuídas a Chefes de Polícia.²¹

²⁰ “(...) a lealdade partidária dos magistrados era prejudicial às suas novas funções, decorrentes da própria autonomia política do país. Com a quebra do monopólio colonial e com o processo de formação do Estado nacional, criava-se a necessidade de reformas institucionais que garantissem as condições de funcionamento de uma economia nacional. A atribuição das funções judiciais a magistrados profissionais era considerada uma necessidade (...). O exercício destas novas funções era assim incompatível com a partidarização dos magistrados, uma vez que suas ligações políticas afetariam a tomada de decisões que deveriam ser orientadas por critérios técnico-jurídicos. Era, pois, necessária uma maior profissionalização dos magistrados, a sua maior presença nos seus postos e o afastamento das suspeitas de corrupção e parcialidade; em suma, a independência e a diferenciação de sua carreira das demais funções estatais.” (KOERNER, *op. cit.*, p. 74-76).

²¹ “Especificamente no que se refere ao controle do procedimento policial feito a posterior pelo Judiciário, essa mudança já foi tida como raiz do tratamento desigual dispensado aos indivíduos mais pobres, o que na atualidade

Quando da proclamação da República, duas mudanças importantes, ambas inspiradas no federalismo norte americano, marcaram o Poder Judiciário: instituição de duas justiças (a federal e a estadual) e a criação do Supremo Tribunal Federal.

O debate da Constituição de 1891 se fez em torno da definição das competências da União e dos Estados. Aqui é preciso anotar que a proclamação da República não ocorreu para garantir direitos individuais, mas para assegurar um rearranjo de forças das elites. Daí porque o debate central da nova Carta Constitucional é a descentralização de poder.

Desse debate é reflexa a criação da justiça estadual como garantia da autonomia dos estados. Também no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, a discussão ficou reduzida à preocupação dos estados em ter voz na nomeação dos ministros.²²

Quanto à organização da justiça dos estados, a despeito da variação de uma unidade para outra²³, havia um aspecto que prevalecia em todos os estados: a independência da magistratura era entendida como um risco para a autonomia da unidade federativa. Dessa

se revela uma deficiência democrática do processo judicial: (...) a reforma criou no Brasil a polícia independente de mecanismos de controle judicial mais imediato da legalidade da sua atividade. Essa escolha implicou uma espécie de estado de sítio permanente para os indivíduos livres e pobres, cujas garantias civis ficaram suspensas indefinidamente, estando eles sujeitos a procedimentos de controle policial, segundo critérios dessas autoridades. Ao mecanismo judicial exercido por juízes profissionais, foi atribuído um papel apenas mediato, com uma ação corretiva dos excessos, e posterior a eles. (...) Naquela reforma [de 1871] foi definida uma relação entre a atividade judiciária, a atividade policial e a cidadania, em virtude da qual o Poder Judicial adquiriu um formato institucional que foi mantido no tempo, com efeitos negativos e crescentes, em virtude das mudanças políticas e sociais, em especial o crescimento populacional urbano e as transformações no aparelho policial. Dado o contraste entre a continuidade institucional e os processos de mudança, vemos que a ineficácia do mecanismo judicial para garantir os direitos de todos os indivíduos não resulta apenas de uma situação disfuncional e passageira – de uma crise no Poder Judiciário brasileiro. Nos últimos anos, este passa por uma crise sistêmica, em virtude do grande aumento do número de processos, e da sua crescente incapacidade de processar e responder às demandas. Porém, além das causas mais imediatas dessa crise, há problemas que resultam do formato institucional que o Judiciário brasileiro adquiriu historicamente. (...)” (KOERNER, *op. cit.*, p. 110).

²² “(...) no processo de organização constitucional da República, a nova Constituição era considerada sob a perspectiva de um novo pacto federativo. Esse pacto não partia do princípio de que ocorreria com a transformação republicana uma suposta dissolução do pacto social. Os sujeitos cujos direitos deveriam ser resguardados pelo novo pacto não eram os indivíduos; eram antes os Estados considerados como entidades políticas autônomas e preexistentes à nova federação. Com isso, os debates sobre a forma de nomeação dos ministros do STF e sobre a organização judiciária tornaram-se a oposição entre a salvaguarda à autonomia dos Estados e a defesa dos privilégios dos magistrados” (KOERNER, *op. cit.*, p. 170).

²³ Variação essa que, para LEAL (1975) não era considerável, mas que KOERNER (2010) tem como marcante no caso do Estado de São Paulo.

forma, a justiça estadual reproduziu o sistema do Império, inclusive no que respeitava à sujeição ao Executivo²⁴, e a nomeação dos juízes ficou a cargo dos governadores.

As reformas constitucionais na passagem do Império para a República são rearranjos de forças, não são reformas do Judiciário, ainda que abarquem normas a respeito da organização judicial. Não há ainda uma definição do papel do Judiciário na garantia de direitos.

Do ponto de vista da construção da independência, é apenas com a Constituição de 34 que se instituem as garantias da inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, necessárias à imparcialidade. Além disso, o ingresso dos juízes passa a ser feito mediante concurso. Também foi criada a Justiça Eleitoral.

Essas reformas estão ligadas mais ao interesse do Executivo central em não se submeter a forças locais do que propriamente à intenção de garantir direitos individuais.

Não se pode perder de vista que a Constituição de 34 é fruto de um contexto em que a intenção era garantir a democratização das eleições e a redução do poder de poucos estados sobre os demais²⁵. Assim, a norma constitucional impõe que o ingresso dos juízes estaduais (mas não os federais) se faça por concurso. Com isso, a Carta reduz duplamente o poder dos governadores, que não podem mais controlar as nomeações dos juízes e, ao mesmo tempo, devem se curvar às regras eleitorais, cujo cumprimento é controlado pelos juízes estaduais.

²⁴ Especificamente sobre o justiça estadual paulista, anota KOERNER:

“(…) os chefes políticos estaduais adoram o modo de representação da ordem política imperial para rejeitar os temas liberais referentes à independência da magistratura. O mesmo ocorria em relação ao princípio da separação dos poderes, que era contraposto à sua harmonia recíproca e às suas finalidades políticas e sociais comuns. Nos relatórios anuais do Secretário de Justiça e Segurança Pública aparecem suas reclamações contra os magistrados, que, em nome da separação entre os poderes, deixavam de cumprir as tarefas que lhes eram ordenadas pelo governo. Para o governo estadual, os magistrados deveriam colaborar necessariamente com a ação administrativa do Executivo, tal como ocorrera durante o Império. Para os governantes paulistas, o fundamento da separação entre o Poder Executivo e o Judiciário não era a divisão da soberania, mas uma divisão funcional, baseada no tipo de questões consideradas propriamente judiciais. Tal como o era para o pensamento conservador do Império, a divisão funcional significava que, para além dos seus limites, todos os poderes políticos do Estado deveriam atuar com harmonia necessária para o fim comum (…)” (KOERNER, *op. cit.*, p. 211, 212),

²⁵ Sobre a conjuntura da Constituição de 34, confira-se SKIDMORE, 1982, CARVALHO, 2004.

Reflexamente, essas medidas de garantia de eleições e do exercício do poder central conduzem à profissionalização do Judiciário, porque, de forma lenta e progressiva, o juiz, pelo menos o juiz estadual, se desliga do poder do Executivo.

Esse movimento de desligamento foi se consolidando mesmo durante os períodos de ditadura. Na Constituição de 1937, embora extintas as Justiça Federal e a Justiça Eleitoral e embora o Executivo tivesse possibilidade de rever decisões do Supremo Tribunal Federal, os concursos permaneceram como forma de ingresso dos juízes estaduais.

Quando da redemocratização do país, não era intenção dos constituintes restabelecer os poderes dos governadores.²⁶ Dessa forma, na Constituição de 46 é mantido o concurso de ingresso para os juízes dos estados. Na redação original da Carta, não há juízes federais. Foi o Ato Institucional 2, de outubro de 1965, que criou a Justiça Federal, com juízes nomeados pelo Presidente.²⁷

²⁶ “As eleições de 2 de dezembro de 1945 prepararam o terreno para a redemocratização do Brasil. Tendo empossado seu novo presidente em janeiro de 1946, o país se preparava para refazer sua Constituição pela quarta vez, desde a queda do Império, em 1889. A Ordem dos Advogados do Brasil indicou uma lista de destacados estudiosos em legislação, para propor a substituição da estrutura autocrática imposta em 1937. O novo Congresso reuniu-se em Assembléia Constituinte e debateu sucessivos projetos constitucionais. Em setembro de 1946 aprovaram uma versão final e o Brasil teve uma nova Constituição. Como em 1934, ela englobava tanto as esperanças dos constitucionalistas liberais quanto as dos que eram favoráveis a um governo federal forte. Como em 1934, foram incluídos elaborados dispositivos, destinados a assegurar eleições livres e direitos cívicos. Mas não houve retorno ao sistema descentralizado que vigorava antes de 1930. Na realidade, os representantes à Assembléia Constituinte de 1946 não faziam segredo da sua oposição a um renascimento da antiga ‘política dos governadores’ (...)” (SKIDMORE, 1982, p. 90-91).

²⁷ O Ato Institucional nº 2 não marca apenas o restabelecimento da justiça federal, mas, sobretudo, a subordinação da Constituição à Revolução. De acordo com GASPARI:

“Com esse Ato – e outros dois que vieram na sua esteira – iniciou-se um processo de corrosão da cidadania que impediu os brasileiros de eleger governadores por dezessete anos e o presidente por quase um quarto de século. Um dispositivo do AI-2, relacionado com o cotidiano da coerção política, investia contra o próprio exercício individual da vontade política. Extintos os 180 dias de vida do Ato Institucional de abril de 1964, preservava-se o foro da Justiça comum para os crimes de subversão. Por cerca de um ano aí estivera um permanente ponto de atrito entre a anarquia militar e os poderes estabelecidos. Os choques deram-se quase sempre em torno de casos em que os encarregados dos IPMs mantinham cidadãos presos, sem culpa formada, por prazos largamente superiores aos que a lei estabelecia. A cada habeas corpus concedido, sucedia-se uma grita na qual os oficiais indisciplinados diziam que os tribunais estavam julgando – e condenando – a própria Revolução (...). Com o AI-2, Castello transferiu os processos políticos para a Justiça Militar. Deu assim o primeiro grande passo no processo de militarização da ordem política nacional (...). Pela Carta de 1946 a Justiça Militar tinha competência para julgar civis acusados de ter cometido ‘crimes contra a segurança externa do país’. Golbery redigiu a emenda constitucional que expandiu o conceito. Fez uma incisão no texto e dele retirou a palavra *externa*. (...)” (GASPARI, 2002, p. 254, 255).

Do ponto de vista da estrutura judicial, a Carta de 46 dispõe que a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho passam a integrar o Poder Judiciário. As garantias e vedações dos juízes foram extensamente previstas. Também as competências vêm mais detalhadas.

E mais importante: há redefinição dos direitos individuais, direitos que agora abrangem novas classes sociais urbanas, surgidas em razão da modernização da sociedade.

A ampliação dos direitos tem como consequência imediata a diversificação de demandas. É também na Constituição de 46 que se prevê a ação popular, um instrumento capaz de transferir para o âmbito jurídico a discussão de questões políticas.

A estrutura do Poder Judiciário não foi alterada com a Constituição de 67. Na realidade, as alterações mais substanciais já haviam ocorrido com emendas à Constituição de 46: o Ato Institucional nº 1, além de suspender eleições, suspendera também as garantias de vitaliciedade e estabilidade, tornando possível demissão, dispensa, aposentadoria, transferências, todas na forma sumária.

A estrutura judicial se manteve na Constituição de 69, já afetada pelas restrições das garantias e dos direitos fundamentais, restrições implementadas com o Ato Institucional nº 5.²⁸

Todas essas reformas constitucionais tiveram por meta o fortalecimento do Executivo e não exatamente a alteração do Poder Judiciário. O Judiciário foi modificado na medida em que sua atuação se tornou um estorvo ao Executivo.

Uma real reforma do funcionamento do Judiciário foi arquitetada durante o Governo Geisel, mas derrubada no Congresso.

Em 1974, o Presidente Geisel, em visita ao Supremo Tribunal Federal, comprometeu-se com o Ministro Eloy da Rocha, Presidente do STF, a fazer a reforma do Poder Judiciário.

A partir dessa conversa, foram solicitados da Justiça Federal, da Justiça dos Estados, da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho o envio de dados, informações e sugestões. Também

²⁸ Confira estudo histórico sobre o Judiciário desenvolvido por MARTINS FILHO (1999).

foram ouvidos universidades, associações de classe, advogados e juristas. Daí resultou o diagnóstico da Justiça, entregue ao Presidente em junho de 1975.²⁹

Constam, do diagnóstico, problemas relacionados ao funcionamento do Judiciário e soluções possíveis para reduzir essas dificuldades. Muitas das propostas têm metas práticas, como reduzir o excesso de recursos, mas a reforma tem preocupações mais profundas, com a transparência e eficiência do Judiciário e com a justiça das decisões.

O diagnóstico entregue era claro no propósito de reposicionar a jurisdição com os interesses sociais. A reforma haveria de ser ampla porque:

(...) Quer-se que o Poder Judiciário se torne apto a acompanhar as exigências do desenvolvimento do país e que seja instrumento eficiente de garantia da ordem jurídica. Quer-se que eliminem delongas no exercício da atividade judiciária. Quer-se que as decisões do Poder Judiciário encerrem critérios exatos de justiça. Quer-se que a atividade punitiva se exerça com observância das garantias da defesa, com respeito à pessoa do acusado e com a aplicação de sanções adequadas. Quer-se que à independência dos magistrados corresponda o exato cumprimento dos deveres do cargo. Quer-se que os jurisdicionados encontrem, no Poder Judiciário, a segura e rápida proteção e restauração de seus direitos, seja qual for a pessoa ou autoridade que os ameace ou ofenda. (FALCÃO, 1975, p. 8)

Por isso, o relatório não se limita a tecer considerações acerca do excesso de recursos e vai além, equiparando a falta de correção monetária das condenações à negativa do direito do credor e um incentivo para o mau uso dos recursos. E no aspecto relativo ao mau uso, o relatório é bastante contundente ao indicar como o aparato estatal pode ser apropriado pelo interesse privado, desvalorizando a própria justiça.

Consta também do relatório a preocupação com setores historicamente excluídos do Judiciário:

a) Os acusados de crime:

Saliente-se, sob esse aspecto, a inadequação do sistema de penas, com a preponderante ideia de encarceramento, ainda que nenhuma periculosidade do réu. A

²⁹ O relator desse projeto era o Ministro Rodrigues de Alckmin, vindo do Tribunal de Justiça de São Paulo e notabilizado pela condução das investigações que culminaram com a acusação formal dos componentes do Esquadrão da Morte e o desmantelamento do grupo. Esse ministro, cuja atuação fora crucial para as investigações do então Promotor Hélio Bicudo, também foi quem consolidou o trabalho da Opus Dei em São Paulo.

multiplicidade das condenações à prisão, não executadas pela impossibilidade material de se efetivarem, dá margem a argüições de ineficiência dos sistema carcerário e de desvio de deveres funcionais. A faculdade de se substituírem penas detentivas por sanções pecuniárias adequadas, ou por medidas reeducativas, e a extensão da 'prisão albergue', a par de outras sugestões, contribuiriam para a melhoria da justiça. (FALCÃO, 1975 : 9)

b) Os presos:

Cumpre (...) que se dê estrutura adequada ao regime carcerário e penitenciário, impedindo-se desrespeito ou violência à pessoa do preso, com a pronta apuração e eficaz repressão pelo Judiciário, das infrações contra ele cometidas, inclusive mediante a aplicação de sanções de natureza administrativa. (FALCÃO, 1975 : 9)

c) Os que pretendem demandar pequenos valores: “também desprestigia o Poder Judiciário a impossibilidade prática de acesso a ele, nos conflitos de interesses, quando pequeno o valor econômico ou a importância da lide, pela exigência de intervenção de advogados” (FALCÃO, 1975 : 9);

d) Os menores de idade:

Também se sugere a criação de justiça especializada para a assistência e proteção a menores. A criação de juízos especializados, com a cooperação de indispensáveis serviços técnicos, se afigura desejável, pois o problema referente ao menor abandonado ou infrator, pela sua relevância, deve ser dimensionado e orientado em âmbito nacional. (FALCÃO, 1975 : 9)

Não obstante a proposta encaminhada ao Executivo tivesse por meta a moralização, foi objeto de inúmeras críticas. Algumas relacionadas à extinção dos Tribunais de Alçada, mas outras contrárias à redução das garantias dos juízes (GARCIA *apud* GALLIAN, 2005).^{30,31}

³⁰ GARCIA, Dínio de Santis, *O Ministro José Geraldo Rodrigues de Alckmin*, Discurso proferido na sessão solene realizada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em 8 de fevereiro de 1979, para homenagear a memória do seu sócio-colaborador, o Min. José Geraldo Rodrigues de Alckmin, p. 48, INSERIR A REFERÊNCIA COMPLETA DE DÍNIO DE SANTIS GARCIA (conforme consta na obra de GALLIAN)

³¹ De acordo com Dínio de Santis Garcia, citado por Gallian: “Não foram muitas as vezes que se ergueram a seu favor [do anteprojeto de emenda, elaborado a partir do relatório de Rodrigues de Alckmin]. A crítica, porém, não se apresentou como peça monolítica, e sim como união de contrários, a lembrar, em muitos pontos, o movimento da dialética hegeliana (...). Assim é que a alguns a reforma parecia de uma audácia vizinha da temeridade, trazendo em seu ventre medidas capazes, até, de ferir mortalmente o regime federativo. Mas também havia quem a julgasse tímida, por não abranger uma completa reformulação dos órgãos de primeira instância (...). A extinção dos Tribunais de Alçada foi combatida ardentemente, competindo seus defensores no elogio à eficiência dessas Cortes e ao valor de seus integrantes. Entretanto, vezes se levantaram postulando o rebaixamento desses tribunais, que desejavam fossem privados de autonomia de que sempre desfrutaram, no concernente à organização das secretarias e provimento dos respectivos quadros. Não faltou até quem propusesse que a designação dos seus presidentes coubesse aos Tribunais de Justiça.” (GALLIAN 2005, p. 210).

Essa proposta se converteu em proposta de Emenda à Constituição e só não foi aprovada porque a oposição não votou com o Governo.³²

Frustrada a perspectiva de ampla reforma do Judiciário, em lugar da reestruturação do sistema judicial, veio o “Pacote de Abril”. Daí resultou a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977 que, longe de reformular o Judiciário, recrudescer a ditadura, criando o Conselho Nacional da Magistratura, com poderes para avocar processos disciplinares relativos a juízes de qualquer tribunal. Do relatório do Ministro Alckmin apenas duas medidas foram aplicadas – a advocatária e a regulamentação da magistratura por lei orgânica.³³

³² Segundo Gaspari (2004), a rejeição da reforma do Judiciário foi uma mudança de última hora por parte do MDB: “O governo tinha um projeto de emenda constitucional em tramitação no Congresso. Tratava da reforma do Judiciário e vinha sendo discutido desde o final de 1975. A emenda mudava a estrutura da Justiça, mas preservava dois dispositivos de força: negava o instituto do habeas corpus aos acusados de crimes contra a segurança nacional e mantinha o poder do Executivo de remover e aposentar juízes. O combate a essa prerrogativa era chamado de ‘restauração dos predicamentos da magistratura’ (...). Geisel já obtivera o apoio do MDB para aprovar três emendas banais. Dessa vez, precisava que a oposição aceitasse discutir a reforma do Judiciário, liberando os votos de seus parlamentares. Pela lei da fidelidade partidária, instrumento do regime destinado a acorrentar a bancada governista, ficava sem o mandato o parlamentar que desafiasse uma questão fechada pelo Diretório Nacional. Se o MDB não fechasse a questão, o governo aprovava a emenda. O presidente sabia que dispunha dos 39 votos necessários para completar os dois terços requeridos pela Constituição. Se não conseguisse, já avisara a Petrônio: ‘Colocarei o Congresso Nacional em recesso e decretarei a reforma’. (...) Petrônio, que vinha conversando em segredo com Thales Ramalho, recebera a garantia de que o caminho seria desobstruído. Thales tinha a palavra dos moderados do MDB (...). Na noite anterior, um pedaço da cúpula do MDB encontra-se no apartamento que Ulysses dividia com um colega. Tancredo Neves sustentara a conveniência de se permitir a reforma. (...) Tancredo não via motivo para se ir a um choque por conta de um tema (os ‘predicados da magistratura’) incompreensível para a opinião pública. Ademais, não fazia sentido lutar por um Judiciário que sempre decidira em favor do regime. (...) Às cinco da manhã, quando a conversa terminou, Ulysses apoiara a tática. Combinaram até a coreografia da reunião do Diretório, que começaria quatro horas depois. Caberia a Tancredo o encaminhamento de proposta de liberação da bancada. Em seguida, falaria o senador Franco Montoro, endossando-a (...). [No plenário] Quando Tancredo terminou, diversos colegas pediram-lhe que falasse. Presidindo a sessão, Ulysses saiu do trato. Em vez de chamar Montoro, chamou Brossard (...). O senador gaúcho desarticulou a construção dos moderados. (...) Chegara-se ao ‘beco sem saída’. A bancada do MDB estava obrigada a derrubar a reforma do Judiciário. Derrotou-a nos dois turnos de votação (...). Às oito da manhã de 1º de abril, 13º aniversário da ‘Revolução Redentora de 31 de Março de 1964’, Geisel reuniu o Conselho de Segurança Nacional. Valendo-se dos poderes do AI-5, fechou o Congresso por tempo indeterminado.” (GASPARI, 2004, p. 258-261).

³³ O relator do projeto não ficou satisfeito com a reforma de 1977. Segundo Gallian: “O acalorado debate [com os opositores da reforma] foi abruptamente interrompido, em abril de 1977, quando o presidente Geisel, no tumultuoso processo de idas e vindas da ‘abertura democrática’, decretou o famoso conjunto de medidas conhecido como ‘Pacote de Abril’, promulgando a Emenda Constitucional número 7, que impunha ao mesmo tempo que desfigurava a Reforma do Judiciário, José Geraldo sentiu-se particularmente atingido, pois o conteúdo da emenda destoava fortemente do projeto que estava sendo discutido no Legislativo. A mão forte e arbitrária da ditadura fez-sentir duramente.” (GALLIAN, 2005 : 211).

Uma nova estrutura para o Judiciário aparece apenas na Constituição de 1988, mas antes mesmo da nova carta, duas leis haviam já mudado o papel do Judiciário em relação ao Executivo.

Em 1984, a Lei do Juizado de Pequenas Causas (Lei 7.244) previa que demandas de baixo valor econômico poderiam ser levadas a Juízo pelos interessados e independentemente de representação da parte por advogado. A mudança que essa lei traz põe em relevo o papel do Judiciário como pacificador de conflitos latentes.

O Judiciário já não é apenas aquele que resolve os conflitos relacionados a desequilíbrios financeiros e, assim, assegura o poder institucionalizado, mas também aquele que garante a resolução de situações de insatisfação social, por vezes, pequenas situações de indisposição entre vizinhos, clientes e prestadores de serviço.

A lei de 1984 altera o papel do Judiciário para com a comunidade e, conseqüentemente, altera o papel do Judiciário na estrutura de divisão de atribuições com o Executivo e o Legislativo.

Em 1985, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347) promove de forma indireta outra reforma do Judiciário.

Por essa lei, o Ministério Público, que desde 81 já tinha atribuição legal, prevista em Lei Orgânica³⁴, para ajuizar ações coletivas, passa a ter agora as diretrizes práticas dessa atuação.

³⁴ Sobre a história da ação civil pública confira-se Vianna e Burgos (2002, p. 398-399): “A história da proteção dos interesse coletivos e difusos no Brasil começa com a ação popular, originalmente concebida a partir da tradição liberal clássica e, posteriormente, ampliada com a Lei da Ação Civil Pública e a Constituição de 88. Apesar de bastante modesta, a utilização da ação popular anteriormente a 1988 não deixou de servir como um laboratório para os juristas modernos. (...) De fato, a participação dos juristas será decisiva na inovação processual brasileira na década de 80, a começar pela Lei nº 6.938/81, que define a Política Nacional de Meio Ambiente, inaugurando uma nova fase dos sistema de defesa dos direitos coletivos no Brasil. Entretanto, para compreender a aprovação de tão avançado instituto deve-se ter em mente o fato de que o país já experimentava um processo de abertura política, propiciando a emergência de um conjunto de instituições civis criadas para inscrever a agenda ambientalista na vida pública brasileira (...). Além disso, o Ministério Público, que naquele período se preparava para a transição democrática e realizava um importante esforço de reflexão acerca de seu papel institucional, percebe na questão do meio ambiente uma dimensão central para suas novas atribuições institucionais. Não por acaso, três meses após a aprovação da Lei nº 6.938/81, consegue efetivar seus esforços no sentido de levar o Congresso a aprovar a Lei Complementar nº 40, de iniciativa do presidente da República, instituindo a primeira lei orgânica nacional do Ministério Público (...). Milaré observa que foi aquele texto legal que primeiro se referiu, expressamente, à ação civil pública (...)”

A lei de ação civil pública define a possibilidade de atuação do Ministério Público em defesa de interesses difusos e coletivos, interesse que não têm sujeitos previamente identificados.

A grande mudança dessa lei foi a de ter convertido o espaço judicial em arena para discussão de políticas públicas, já que na ação coletiva o que se discute é o interesse de uma comunidade, e não a aplicação de normas a relações individuais.

Werneck e Burgos assim relatam o uso do Judiciário como arena alternativa ao sistema representativo:

O esvaziamento do sistema representativo brasileiro tem, certamente, razões comuns àquelas apontadas nos diagnósticos sobre a crise da representação nas democracias maduras (...). No caso brasileiro, a qualificação específica dessa crise tem suas razões próprias, devidas, sobretudo, ao fato de que o acesso do país ao moderno transcorreu, nos seus momentos determinantes, em um contexto de imobilização política da sociedade civil e, portanto, sem que estivessem em vigência as garantias civis e públicas que permitissem a expressão de uma representação política livre (...). No nosso caso, pois, a “representação generalizada” vem tanto da nossa história como da intenção do legislador da nova democracia brasileira, o que, de certo modo, tende a moderar os efeitos negativos de uma representação política com pouca presença popular (...). A *soberania complexa*, por razões peculiares à formação do Brasil moderno, longe de significar uma prática social em antagonismo com o sistema da representação política, tem, entre nós, recepção constitucional, admitindo oportunidades plurais para o exercício da cidadania. Dessa singular formatação institucional, tem derivado intensa mobilização do Judiciário para decisões macropolíticas do país e crescente presença do Ministério Público no exercício da representação funcional de interesses estratégicos da sociedade. Na atual mobilização do Judiciário para uma agenda de sentido social, as ações coletivas constituem território particularmente importante, pois, a partir delas, novas arenas de conflitos coletivos são criadas, contrapondo indivíduos e grupos sociais, organizados ou eventuais, ao Estado e às empresas, exigindo novas formas de regulação democrática (...). Tais arenas, a par de realizarem movimentos defensivos da sociedade, em face de abusos do poder do Estado e do mercado, têm servido como lugar de afirmação de novos direitos e de participação na construção da agenda pública. (VIANNA e BURGOS, 2002, p. 482-484)

Assim, o Judiciário, mesmo antes da Constituição de 88, já havia passado por reformas importantes no que dizem respeito à sua relação com o Executivo.

Com relação à atuação judicial, a Carta de 88 inova ao ampliar os direitos individuais e, ainda que a estrutura dos tribunais tenha sido modificada, a tônica constitucional é a afirmação de direitos.

Apenas quando da Emenda 45 é que se irá discutir o conceito de reforma do Judiciário.

4.1.2.2 Acesso ao Judiciário

Ainda dentro da questão de democracia, o segundo motivo para que pudesse defender a reforma do Judiciário é a relação com a sociedade. E aqui se quer dizer com isso o quanto o Judiciário é permeável às demandas – o quanto essas demandas podem ser levadas a Juízo e quanto podem ser satisfatoriamente decididas.

A barreira inicial para que o Judiciário possa exercer seu papel na consecução de justiça social é o próprio acesso aos tribunais.

Ampliar o acesso da população aos tribunais não é meramente um plano para o Judiciário, é um plano para o Estado. Isso porque definir-se quem pode ajuizar demandas passa pelo reconhecimento dos efeitos da cidadania, constitucionalmente garantida a todos.

A cidadania e os direitos individuais só ganham concretude na exata proporção em que o sujeito desses direitos pode fazer valer o que a norma garante. A possibilidade de demandar faz a passagem entre a previsão abstrata e o efeito concreto que a norma se propõe a atingir.

Dessa situação se conclui que o primeiro obstáculo ao acesso aos Tribunais é a existência de normas garantidoras de direitos. Sem essas normas, não há proteção a ser postulada.

No caso brasileiro, esse obstáculo não é relevante. Não faltam normas que disciplinem as situações da vida social.

O acesso é dificultado por outros fatores: custo do processo, falta de defensores públicos, falta de informação a respeito dos direitos, desconhecimento da situação de cidadão. De modo geral, segundo PEDROSO, TRINCÃO e DIAS, são obstáculos econômicos, sociais e culturais.³⁵

³⁵ Segundo Pedroso, Trincão e Dias (2003, p. 78), “os estudos realizados pela sociologia judiciária revelam que os obstáculos ao acesso efetivo à justiça por parte das classes populares são de três tipos: econômicos, sociais e culturais. Os custos econômicos compreendem, nomeadamente: preparos e custas judiciais; honorários de advogados e de outros profissionais, como, por exemplo, peritos; gastos com transportes e outros e, ainda, uma série de custos de oportunidade com valor econômico, para além dos custos resultantes da morosidade (...). Todos esses custos tornam a justiça dispendiosa e proporcionalmente mais cara para as acções de pequeno valor, por alguns destes custos serem rígidos, o que vitimiza as classes populares, dado que é precisamente neste tipo

Ou seja: a carência não é de normas que garantam os direitos, mas de meios para que esses direitos sejam requeridos em Juízo.

Aqui há um problema de ordem social, consistente em superar o abismo econômico dos mais desfavorecidos, abismo que faz da igualdade um princípio formal apenas.

A situação dos cidadãos excluídos é tão extrema, que não basta apenas garantir defensores públicos, se não há sequer a consciência de ser titular de direitos.

Essas restrições de ordem social e cultural tendem a desaparecer ao se ampliar a divulgação dos direitos. Essa divulgação se faz das mais diferentes formas, pelos meios de comunicação, em debates de associações – e associações são muitas, que congregam interesses de bairro, de consumidores, de portadores de necessidades especiais.

Mesmo no âmbito do Executivo, são inúmeros os conselhos previstos em lei como forma de incentivar a participação social em formulação de políticas públicas.

Assim, a maior dificuldade de acesso à justiça acaba por ser tributada ao custo do processo. Por custo deve-se entender os valores a serem despendidos para levar aos tribunais uma questão (as custas judiciais propriamente ditas, os gastos com advogados e peritos), o tempo de espera da decisão, as despesas com deslocamentos da parte.

Parte desse custo foi minimizada depois de 88. A Constituição garantiu os direitos sociais, os direitos coletivos e os direitos difusos e, ao mesmo tempo, possibilitou que diversas entidades ajuizassem demandas em defesa desses direitos.

O Ministério Público, que, desde a Lei de Ação de Civil Pública de 1985, já vinha com uma atuação marcante em prol dos direitos coletivos, viu ampliado seu âmbito de atuação.

de ações que tendem a intervir. Quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão, menos provável é que conheça o direito ou um advogado, menos provável é que saiba onde, como e quando contactar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e tribunais (...). A dimensão social no acesso à justiça é, assim, um fenômeno muito complexo, já que, para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito mais difíceis de transformar.

Com relação às despesas dos processos individuais, muito embora exista legislação que preveja a isenção do pagamento de despesas (o que afasta os gastos com custas e honorários de perito), essa legislação não garante a existência de advogados.

Essa deficiência não passou despercebida ao constituinte, que determinou a criação da Defensoria Pública para a defesa dos interesses dos hipossuficientes.

Paralelamente a isso, a criação de Juizados Especiais (Lei 9.099/95), para demandas de baixa complexidade, garante ao interessado o acesso direto ao Judiciário, sem intervenção de advogado.

Outro instrumento de resolução de conflitos é a Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96. A rigor, não se trata exatamente de garantir o acesso aos Tribunais, porque a intenção do legislador é criar meios alternativos de resolução de conflitos sem intervenção judicial.

A arbitragem não se destina à população mais carente; justamente o contrário. As questões decididas por árbitros são exatamente as mais complexas, as que envolvem questionamentos técnicos e têm repercussão econômica extensa.

De toda forma, a Constituição de 88 não se limitou à ampliação de direitos, mas também, ao instituir garantias e remédios processuais para efetivar esses direitos, redefiniu a arena das discussões de políticas públicas, alargou e tornou mais profundo o controle judicial sobre o Executivo e o Legislativo, transferiu para as decisões judiciais as expectativas de realização de justiça social e criou novas situações de direitos individuais. Tudo isso foi feito sem que se repensasse a estrutura administrativa do poder e as limitações da cultura jurídica.

Com relação à cultura jurídica, pode-se vislumbrar que, quando a Constituição redefine o papel do Judiciário e o converte em agente político, no sentido de também incumbido de realizar a justiça social, está a provocar um debate acerca do *ethos* do juiz.

De acordo com FARIA:

Eis aí, de modo esquemático, o dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro – ao menos em suas instâncias inferiores: cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha de pobreza, em condições subumanas, na consciência de que a atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade. Com a expansão dos direitos humanos, que nas últimas décadas perderam seu sentido “liberal” originário e ganharam uma dimensão “social”, ficou evidente que pertencer a uma dada ordem político-jurídica é, também, desfrutar do reconhecimento da “condição humana”. Quando essas condições não são efetivamente dadas, os segmentos mais desfavorecidos se tornam párias, no sentido dado ao termo por Hannah Arendt (...). Preparado para somente lidar com questões rotineiras e triviais, nos planos cível, comercial, penal, trabalhista, tributário e administrativo, por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou considerar como não-inculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. É aí, justamente que se percebe como os direitos humanos e sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativista e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça burocraticamente inepta, administrativamente superada e processualmente superada; uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter intergrupar, inter-comunitário e inter-classista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí, igualmente, que se constata o enorme fosso entre os problemas socioeconômicos e as leis em vigor. Trata-se do fosso revelado pela crônica incapacidade dos tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação *praeter legem*, com a finalidade de fazer valer os direitos mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha da pobreza. (FARIA, 1994, p. 46-57).

4.1.3 Custo do Judiciário

O terceiro argumento para se sustentar a necessidade de reforma do Judiciário é o custo desse poder para a economia.

Explica Castelar Pinheiro o impacto das instituições na economia:

O papel das instituições em viabilizar o desenvolvimento econômico tem recebido uma atenção crescente nas duas últimas décadas, como resultado de dois processos mais ou menos independentes. De um lado, teve-se o amadurecimento de toda uma abordagem econômica, que ficou conhecida como Nova Economia Institucionalista, e que, através de análises históricas e do desenvolvimento de instrumental analítico próprio, mostrou a importância de leis, costumes, normas, órgãos públicos, associações privadas etc. em reduzir custos de transação, desta forma permitindo métodos de produção mais eficientes, estimulando o investimento e fomentando o

acúmulo de conhecimento. De outro lado, teve-se nestes anos um amplo processo de reforma econômica nos países em desenvolvimento e em transição, processo que ficou marcado pela valorização do papel do mercado na organização da atividade econômica. Passados alguns anos da implantação dessas reformas, reconhece-se ter havido um excesso de otimismo quanto aos resultados que poderiam ser delas obtidos, e uma insuficiente preocupação com o fortalecimento nesses países das instituições que ajudam o mercado a funcionar. Igualmente drástico foi o fato de que, em alguns casos, no processo de reforma eliminou-se o papel que o Estado desempenhava em substituição a instituições ausentes ou pouco eficientes, ou organizando a produção de forma que o impacto do mau funcionamento dessas instituições na economia fosse reduzido. (PINHEIRO, 2001, p. 1).

O fato é que o papel do Judiciário na economia (como fator que influencia a escolha dos agentes econômicos e, assim, tem impacto nas operações de mercado) só passou a ser ponderado no momento em que se iniciaram as reformas estruturais de abertura para os mercados externos.

Nesse momento, as decisões judiciais (não apenas o resultado, mas o custo de acesso, o tempo de tramitação dos processos, a imparcialidade dos juízes) se tornaram relevantes na condução dos negócios. Não é do interesse do agente econômico lidar com o imponderável da decisão judicial, como por exemplo, a paralisação de um negócio em razão de processo judicial sem previsão para ser julgado.

Para se aquilatar a importância das decisões judiciais, é preciso ter em mente que até os anos 90, o Brasil estava fechado para economia externa³⁶. Com a abertura comercial, a estabilização da moeda, o plano de privatização de empresas públicas, o país ganhou confiabilidade e atraiu investimento externo³⁷.

³⁶ Assim descreve Miriam Leitão (2011, p. 229-230) o panorama da economia do mundo na década de 90: “O mundo começava a viver um período dourado que se estenderia pelos anos seguintes. A queda do Muro de Berlim e o colapso do bloco soviético incluíam 28 países nas regras mundiais de comércio. A China, depois do horror do massacre de estudantes na Praça da Paz Celestial, reagiria ao retrocesso político com o grande passo à frente na economia. A Índia iniciava reformas econômicas que permitiriam um extraordinário salto. A Europa dava passos que a levariam ao acordo de Maastricht, embrião da união monetária e do alargamento das suas fronteiras. Milhões de pessoas na China e na Índia, entre outros países, saíam de uma economia de subsistência rural para os espaços urbanos, aumentando a demanda mundial por matérias-primas e alimentos. Tudo isso provocaria, nos anos seguintes, a queda abrupta e persistente do que o mercado chama de aversão ao risco. Na prática isso significa maior volume de recursos e investimentos para países em desenvolvimento. O fluxo cresceu à espantosa taxa de 40% ao ano durante anos seguintes. O Brasil corria o risco de perder aquela onda. O modelo ilha montado nas décadas anteriores continuava intacto. O país tinha barreiras gigantes contra o comércio internacional, dera calote nos bancos internacionais e nos governos amigos, tinha uma exótica taxa de inflação. (...)”

³⁷ Sobre a década de 90, explica Miriam Leitão: “Aquele década inteira seria de crises intercaladas por momentos de tranquilidade. Mas seria uma década definitiva, na qual o Brasil escolheria seu destino econômico: mais aberto, moeda estabilizada, credibilidade internacional, menos estatização, empresas mais eficientes e ágeis, ampliação do mercado de consumo, inclusão social” (LEITÃO, *op. cit.*, p. 241).

Paralelamente, o Banco Mundial já vinha desenvolvendo projetos de reforma no setor público em países da América do Sul³⁸. Desses projetos, o banco passou também a fazer estudos a respeito da reforma do Judiciário na América Latina.

A reforma do Judiciário foi entendida como parte necessária à garantia de desenvolvimento econômico da região:

The purpose of this paper is to outline some of the elements of judicial reform that should be considered during a country specific review as well as during the design of a judicial reform program. While an exhaustive list of reform measures cannot be provided, this paper discusses the main elements necessary to ensure an equitable and efficient judiciary. These elements taken as a whole are designed to improve the efficiency and effectiveness of the judiciary--that is, its ability to resolve conflicts in a predictable, fair and timely manner. An effective government requires functioning legal and judicial institutions to accomplish the interrelated goals of promoting private sector development, encouraging development of all other societal institutions and alleviating poverty. The paper draws upon the reforms of the Latin America and Caribbean Region where the Bank has had its first experience as well as includes experiences from many OECD countries. However, these experiences will have relevance for other regions contemplating reform. As the Latin American and Caribbean Region continues the process of economic development, greater importance is being given to judicial reform. A well-functioning judiciary is important for economic development. The purpose of any judiciary of any society is to order social relationships and resolve conflicts among these societal actors. Currently the judiciary is unable to ensure predictable and efficient conflict resolution to enforce individual and property rights. It is unable to meet the demands from the private sector and the public at large, especially the poor. Given the current state of crisis of Latin American and Caribbean judicial systems, the goal of the reform efforts is the promotion of economic development. Judicial reform is part of the process of redefining the state and its relationship with society, and economic development cannot continue without effective enforcement, definition and interpretation of property rights. More specifically, judicial reform is aimed at increasing the efficiency and equity in resolving disputes by improving access to justice which is not rationed and promoting private sector development. (DAKOLIAS, 1996, xi).

As propostas de reforma encaminhadas pelo Banco Mundial indicavam que a orientação a ser seguida era o interesse de mercado, mercador entendido em padrões internacionais³⁹.

³⁸ Em junho de 1995, o Banco Mundial divulgou relatório a respeito do Empréstimo ao Setor Público da Argentina e pontuou que seu papel na intervenção era prover uma assistência técnica que permitisse ao Governo atingir metas de controle de pagamentos: "The Bank's role was to offer the technical assistance and financing necessary to permit the Government to achieve its objectives for the balance of payments without recourse to inflationary domestic credit creation" (WORLD BANK, 1995).

³⁹ "Judicial reforms in the 1990s take into account local conditions as well as international standards. To determine the exact reform measures needed to achieve this goal the social, cultural and economic aspects of a given country are considered. This can be assisted in part through Bank financed judicial sector reports consisting of a multidisciplinary and politically diverse team. In addition to the local considerations, reform measures also

A modernização do Estado passava, portanto, pela reforma do Judiciário. E o Judiciário, reformado, haveria de ser, primeiro, mais ágil.

A agilidade é resultado da redução de recursos, da adoção de súmula vinculante, redução à possibilidade de interpretação de contratos⁴⁰.

Ao mesmo tempo, o Judiciário haveria de ser independente e forte para garantir os direitos contratuais e reduzir o impacto nos contratos das intervenções do Estado na economia. Esse é o Judiciário que estimula o desenvolvimento econômico⁴¹.

take into account the rights recognized by the international community These internationally recognized values provide some important standards for reform. For example, there are basic principles of judicial independence as defined by the United Nations as well as the International Bar Association Code of Minimum Standards of Judicial Independence. These principles were developed to enhance the international principles on human rights and cannot be ignored during such reform processes. When there is no "fair and public hearing by an independent and impartial tribunal" there is a violation of these human rights principles The elements of judicial reform as discussed earlier directly seek to attain these principles. The objective of these projects today is to provide a service that is efficient and equitable as well as respected and valued by the community. In a market economy, an effective judicial system is expected and needed by citizens, the government and the private sector in order to resolve conflicts and order social relationships. As markets become more open and transactions more complex, formal and impartial judicial institutions will be essential. Without such institutions, private sector development as well as public sector modernization will not be complete. Similarly, such institutions contribute to the economic efficiency and lead to growth which in turn alleviates poverty. Judicial reform should especially be considered in tandem when contemplating any legal reform because without a functioning judiciary, laws cannot effectively be enforced. As a result, comprehensive judicial reform can have a tremendous impact on the success of the modernization of the state as well as make an important contribution to the overall development process." (DAKOLIAS, 1996, p. 70, 71).

⁴⁰ De acordo com Pinheiro (2001, p. 19), mesmo a visão do papel social do Juiz na interpretação do contrato não justifica a alteração de cláusulas preestipuladas, porque dessa interpretação resulta um custo considerável: "Mesmo quando o risco introduzido pela incerteza na interpretação de contratos não for alto o suficiente para inviabilizar um determinado mercado, ele será repassado para os preços. O banco cobrará um spread mais alto pelo maior risco de inadimplência, o investidor exigirá um retorno, mas alto para compensar o risco de expropriação, o empregador exigirá pagar um salário mais baixo para cobrir o risco de ser acionado na Justiça do Trabalho. E, por essa lógica, como os agentes se adaptam, quanto menos privilegiado for o grupo social, e maior o 'risco' de receber proteção, maior tenderá a ser a discriminação. Ao fim e ao cabo, não apenas serão menores o investimento e a eficiência, e, portanto, o crescimento, como serão os grupos que se deseja proteger os mais discriminados. E quanto mais difícil for discriminar, maior será o custo agregado em termos de crescimento sacrificado. É obviamente impossível querer comparar a interpretação economicista da questão, formada à distância, extraída dos grandes números, com a de um magistrado confrontado com a dura realidade que se lhe apresenta no cotidiano dos tribunais. Seria provavelmente outra a percepção dos juizes brasileiros, não fosse tão desigual a nossa distribuição de renda. Mas isso não desmerece o argumento de que a justiça que procuram os magistrados pode ser mais cara e elusiva do que parece à primeira vista".

⁴¹ Segundo Pinheiro: "Há várias razões porque judiciários eficientes estimulam o crescimento econômico. Ao proteger a propriedade e os direitos contratuais, reduzir a instabilidade da política econômica e coibir a expropriação pelo Estado, judiciários fortes, independentes, imparciais, ágeis e previsíveis estimulam o investimento, a eficiência e o progresso tecnológico. Os estudos empíricos indicam que o sacrifício em termos de crescimento econômico da ineficiência judicial é de fato significativo" (PINHEIRO, 2001, p. 17).

5. FORMAÇÃO DA AGENDA

Os problemas da prestação jurisdicional se tornaram patentes, e depois de algum tempo de vigência da Constituição já se falava em crise do Judiciário: a credibilidade se desgastara diante da demora nas decisões, das dificuldades de acesso, da falta de controle sobre os tribunais, da interferência sobre o Executivo e sobre o Legislativo. Além disso, a ineficiência da própria estrutura administrativa se evidenciara.

De acordo com Sadek:

A tendência à expansão da presença do Poder Judiciário na arena pública pode ser confirmada pelo expressivo aumento no número de ações diretas de inconstitucionalidade - o indicador clássico do processo de judicialização da política. De 1988 a janeiro de 2004 foram impetradas 3.097 ações. A participação de partidos políticos, de governadores de Estado e de confederações e entidades sindicais tem sido significativa, superando largamente o percentual de ações propostas pelo Procurador-Geral da República, o único agente, antes da vigência da Constituição de 1988, com legitimidade para propor esse tipo de ação. A proposição de ações diretas de inconstitucionalidade não cobre o amplo potencial da dimensão política do Judiciário. A concessão de liminares, a possibilidade de decisões judiciais paralisando medidas provenientes do Executivo e do Legislativo ou mesmo impondo determinadas resoluções preenchem essa dimensão, provocando reações por parte do governo, da classe política e de setores da sociedade. Nesse sentido, são freqüentes as críticas segundo as quais vive-se em um "manicômio jurídico"; a magistratura age "ideológica e irresponsavelmente", como se os recursos públicos fossem inesgotáveis, ou alheia às conseqüências de suas decisões na economia ou na máquina administrativa; juízes julgam-se os "verdadeiros representantes do interesse do povo" (...). [A dimensão não política da crise] (...) contempla as funções do Judiciário relacionadas ao seu papel de organismo encarregado de distribuir justiça. Desse ângulo, cabe examinar a instituição como uma agência pública prestadora de serviços. Grande parte da insatisfação popular com a justiça refere-se a esta dimensão. A ela são dirigidas ácidas críticas, tais como: "a justiça tarda e falha"; "a justiça não é igual para todos"; "a justiça é elitista"; "mais vale um mal acordo do que uma boa demanda"; "para os amigos tudo para os inimigos a lei" etc. (...). Resumidamente, pode-se sustentar que o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: *demandas de menos e demandas de mais*. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada. As deficiências do aparelho judicial, somadas aos ritos processuais, criam situações de vantagem e/ou privilégios, portanto, de desigualdade. Assim, a ampla possibilidade de recursos facultada pela legislação favorece o "réu", o "devedor", adiando uma decisão por anos. É consensual entre os especialistas a avaliação de que ingressar em juízo, no caso de quem deve, é um bom negócio, seja este réu o setor público ou particulares. (SADEK, 2004, p. 9-13).

As dificuldades na atuação do Judiciário passaram a ser tratadas como deficiências a serem sanadas. Essas deficiências eram tais, que se converteram em objeto de discussão e de clamor por mudanças.

Assim explica Sadek:

A constância nas críticas à justiça estatal é um denominador absolutamente comum quando se examinam textos especializados, crônicas e mesmo debates parlamentares, ao longo dos últimos quatro séculos. Esse traço não é singular ao Brasil, ainda que, entre nós, possua características próprias. Recorrer à universalidade da crítica não significa pretender equiparar experiências, nem diminuir o tamanho do problema. Significa, isto sim, focalizar uma questão que é relevante e tem mobilizado o interesse de analistas e dirigentes políticos em todos os cantos do mundo. A situação brasileira recente difere de todo o período anterior em pelo menos dois aspectos: 1) a justiça transformou-se em questão percebida como problemática por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito, passando a constar da agenda de reformas; 2) tem diminuído consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário. É possível sustentar que a peculiaridade do caso brasileiro, como de resto da maior parte dos países latino-americanos, está na *magnitude* dos sintomas, indicando a necessidade de reformas. São inúmeras as pesquisas de opinião retratando a expressiva insatisfação da população com a justiça estatal. Levantamentos de institutos especializados mostram que, em média, 70% dos entrevistados não confiam na justiça. Recentes investigações realizadas pelo Idesp apontam que os indicadores mais gerais são igualmente válidos para setores de elite. Entre os empresários, por exemplo, o Judiciário é muito mal avaliado, chegando a 89% os que o consideram "ruim" ou "péssimo", em termos de agilidade (SADEK, 2004, p. 6-7).

A Constituição de 88 seria a grande oportunidade de discutir a reformulação do Judiciário, não fora o fato de que o mote principal da carta de 88 era a constitucionalização de direitos. Além disso, os problemas do Judiciário só se tornaram mais críticos justamente porque o rol de direitos foi ampliado.

Assim, as propostas de reforma do Judiciário passaram a receber mais atenção depois de certo período de vigência da Constituição.⁴²

A convergência desses vários fatores cria a percepção de que o Judiciário é um problema a ser resolvido. Nesse momento, forma-se o primeiro fluxo para a formação de uma agenda de mudanças: há indicadores que mostram o Judiciário como um poder cujas respostas não são satisfatórias em relação ao custo do serviço prestado.

⁴² Conforme Sadek (2004, p. 26): "O capítulo referente ao sistema de justiça da Constituição de 1988 foi o que recebeu o maior número de propostas de revisão, por ocasião da reforma constitucional de 1993 - foram ao todo 3.917 emendas. Um número nada desprezível, mas de todo incongruente com o resultado então alcançado: nenhuma alteração".

Em 1996, o então Deputado Hélio Bicudo, do PT, apresentou projeto de emenda constitucional que recebeu o número 96.

O que motivava o autor da emenda eram propósitos bastante diversos dos que, ao final, vieram a ser tratados na EC 45/04. Preocupava-se o Deputado que os problemas do Judiciário fossem reduzidos ao aspecto meramente funcional:

Reaparelhar o Poder Judiciário ultrapassa de muito considerações materiais e administrativas, para atingir questões morais e políticas. O Império da Justiça, se não é tomado como simples figura de retórica, situa-se numa pátria – O Estado de Direito. Sem assentá-la definitivamente sobre esse fundamento indispensável, a preciosidade de qualquer reforma será decorativa e vã. Uma conclusão, portanto, se impõe, diante do pouco que se fez em nível de elaboração constitucional dos anos 86/88. A Justiça, em seus vários setores, precisa modernizar-se, com a consciência de que os juízes fazem parte da comunidade e que somente enquanto partícipes dessa mesma comunidade podem distribuir Justiça. Não apenas no campo da criminalidade, mas em todos os outros relativos aos direitos civis, trabalhistas, comerciais e tributários. Daí a proposta de uma nova organização da carreira de juiz, fixando-o mais demoradamente à comunidade, para que não seja apenas – como hoje acontece – um repetidor das alegações das partes. Isto se reflete na questão da aquisição da vitaliciedade, garantia que não pode ser apenas outorgada por mecanismos burocráticos, mas que tem de alcançar o comportamento real do juiz na comunidade, chamando-a a opinar a respeito, através de instituições como o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil. (...). Na verdade o problema é mais profundo, porque o Poder Judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único infenso à fiscalização. Enquanto o Executivo é fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário, os juízes não se submetem a qualquer modalidade de censura externa. Não basta, para o estabelecimento de controles na atividade do Poder Judiciário, a participação intensa, no caso representado pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados, no recrutamento de juízes e na outorga da vitaliciedade, bem como uma intervenção mais intensa do Congresso Nacional na investidura dos magistrados dos tribunais superiores. (...). Será da maior relevância que qualquer cidadã, como direito seu, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados, como dever, possam participar da instauração e do acompanhamento de procedimentos contra magistrados, nos casos de corrupção. (...). O Poder Judiciário não se moderniza, porque seus membros não querem abrir mão do poder que detêm. É o que acontece em todos os seus setores, desde o Supremo Tribunal Federal até os pequenos tribunais dos Estados. (...). Ora, é fundamental que afastemos os tabus que impedem a reforma do Poder Judiciário e sua revitalização, para que preste os serviços devidos ao povo no vasto campo da Justiça. Se prosseguirmos na inviolabilidade que as omissões impõem, mais e mais a Justiça distanciar-se-á do povo, o que implicará no seu mais completo descrédito. As partes, ao invés de recorrerem ao juiz, irão preferir outras vias. Para que se tenha em devida conta a inviabilidade do atual sistema judiciário, de lembrar-se que em certas regiões da Itália, dominadas pela “Máfia”, prefere-se a Justiça do “Capo” às decisões da Justiça, que não atendem às premências da população mais pobre. Não é muito diferente o que ocorre nas áreas periféricas das nossas grandes cidades. O conservadorismo que se constituiu na tônica dos órgãos dirigentes do Poder Judiciário, veio estabelecer barreiras à sua modernização, porque se teme que essa modernização restrinja os privilégios alcançados ao logo dos tempos e, e que, como é óbvio, não se confundem com as garantias imprescindíveis ao exercício da função de julgar. Esses privilégios se foram transformando em barreiras incompatíveis com o serviço que a sociedade espera de seus magistrados. De tudo o que foi dito, conclui-

se que a reforma do Poder Judiciário se impõe como relevante para os magistrados e para o povo. Para aqueles, porque será a única maneira de se definir o seu verdadeiro papel numa sociedade democrática e para este, porque poderá encontrar no deslinde dos conflitos, a liberdade para ampliar o exercício de seus direitos. (BICUDO, 2008, 26-30).

O projeto do deputado Hélio Bicudo recebeu inúmeros substitutivos, mas, ainda assim, a alteração parecia fadada a jamais ser posta em votação: mesmo que a pouca eficiência na prestação jurisdicional fosse o aspecto mais evidente da crise do Judiciário e não obstante existissem diversas propostas de mudança, a reforma ainda não estava na agenda do Executivo.

Mesmo assim, a proposta de emenda à Constituição dá ensejo a que se pensem em soluções para o Judiciário. Muitas ideias que já se apresentaram no passado – como a da extinção de tribunais – são reavivadas. Algumas dessas ideias vão ganhar corpo e se impor.

O segundo fluxo do modelo teórico de Kingdon pode ser entendido nessa discussão do funcionamento do Judiciário: as diretrizes políticas começam a se tornar mais consistentes para um projeto de reforma.

A pauta de reforma foi se esboçando no final do primeiro governo Fernando Henrique Cardoso.

Em fevereiro de 1997, o governo sofreu uma dura derrota no Supremo Tribunal Federal, quando foi condenado a pagar aumento a funcionários do Ministério da Previdência⁴³. O Presidente Fernando Henrique Cardoso voltou-se contra o STF. Houve resposta.

No mesmo mês, os Presidentes dos Tribunais de Justiça que estavam reunidos em Macapá, externaram, em carta aberta, suas preocupações com a interferência do Executivo.

⁴³ A respeito do impacto da decisão no orçamento da União, confira-se trecho da notícia do Jornal Contato: “Naquele ano, por decisão administrativa, o Poder Executivo estendeu a seus funcionários – mediante a assinatura de Termo de Acordo ou Termo de Transação Judicial – esse índice de reajuste, objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Em ação no tribunal, 13 servidores questionaram a diferença entre o índice de reajuste concedido em 1993 aos militares e o concedido aos civis. Em 1998, o STF decidiu favoravelmente e os servidores tiveram a incorporação do índice a partir de julho. Mas restou o passivo gerado pela dívida no período de janeiro de 1993 a junho de 1998. O débito foi pago em sete anos, em duas parcelas anuais, corrigidas pelo IPCA-E. Para a quitação, o governo despendeu na folha de dezembro de 2005 cerca de 580 milhões, pagos a 219 mil servidores ativos (R\$ 275,5 milhões); 138 mil aposentados (R\$ 210,3 milhões); e 114 mil pensionistas (R\$ 93,2 milhões)” (GOVERNO, 2006)

O Colégio de Presidentes:

Lamenta constatar o propósito progressivamente manifesto de reduzir a importância e a influência da função judiciária na vida institucional da Nação. O crescente agigantar-se do Poder Executivo ameaça e deprime o amplo exercício das demais atividades igualmente essenciais ao funcionamento do Estado. A concentração de poder já se vai fazendo ameaçadora à normalidade institucional e à supremacia da lei (...). Concretamente, preocupa-se com a visível inclinação dos governantes a subordinar o sistema constitucional aos projetos de governo, ao invés de se ajustarem tais programas à ordem jurídica preexistente, de tal sorte que interesses momentâneos e contingentes, ainda que talvez legítimos, passam à frente dos objetivos nacionais permanentes. Essa mesma distorção de precedência estimula a insubmissão à lei e o desprestígio, até pelo Poder Público, das decisões judiciais. (COLÉGIO PERMANENTE DE PRESIDENTES DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA, 1997).

Em dezembro de 1998, os chefes do Executivo, Legislativo (Senado e Câmara dos Deputados) e Judiciário acordaram a respeito de um teto do funcionalismo e do aumento dos vencimentos. A notícia não foi bem recebida pela opinião pública, em parte porque significava aumento de gastos, e em parte porque haveria substancial aumento de vencimentos dos magistrados.⁴⁴ A situação acentuou o desgaste nas relações entre Executivo e Legislativo, de um lado, e Judiciário, de outro.

⁴⁴ Conforme notícia veiculada no sítio do Senado: “O teto de salários e de benefícios da Previdência para os servidores públicos deve ser revisto através de uma nova emenda constitucional e pode continuar como é hoje: R\$ 8.000 para parlamentares e ministros, R\$ 8.500 para o presidente da República e R\$ 12.720 para ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). A reação da opinião pública à decisão de fixar o teto do funcionalismo público em R\$ 12.720 - trazendo aumento de 59% nos salários de deputados, senadores e ministros, de 49% no salário do presidente e até 100% nos salários de juízes de primeira classe - provocou um terremoto ontem no Congresso. Os líderes se negaram a assumir o desgaste por uma proposta que dizem ter sido imposta pelo Judiciário e articulam uma alternativa. Em vez de aprovar em fevereiro um projeto de lei estabelecendo o valor em R\$ 12.720 para os três poderes, os valores atuais seriam congelados por seis meses ou mais e seria apresentada emenda mudando o artigo da reforma administrativa que vincula o teto ao maior salário dos ministros do STF. Na briga que resolveram comprar com o Judiciário, o líder do PFL, Inocêncio de Oliveira (PE), e o deputado José Genoíno (PT-SP) combinaram até apresentar uma emenda conjunta. - Em vez de subir os salários de 513 deputados, ministros e de milhares de magistrados por causa de três ministros do Supremo que acumulam funções no TSE, porque não trazemos os salários dos três para baixo? Esta Casa não vai afirmar sua soberania se tiver que ratificar o teto de uma proposta que não nasceu aqui. É um acinte aumentar o salário de alguns para R\$ 12.720 quando os demais servidores estão há quase cinco anos sem aumento e o salário-mínimo é R\$ 130 - disse Inocêncio. Na véspera, depois da reunião no Alvorada, o presidente da Câmara, Michel Temer (PMDB-SP), recebeu dos demais presentes - o presidente Fernando Henrique Cardoso, o presidente do Senado, Antônio Carlos Magalhães, e o presidente do STF, Celso de Mello - a missão de anunciar o valor do novo teto, que teria sido decidido por consenso. Ontem, Temer recuou e anunciou no plenário que o Congresso se reservava o direito de rever a decisão ou de fixar um subteto para o Legislativo. Uma das idéias era fixar um valor diferente - R\$ 10.800 ou os atuais R\$ 8.000 - por projeto de lei. Mas o projeto não poderia alterar o teto no Judiciário, já que o aumento para esse poder é auto-aplicável. A Constituição diz que o teto equivale ao maior salário pago a ministros do STF. A idéia que mais agrada aos líderes, então, é a mudança da Constituição, para englobar também o Judiciário” (VASCONCELOS; LIMA, 1998).

A corrosão das relações, aliada a notícias de várias irregularidades, deu causa à CPI do Judiciário, criada em 1999. Ao final das investigações, o resultado concreto foi a proposta, efetivamente acolhida, de punição dos envolvidos em desvio de verbas na construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho em São Paulo.

Paradoxalmente, esse resultado não representou a inclusão da reforma do Judiciário na agenda de reforma do Executivo, muito embora, mais tarde, quando a reforma do Judiciário já estava em pauta, tenha sido um argumento de reforço da necessidade da emenda.

O paradoxo da situação é apenas aparente, no entanto.

Os eventos relacionados a desmandos no Judiciário se somam e vão compor o terceiro fluxo responsável pela formação de agenda de reformas.

Pouco a pouco, forma-se um ambiente mais propício à discussão da emenda. É o terceiro fluxo do modelo de Kingdon: agregam-se para compor esse terceiro impulso o ambiente mais favorável à mudança, os agentes políticos começam a se organizar e há importantes alterações dentro do governo.

A par disso, não se pode perder de vista a atuação dos atores. Não apenas os que têm mais visibilidade – notadamente o Presidente – mas também os que exercem influência indireta.

Aqui se pode dizer que a formação da agenda de reforma do Judiciário em muito é devida à influência do Banco Mundial.

Ainda em 1989, quando do empréstimo para a Reforma do Setor Social na Argentina, o Banco Mundial havia feito pequenas observações acerca de emprego tecnologia no setor judicial. Em 1994, houve um estudo mais aprofundado para o caso da Venezuela. Depois dessa experiência, o Banco desenvolveu um projeto de reforma judicial e o resultado desses estudos foram publicados em 1996.

Entende o Banco Mundial que a reforma do Judiciário é parte do desenvolvimento econômico. Em economias de mercado, o bom funcionamento do Judiciário, garantindo direitos de propriedade, é essencial para o sucesso da modernização do Estado:

As the Latin American and Caribbean Region continues the process of economic development, greater importance is being given to judicial reform. A well-functioning judiciary is important for economic development. The purpose of any judiciary of any society is to order social relationships and resolve conflicts among these societal actors. Currently the judiciary is unable to ensure predictable and efficient conflict resolution to enforce individual and property rights. It is unable to meet the demands from the private sector and the public at large, especially the poor. Given the current state of crisis of Latin American and Caribbean judicial systems, the goal of the reform efforts is the promotion of economic development. Judicial reform is part of the process of redefining the state and its relationship with society, and economic development cannot continue without effective enforcement, definition and interpretation of property rights. More specifically, judicial reform is aimed at increasing the efficiency and equity in resolving disputes by improving access to justice which is not rationed and promoting private sector development (...). The objective of these projects today is to provide a service that is efficient and equitable as well as respected and valued by the community. In a market economy, an effective judicial system is expected and needed by citizens, the government and the private sector in order to resolve conflicts and order social relationships. As markets become more open and transactions more complex, formal and impartial judicial institutions will be essential. Without such institutions, private sector development as well as public sector modernization will not be complete. Similarly, such institutions contribute to the economic efficiency and lead to growth which in turn alleviates poverty. Judicial reform should especially be considered in tandem when contemplating any legal reform because without a functioning judiciary, laws cannot effectively be enforced. As a result, comprehensive judicial reform can have a tremendous impact on the success of the modernization of the state as well as make an important contribution to the overall development process. (DAKOKLIAS, 1996, p. xi-xvi).

A influência, ou mesmo pressão, do Banco Mundial não é o único fator a explicar o processo que leva à aprovação da Emenda 45.⁴⁵

Para que a reforma do Judiciário se concretizasse, convergiram vários fatores: os estudos do Banco Mundial e o resultado desses estudos em alguns países, as dificuldades estruturais do Poder Judiciário no Brasil, as repercussões da CPI do Judiciário, o empenho do Executivo, o custo econômico do Judiciário.

Havia, naquele momento uma janela política que tornava possível a reforma.

⁴⁵ Segundo Kurt Weyland, as reformas da estrutura do Estado na América Latina não podem ser explicadas por apenas um fator: “My research suggests that economic, political-institutional, ideational, rational-choice, or psychological theories alone cannot provide a satisfactory account of the puzzles under investigation. Structural, institutional, and ideational factors merely set the stage for leaders' choices and citizens' judgments. These choices and judgments in turn--while guided to a considerable extent by political and economic self-interests--reflect some of the deviations from strict rationality that psychological experiments have found. Thus, my research yields a complex explanation that integrates aspects of structure and choice, yet diverges from conventional rational-choice models by starting from psychological insights on decision-making” (WEYLAND, 1998, p. 4-5).

Muitos desses fatores preexistiam ao governo Lula. Nesse aspecto, entre o Governo Lula e o Governo Fernando Henrique Cardoso não houve solução de continuidade: os compromissos que o Governo Fernando Henrique Cardoso assumira com os organismos internacionais foram mantidos no Governo Lula⁴⁶. O mesmo se aplica à permeabilidade desses governos às ideias da reforma do Banco Mundial.

Assim, a reforma do Judiciário ocorreu no primeiro governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, a quem era necessário “abrir a caixa-preta do Judiciário”.

⁴⁶ Relata Miriam Leitão o clima de insegurança na sucessão de Fernando Henrique Cardoso: “Em 2002, de novo o país viveu uma crise, que começou a se insinuar em abril e maio. As intenções de voto oscilavam. Os indicadores financeiros também, mostrando o grau de nervosismo (...). O risco país não reflete apenas a ideia de que um país é arriscado, como o senso comum indica. Em 2008, arriscados eram os Estados Unidos, mas o nosso índice saiu de pouco mais de 100 pontos para 700 no auge da crise. O mais importante é que a taxa representa os juros cobrados nos empréstimos às empresas e bancos brasileiros. Em 2002 o Risco Brasil ficou indócil e bateu até em 2.400 pontos, o que significa que um empréstimo em dólar custava 24% mais os juros dos títulos americanos. O ministro Pedro Malan passou a catalogar todas as frases e propostas já feitas pelo PT. Eram incendiárias. Levadas ao pé da letra, significavam derrubar o edifício lentamente construído em oito anos (...). Em 2002, Armínio [Fraga, Presidente do Banco Central] foi escalado para a primeira conversa com os candidatos. A situação estava piorando. O Banco Central não conseguia vender papéis para depois de novembro. A dívida interna foi encurtando. Investidores pararam de mandar dinheiro para o Brasil. O volume de reservas caiu. Entraram e saíram apenas empréstimos entre multinacionais. Até os financiamentos ao comércio, que são as últimas linhas de crédito a secar, começaram a diminuir. O dólar subia sem parar. Era uma crise de confiança, o medo da incerteza que cercava o novo governo. O país precisava passar por mais uma fronteira desse caminho da estabilização: provar que a inflação baixa não era o compromisso apenas do presidente eleito duas vezes com essa bandeira, mas patrimônio do país. A moeda tinha que atravessar a transição política. (LEITÃO, 2011, p. 389, 390). O Governo Fernando Henrique Cardoso acabou por firmar um novo pacto de empréstimo com o FMI. Os princípios básicos da estabilização da moeda foram conversados com cada um dos candidatos à sucessão. Por parte do PT, houve compromisso de manutenção de um programa mínimo. Ainda segundo Miriam Leitão: O governo estava pensando em preparar a transição da melhor maneira e para isso precisaria ir ao FMI novamente propor um acordo em torno de princípios básicos e pedir um empréstimo que seria liberado no próximo governo. Era preciso convencer os candidatos a se comprometer com o programa mínimo: de manter a austeridade fiscal, o câmbio flutuante, as metas de inflação. O governo já tinha conversado sobre essa estratégia internamente e com o FMI. Ao Fundo foi dito que o país vivia uma crise de confiança e que seria combatida com ações que recuperassem a confiança no governo. O que ainda não tinha sido eleito. O diálogo era parte da estratégia de se terem condições mínimas que levassem a apoio financeiro (...). Entre os candidatos, ninguém queria ficar com cara da continuidade. (...) Dentro da campanha do candidato Lula, a preocupação era com o equilíbrio entre ser sensato para não agravar a situação que iria herdar, mas ao mesmo tempo reagir aos ataques de Garotinho de que Lula estaria se aproximando dos banqueiros. Com as derrotas anteriores, o PT havia aprendido que quem aparecesse como uma ameaça de volta da inflação, perderia a eleição. A dificuldade era como fazer isso sem parecer estar trocando radicalmente de discurso. Nesse ambiente se negociou internamente no PT a divulgação de uma lista de compromissos de manutenção da estabilidade econômica, a ‘Carta ao Povo Brasileiro’. Era o oposto do que estava escrito na proposta de consulta popular sobre as dívidas (...). Armínio foi ao FMI para repetir em inglês a frase que tinha incorporado: eles não vão se atirar pela janela. Queria dizer com isso que os vencedores não se comportariam de tal forma a trazer a inflação de volta. E que estavam decididos a respeitar os contratos, o câmbio flutuante, a Lei de Responsabilidade Fiscal. Foi assim que o governo Fernando Henrique assinou um empréstimo com o FMI que seria liberado apenas no governo Lula. E foi assim que um dia Lula nem precisou de todo o dinheiro e pagou antecipadamente o que havia sido emprestado. Porque ao chegar no governo, Lula mostrou que o discurso de ‘mudar tudo isso que está aí’ tinha ficado nas campanhas. Nas que ele havia perdido.” (LEITÃO, *op. cit.*, p. 391-394).

Essa declaração, feita em discurso no Espírito Santo em abril de 2003, foi o mote da reforma e da justificativa do controle externo do Judiciário.

Em 2004, a Emenda 45 foi aprovada.

6. A EMENDA 45/04

A proposta de reforma havia se iniciado em 1992, com o Deputado Hélio Bicudo. De 1993 a 1994, a relatoria do projeto ficou a cargo do Deputado Nelson Jobim, que propôs a súmula vinculante.

Em 1995, a Câmara dos Deputados institui uma comissão especial para análise do projeto. O relator, Deputado Jairo Carneiro, sugere a criação do Conselho Nacional de Justiça e o fim dos órgãos normativos e juízes classistas da Justiça do Trabalho. Os trabalhos da comissão se encerram em 1998, sem consenso.

Em 1999, a comissão, com a presidência de Jairo Carneiro e relatoria de Aloysio Nunes Ferreira, retoma seus trabalhos. O primeiro relatório é recusado pela OAB, pela oposição e pelos juízes.

Zulaiê Cobra, do PSDB de São Paulo, sucede o colega de partido, Aloysio Nunes. Mas também o relatório dela é rejeitado.

Em outubro de 1999 o terceiro relatório apresentado é aprovado. Esse relatório é aprovado em primeiro turno em janeiro de 2000 e em segundo, em junho. Agora renumerada como PEC 29/2000, a proposta é enviada ao Senado, à Comissão de Constituição e Justiça, com relatoria do Senador Bernardo Cabral.

Em 2002, o Presidente Lula pede adiamento da análise da proposta, e o Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, em 2003, avança a hipótese de se iniciarem novamente, do zero, as discussões.

Quando o governo decide seguir adiante com a votação, o Senador Eduardo Jorge passa a ser o relator do projeto.

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprova a PEC em maio de 2004. Em novembro há aprovação já em segundo turno e a Emenda (Anexo 1) é promulgada em dezembro.

As idas e vindas nas votações são explicáveis pelas inúmeras posições a respeito do âmbito da reforma e pelos diferentes tipos de críticas que se dirigiam ao Judiciário.

A maior parte das críticas tinha por objeto a morosidade das decisões, mas havia também propostas de alteração da composição dos tribunais, da extinção de juízes classistas na Justiça do Trabalho, da forma de ingresso na carreira, da forma de investigação dos juízes.

E mesmo que todas as insatisfações pudessem se aglutinar em torno da morosidade, os outros assuntos acabavam por permear essa questão, e não apenas isso: também havia divergências cruciais no que toca aos instrumentos de resolução do problema.

Para que a emenda fosse votada e promulgada concorreram o empenho do governo, com apoio em proposta de reforma do Banco Mundial, uma situação politicamente favorável e o descontentamento crescente quanto à prestação jurisdicional.

No que concerne à participação das entidades de classe, a grande maioria das associações de Juízes sempre se posicionara contra a reforma, em especial contra a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Em 1999, depois da Emenda 19/98, portanto, já se entendia que a Reforma do Judiciário haveria de ser uma reforma do Estado, quase que uma complementação do que já vinha ocorrendo desde a primeira emenda.

Assim explica Diogo Moreira Neto:

A Constituição brasileira de 1988 encerrou o ciclo dos modelos do Estado do Bem-Estar Social e Socialistas, que se iniciara com a mexicana e alemã, no final da segunda década do século. Mesmo sem se considerar seus inúmeros defeitos substantivos, o detalhismo abundante, as contradições e a preocupação dirigista nela encontrados já a marcavam, desde a promulgação, como uma carta política instável e provisória. O próprio constituinte de 1988, por reconhecer-lhe essas características, previu (...) a realização de uma *revisão*, após cinco anos de promulgada. Mas mesmo antes de esgotar-se este prazo, com apenas três anos de vigência, o Texto de 1988 já estava recebendo sua primeira Emenda (31 de março de 1992), a que se seguiram, até hoje, mais vinte e uma Emendas comuns e seis outras de revisão, num total de *vinte e oito* (...). Esses números indicam que a tarefa juspolítica reformadora não se restringe apenas a remendar-lhe os muitos defeitos, mas, bem além disso, a *reconstruir o Estado brasileiro* (...). É nesse complexo processo de reconstrução e modernização do Estado brasileiro que se insere a *Reforma do Judiciário*, um tema

que (...) é o objeto de um projeto de Emenda, em pleno curso no Congresso Nacional, embora, insista-se, dificilmente a extensão e complexidade do tema se acomodem aos supostos técnicos de um processo de Emenda. (MOREIRA NETO, 1999, p. 7)

Esse trabalho de Diogo Moreira Neto tem prefácio de Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, então Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros. Nesse prefácio dizia o Desembargador do Rio de Janeiro:

A Reforma do Judiciário se encontra, tomara que para valer, na agenda prioritária da sociedade brasileira, provocando, como é natural, intensos debates e polêmicas multifárias e inflamadas. A Associação dos Magistrados Brasileiros, alertada de sua responsabilidade para a transposição dos limites particularizados, inevitavelmente estreitos, formou uma Comissão de Estudos para a Reforma do Judiciário, que vem atuando, desde outubro/98, no âmbito de seu Conselho Executivo. Concomitantemente, estabeleceu inédita parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil, instalando uma Comissão Mista que produziu trabalho assinalado por enorme convergência. Busca-se a superação dos limitados arraiais do “quintalismo”, em atitude voltada à formulação liberta de preconceitos e despida de ranço corporativo, que autorize a repelir-se energicamente a pecha ofensiva de que advogados e juízes, como defensores de interesses próprios na estrutura e composição da cena judiciária, refletiriam um nefasto “espírito de quintal”. (MOREIRA NETO, 1999, p. 9).

Ao se entender o trabalho de Diogo Moreira Neto como a proposta defendida pela AMB para a reforma do Judiciário, nota-se que há uma distância abissal entre o texto aprovado e a defesa da entidade de classe.

O que pretendia a AMB era fazer com que a reforma se limitasse exatamente aos pontos de estrangulamento do fluxo dos processos. Sendo assim, a proposta da associação abrangia combate ao excesso de recursos, especialização dos órgãos judicantes, implementação dos Juizados Especiais, aperfeiçoamento dos juízes em Escolas da Magistratura, simplificação do processo, investimento em informatização.

O texto final, ainda que não tenha afastado essas metas, tem como ponto principal a criação do Conselho Nacional da Justiça.

Um Conselho tal, salvo para a Associação Juízes para Democracia, que sempre defendeu o controle externo⁴⁷, não era desejado. E mesmo para essa Associação, a forma que o Conselho assumiu não era a ideal.

⁴⁷ Assim consta do Editorial de agosto de 2004 da Associação Juízes para a Democracia: Há dez anos, a AJD manifestou-se sobre assuntos polêmicos, entre outros:

Ainda assim, seria excessivo dizer que a criação do Conselho desagradou a todos os juízes.

A atuação do Conselho Nacional de Justiça expõe o desacordo ou, antes, a fragmentação de interesses dos integrantes da Magistratura. Os interesses vão se alterar a depender da posição do juiz na carreira.

Para os juízes de primeira instância, a alteração não é substancial. Ainda que o Conselho imponha regras mais rigorosas na apuração de atraso nos julgamentos, os magistrados já respondiam, pelos mesmos fatos, perante as corregedorias dos tribunais.

Além disso, a atuação do Conselho passa a ser entendida como benfazeja, para os juízes, que agora podem contar com a transparência nas decisões administrativas⁴⁸.

a) Controle Externo, propondo a criação de um Conselho de Planejamento e Ouvidoria, sem nada afetar a liberdade jurisdicional do juiz; b) redimensionamento das funções do STF e STJ; c) plena transparência das ações do Judiciário; d) democratização interna; e) extinção da Justiça Militar, dos Tribunais de Alçada e dos juízes classistas na Justiça do Trabalho; f) proibição de nepotismo; g) extinção de férias coletivas; h) distribuição imediata de todos os processos; ii) preservação severa do princípio do juiz natural; J) redefinição legal dos cartórios de registros e notas; L) aproveitamento do Ministério Público de segunda instância na carreira do Judiciário. O que mais preocupa no momento é que o esforço de todos durante dez anos desaguou na emenda constitucional já aprovada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. O resultado é frustrante para a sociedade. Os pontos positivos (quarentena na entrada e na saída, proibição de algum nepotismo, votação para metade do órgão especial, entre outros) são superficiais, em nada mudam o panorama. Os aspectos dos quais a sociedade mais espera resultados são o controle externo e a súmula vinculante. O passar do tempo permitiu concluir que a questão do controle externo está mal situada. Nenhuma entidade institucionalizada terá eficácia para “controlar” um poder da república, muito menos aquela que foi criada pela emenda: um pomposo e complexo órgão de quinze membros, dos quais nove são magistrados. Os demais membros são de origens semelhantes, dois do Ministério Público, dois advogados indicados pelo Conselho Federal da OAB e dois outros de notável saber jurídico, indicados pela Câmara e pelo Senado. O Judiciário, portanto, tem maioria folgada nesse projeto. Se o Conselho julgar mal, isto é, se infringir as normas de direito, estará sujeito a ações judiciais que são da competência do Supremo Tribunal Federal – art. 102 “r” da Constituição Federal, na redação da emenda constitucional. Isto quer dizer que o Conselho controla o Judiciário e o Judiciário controla o Conselho. É mais um colegiado, mais um tribunal à moda antiga a medir forças com os demais. Prevêem-se vultuosas despesas e um funcionamento difícil. Na verdade, o sistema tradicional de controle entre os Poderes está em crise e não se vislumbra solução, nem mesmo a médio prazo. Contudo, acredita-se no cidadão, na sociedade livre e organizada, que já dispõe de inúmeros meios jurídicos e sociais para o exercício de algum controle. Daí a maior importância da imposição de regras que conduzam a uma plena transparência em toda a atuação do Judiciário. Medidas simples para impedir deliberações reservadas ou sem causa própria, providências para aproximar o juiz dos reais problemas da população, extinção de privilégios são mais eficazes do que a instituição de novos órgãos (os quais, por certo, também precisam ser controlados) (AJD, 2004).

⁴⁸ A esse respeito, note-se o comentário de Lúcia Helena do Passo em sua dissertação de mestrado: “Embora a Constituição Federal estabeleça os dois critérios a serem utilizados para movimentação e ascensão funcional dos Juízes – antiguidade e merecimento – e prescreva que tais critérios serão observados “alternadamente”, o legislador constitucional, contudo, não define o sentido e a operacionalidade desta alternância e não delimita, com clareza, os contornos dos critérios de antiguidade e merecimento (...). O critério da antiguidade é aferido, num primeiro momento, pela ordem de classificação obtida pelo juiz no concurso para ingresso na carreira e, posteriormente, pela ordem classificatória que vai alcançando através de promoções ao longo da carreira. O critério do “merecimento”, no entanto, é submetido apenas a uma avaliação inteiramente subjetiva dos

Já a cúpula dos Tribunais vê afetada, quando não reduzida, a autonomia administrativa. Não se trata apenas de impor tramitação mais rápida aos processos, o CNJ atua de modo a interferir diretamente no provimento de cargos, no poder de investigar, na composição dos tribunais.

É interessante observar que a magistratura não é uma classe, com interesses e posições uniformes. Há internamente fragmentação de opiniões.

desembargadores votantes (...). Mas aqui cabe uma indagação: como é estabelecida a alternância de critérios? Como, no caso do nosso exemplo, será operacionalizada a alternância dos critérios constitucionais da antiguidade e do merecimento? A nosso sentir, a alternância dos critérios de movimentação (remoção ou promoção) funcional dos juízes – antiguidade e merecimento – deve ser observada sob duplo aspecto: no primeiro aspecto a alternância deve ser considerada para estipular a forma de oferecimento do órgão (vara) vago (...). Entretanto, na prática, ocorre que os Tribunais não definem e não observam a alternância constitucional tanto no que concerne oferecimento dos órgãos (varas) quanto no que se refere a forma de acesso dos juízes – destarte, ocorre que as varas melhor localizadas, mais bem equipadas, com mais serventuários, mais organizadas, e com menor acervo processual são sempre oferecidas pelo critério do “merecimento”, que é sujeito apenas a avaliação subjetiva dos desembargadores votantes. Assim, pela falta de definição objetiva dos critérios e da alternância constitucional, determinados órgãos judiciais com condições positivamente especiais passam a constituir verdadeiros feudos dentro dos Tribunais, territórios exclusivos de apadrinhados, espécies de “capitanias hereditárias”. Do mesmo modo, historicamente, não existia(e não existe) um padrão objetivo preestabelecido para avaliação dos juízes concorrentes no critério do “merecimento” que se presta, na esmagadora maioria das vezes, para a prática de nepotismo e favorecimentos dentro dos Tribunais, e que fere, de morte, a independência interna dos Tribunais (dos juízes perante os desembargadores) visto que além dos apaniguamentos, fomenta ainda uma nefasta submissão dos juízes de 1º grau perante os desembargadores dos Tribunais pois, além de manter correta atuação pessoal e judicial, os juízes se vêem obrigados a peregrinar de gabinete em gabinete (dos desembargadores votantes) cabalando votos para promoções e remoções – em prática que ofende os princípios constitucionais da isonomia e da moralidade pública (art. 37 CF/88). O Projeto originário de Reforma (PEC 96/92) de maneira democrática e vanguardista pretendeu, em verdade, fixar critérios objetivos para a promoção dos juízes pelo critério do merecimento, como forma de assegurar a independência interna dos Tribunais (independência dos juízes em relação aos demais juízes e desembargadores do Tribunal a que pertence) – e foi feliz ao exigir interstício de 4 anos de exercício jurisdicional na mesma comarca; frequência e aproveitamento em cursos oficiais de aperfeiçoamento – que podem ser comprovados objetivamente por dados numéricos e registros informatizados e estatísticos da produtividade do juiz. Desta forma, o Projeto buscou garantir a plenitude da independência dos juízes – pois, tentando criar um critério objetivo de avaliação, visava neutralizar qualquer influência dos membros do Tribunal (desembargadores) sobre as decisões dos juízes de 1ª Instância, afastava a formação dos feudos de apadrinhamentos nos Tribunais, assim como objetivava eliminar critérios diferenciados de avaliação de juízes para fins de vitaliciamento e promoções. No entanto, a própria PEC 96/92 errou ao dispor, como critérios para a promoção de juízes pelo critério do merecimento, os da “segurança” e “presteza” no exercício da jurisdição que, tal como foram propostos, permaneciam ainda indefinidos e continuavam a constituir critérios inteiramente subjetivos de avaliação dos juízes pelos desembargadores votantes e, pois, sujeitos a interpretações casuísticas, diferenciadas e expostos às injunções políticas internas dos Tribunais. A Emenda Constitucional 45/2004 neste aspecto, absorveu, parcialmente, os objetivos do Projeto original de reforma (Pec 96/92) e manteve, no art. 93II c , algumas exigências que pretendem estabelecer parâmetros objetivos para a promoção de juízes pelo critério do merecimento quais sejam – produtividade, comparecimento a curso de aperfeiçoamento – no entanto, o texto final da reforma deixou de definir, objetivamente, como serão apurados os critérios do “desempenho”, da “presteza” ou da “produtividade” para fins de remoção ou promoção de juízes. Assim, esta falha no texto final da Emenda Constitucional 45/2004 deixou o dispositivo ainda carregado do velho mal da subjetividade que, historicamente, acompanha o critério do merecimento para promoção de juízes, pois a indefinição das expressões “presteza” e “desempenho” certamente continuará acarretando interpretações diferenciadas e casuísticas” (PASSO, 2004, p. 51, 52).

Portanto, dizer que o CNJ não é bem vindo é uma afirmação que não corresponde inteiramente à verdade.

Do ponto de vista institucional, a magistratura não conseguiu se unificar em torno de uma posição a respeito da criação do conselho, muito embora tenha obtido uma relativa uniformidade no que toca a modificações relacionadas à previdência e aos rendimentos.

A respeito da criação do CNJ relata Frederico de Almeida como ocorreu o fracionamento de interesses:

As relações entre primeira e 2ª instância são ponto sensível na política do Judiciário e no movimento associativo da magistratura. Embora essas associações respondam pela "classe", como um todo, elas são alvo de disputa intensa em seus períodos eleitorais, especialmente por parte dos magistrados de primeira instância, que veem nessas entidades um importante instrumento político nos conflitos corporativos com seus próprios superiores administrativos, os magistrados posicionados na 2ª instância. Uma vez no controle dessas entidades, os juizes de 1ª instância buscam representar a 2ª instância em suas diretorias e comissões, como forma habilidosa de composição política no interior da carreira. O movimento contrário, obviamente, também ocorre, quando um desembargador assume a presidência dessas entidades. Além disso, entre as várias entidades representativas da magistratura e seus segmentos, percebe-se uma clivagem significativa entre organizações mais próximas da 1ª instância e outras mais identificadas com a representação de interesses da 2ª instância. A própria história do CNJ, órgão atacado pela AMB, é exemplo disso. Desde o início, os movimentos associativos da magistratura se manifestaram contrariamente à criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário, e foi graças ao lobby dessas entidades que o Conselho Nacional de Justiça nasceu como um órgão de controle praticamente interno, sendo composto por membros majoritariamente oriundos do próprio Judiciário. Mais do que isso, a indicação dos membros dos diversos segmentos da magistratura representados no CNJ — mesmo aqueles representantes da 1ª instância — é um processo fortemente controlado pelas cúpulas dos tribunais de 2ª instância e superiores. O presidente da AMB à época da Reforma do Judiciário de 2004 era Rodrigo Collaço, um juiz de 1ª instância alinhado com os discursos e movimentos modernizantes da Reforma do Judiciário. Foi um importante interlocutor da Secretaria de Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça que capitaneou o processo de aprovação da Emenda Constitucional 45/2004. Apesar dessa interlocução positiva, Collaço e a AMB sempre se manifestaram contrários ao controle externo da magistratura. Logo após a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004, a AMB ingressou com ação direta de inconstitucionalidade no STF, questionando a adequação do CNJ à Constituição. O STF decidiu pela constitucionalidade do CNJ e de suas funções, e a essa decisão seguiram-se outras decisões importantes do Supremo confirmando a constitucionalidade das decisões do CNJ em temas específicos e importantes, como foi o caso da proibição do nepotismo nos tribunais. (ALMEIDA, 2011).

Considerando-se que essas mudanças foram objeto de outras emendas, o ponto fulcral da emenda 45 passou a ser a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Antes mesmo que a Emenda tivesse sido promulgada, a Associação dos Magistrados Brasileiros já havia aforado ação direta de inconstitucionalidade, arguindo, como ponto principal (embora não fosse o único), que o CNJ era incompatível com a independência constitucional, do Judiciário.

Esse argumento foi prontamente repellido pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o CNJ não é órgão externo, mas interno ao Poder Judiciário, daí porque a disciplina administrativa não se aproximava de ingerência em assuntos internos.

Poder-se ia dizer que os juízes não se mobilizaram a ponto de apresentar uma proposta alternativa à criação do CNJ (como, por exemplo, outra composição do órgão, com mais representatividade dos magistrados). No entanto, essa afirmação não corresponderia por completo à realidade.

Não se pode negar a mobilização dos juízes em diversas entidades de classe. O que ocorreu é que não há um único interesse a unir a magistratura. As propostas de reforma vieram a mostrar que o Judiciário tem membros com interesses contrapostos – e é evidente o dissenso entre juízes e desembargadores quanto à forma como devem ser administrados os tribunais e como deve ser conduzida a carreira.

Apesar dessa fragmentação de interesses, não se pode dizer que os juízes não tenham tido um papel ativo na reforma do Judiciário. O interesse das associações foi, sobretudo, o de obstar as mudanças. E, nesse sentido, pelo tempo de tramitação das reformas, pode-se dizer que a atuação foi bastante eficaz.

7. O JUDICIÁRIO REFORMADO

Analisado o histórico da Emenda 45/04 a partir da Reforma do Estado da Emenda 19/98, afirmou-se, de início, que uma visão possível era de que ambas as alterações constitucionais comungavam do mesmo propósito de rever o papel do Estado.

Como se mostrou, essa visão inicial não corresponde à realidade.

Diferentemente da Emenda 19/98, a Emenda 45/04 não tinha um objeto definido; ao contrário, a possibilidade de reforma serviu para catalisar toda sorte de insatisfações para as quais eram sugeridas soluções por vezes contrárias entre si.

Portanto, entender a reforma de 2004 como continuidade de um projeto específico encampado pela Emenda 19/98 é impreciso.

Mesmo do ponto de vista cronológico, a linha sucessória não é contínua. Isso porque as propostas para Reforma do Judiciário preexistiam à ideia de Reforma do Estado. Reforma do Estado e Reforma do Judiciário foram, assim, projetos que se formaram em paralelo⁴⁹, com pontos remotamente coincidentes.

⁴⁹ Sobre o processo de decisão paralela nas organizações, anotam True, Jones e Baumgartner: “Herbert Simon (...) developed the notion of bounded rationality to explain how human organizations, including those in business and government, operate. He distinguished between parallel processing and serial processing in individual and organizational decisionmaking. Individuals devote conscious attention to one thing at a time. Organizations are somewhat more flexible. Some decision structures are capable of handling many issues simultaneously, in parallel. Others handle issues seriatim, one or a few at a time. Political systems, like humans, cannot simultaneously consider all the issues that face them, so policy subsystems can be viewed as mechanisms that allow the political system to engage in parallel processing (...). Thousands of issues may be considered simultaneously in parallel within their respective communities of experts. The equilibrium of interests does not completely lock out change. Issue processing within subsystems allows for a politics of adjustment, with incremental change resulting from bargaining among interests and marginal moves in response to changing circumstances. But parallel processing does operate against larger policy changes because it tends to be insulated from the glare of publicity associated with-agenda politics. Sometimes the parallel processing of issues breaks down, and they must be handled serially. In the United States, the macropolitical institutions of Congress and the public presidency constitute governmental serial processing, where high-profile issues are considered, contended over, and decided one at a time or, at most, a few at a time. When an issue moves higher on the political agenda, it is usually because new participants have become interested in the debate: (...). It is then that major changes tend to occur. Issues cannot forever be considered within the confines of a policy subsystem; occasionally macropolitical forces intervene. It is the intersection of the parallel processing capabilities of the policy subsystems and the serial processing needs of the macropolitical system that creates the nonincremental dynamics of lurching that we often observe in many policy areas. Agenda access does not guarantee major change, however, because reform is often blundered in the decisionmaking stage. But this access is a precondition for major policy punctuations” (TRUE, JONES, BAUMGARTNER, 2007, p. 158, 159). É possível entender que

A descontinuidade entre as duas reformas só é abrandada com apoio em dois pontos:

O primeiro ponto é a ideia de reforma. Como ambas as emendas modificaram a Constituição, elas partilham do mesmo efeito prático (alteração da ordem constitucional), embora não tenham sido animadas pelos mesmos propósitos.

Além disso, porque as duas emendas têm por objeto a reforma do aparato estatal, é possível fazer repercutir para a Emenda 45/04 os efeitos positivos da Emenda 19/98. A continuidade se forja quando são enfatizadas as duas reformas como derivadas de um projeto maior e abstrato de modernização do Estado.

O segundo ponto, a reforçar a impressão de continuidade, é a própria interpretação jurídica da Constituição.

A Constituição é entendida como um sistema coerente, com normas que não se contradizem. A partir desse postulado jurídico, constrói-se uma relação de derivação lógica entre os comandos constitucionais.

Dessa maneira, a interpretação constitucional cria a coesão entre as normas, eliminando os efeitos da distinção inicial de origem e propósitos.

O Judiciário que emerge dessas reformas é um Judiciário orientado por dois tipos de valores: a demanda de segurança e justiça, de um lado, e a exigência de rapidez, de outro.

7.1 O Judiciário e a demanda por justiça e segurança

O Judiciário é parte de um Estado cujo projeto maior vem comprometido com a redução das diferenças sociais, de acordo com o enunciado do art. 1º da Carta Magna.

a reforma do Judiciário caminhasse em paralelo a projetos outros do Executivo e só veio à tona, compondo a agenda de reformas, quando o Executivo encampou a medida. Até então, nem mesmo a CPI do Judiciário mobilizara ao interesse em apressar a tramitação do projeto.

Não se pode perder de vista que a Carta de 88 é uma carta de direitos: a começar pela posição que a declaração de direitos assume no texto – do art. 153, na Constituição anterior, para o art. 5º. Esse deslocamento é indicativo da posição que a garantia de direitos assume na nova ordem: fundamento do próprio Estado.

A chamada “Constituição Cidadã” ampliou os direitos individuais, e o fez de tal forma, elencando um número maior de direitos e abrangendo outros mais amplos previstos em tratados internacionais, que estabeleceu de maneira expressa que o núcleo duro do ordenamento e do próprio Estado brasileiro é a proteção de direitos fundamentais.⁵⁰

E fundamentais são os direitos individuais, de primeira geração, oriundos de reivindicações de não intervenção do Estado, os direitos sociais, de segunda geração, referentes a prestações positivas do Estado, e direitos de difusos e coletivos de terceira geração.

A Constituição de 88 é a expressão político-jurídica da democratização do país. Por isso, a ampliação de direitos e garantias é a marca distintiva de uma nova ordem.

A Constituição delimita o momento em que os direitos passaram a compor o fundamento do Estado, mas não inaugura a chamada judicialização⁵¹ da política.

⁵⁰ Nesse sentido, CITTADINO, Gisele, *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes in VIANNA, Luiz Werneck, A democracia e os Três Poderes no Brasil, (org.) A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte : Editora UFMG; Rio de Janeiro : IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

⁵¹ Sobre judicialização, confira-se Luís Roberto Barroso (2010): “*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, dentre muitos outros. No início de 2010, uma decisão do Conselho Constitucional francês e outra da Suprema Corte americana produziram controvérsia e a reação política dos dois presidentes. Na América Latina, o caso da Colômbia é um dos mais significativos.

Já se observava, desde meados da década de 80, com a Lei 7.244/84, que instituiu o Juizado Especial de Pequenas Causas e com a Lei 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública por danos ao meio ambiente e consumidor, o movimento de ampliação de acesso ao Judiciário e a tendência a reforçar o controle judicial sobre atos de cunho político e administrativo.

Portanto, não foi a Constituição que determinou a transferência da discussão política para os tribunais; já havia uma movimentação social nesse sentido.⁵² Mesmo assim, a Carta de 88 é o marco da redefinição do papel do Judiciário na divisão de poderes do Estado Brasileiro.

E, como ao Estado atribuiu a Constituição os objetivos de reduzir as disparidades sociais e erradicar pobreza, o Judiciário passa também a ser responsável pela consecução desses propósitos.

Essa afirmação é o ponto de partida para que se apresentem dois aspectos da busca pela justiça.

O primeiro ponto é que a constitucionalização de direitos abre caminho para que qualquer cidadão formule perante qualquer juízo pedido de proteção a direitos.

Essa possibilidade é derivada do controle difuso da constitucionalidade: todo Juízo pode avaliar a aplicação das normas constitucionais. O segundo ponto é o papel que o Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe o controle concentrado, passa a desempenhar no desenho das funções do Estado.

⁵² Conforme JUNQUEIRA (2003): “In the area of fundamental rights , there have been important changes over the last three decades. Habeas corpus, which was suspended in cases of political crimes, was reestablished in 1979. With the new federal constitution of 1988, other constitutional mechanisms for the protection of individuals were introduced, like the *habeas data*, assuring the right to know what personal information is contained in the public databases of government offices and permitting its correction when necessary. But it is not all. The public defender was recognized in the constitution as essential to the legal order as a defender of the poor, and a defender public system was to be established in every state (...). The Judiciary is now closer to the Brazilian people. Or at least it is easier for citizens to deal with. But one of the most important changes in the area of fundamental rights is the enhanced protection of collective rights. With the reorganization of the social movements at the end of the 1970s, the inability of the legal order to respond to collective conflicts was evident. Only individuals were able to bring lawsuits. In very few cases could groups seek redress in the courts for violations of their collective rights.

7.2 Controle Difuso de Constitucionalidade

No que se refere ao primeiro ponto, a garantia de direitos torna possível a todos os cidadãos, individual ou coletivamente, propor demandas reivindicando prestações positivas do Estado.

O pedido de prestações positivas caracteriza os chamados direitos constitucionais de segunda geração.

Diferentemente dos direitos de primeira geração, que se realizam com a restrição da interferência do Estado sobre as liberdades individuais, os direitos constitucionais de segunda geração não têm um conteúdo determinado.

Compare-se, por exemplo, o direito à liberdade, direito de primeira geração em que a garantia importa em restringir o poder do Estado de afetar a liberdade do cidadão (situação específica), com o direito à saúde.

O direito à saúde não engloba apenas uma prestação, mas um feixe de situações. Garantir a saúde significa entregar remédios e ainda garantir internações em hospitais, garantir intervenções cirúrgicas, fornecer e equipamentos e insumos.

O conteúdo do direito – e, por conseguinte, também o da prestação pedida – é mais amplo. E não apenas mais amplo, mas também mais impreciso – porque a forma de atender ao direito deve ser definida caso a caso.

Quando se traz para o âmbito judicial a questão de garantias a direitos sociais, a discussão que se trava, em última análise, diz respeito à ideia de igualdade: como cada indivíduo, de forma igualitária, pode ter acesso à saúde, à educação, à moradia.

A questão da igualdade, por sua vez, diz respeito à distribuição de bens na sociedade. E sobre esse ponto divergem as correntes políticas.

Assim, decidir sobre direito à igualdade importa em tratar de prestações com conteúdo impreciso e importa e deslocar para o âmbito jurídico o problema da distribuição de bens na sociedade.

De acordo com Robert Alexy (que aqui aborda a negação, porque impreciso o conteúdo, do direito à igualdade):

El argumento central en contra de derechos originarios a la igualdad de hecho (...) afirma que la idea de la igualdad de hecho es una base demasiado insegura para un reconocimiento judicial de derechos concretos a la igualdad de hecho. El Tribunal debería incursionar en cuestiones no justiciables y llevar a cabo una política social. Si así lo hiciera, necesariamente rebasaría sus competencias. La intervención en las competencias del legislador sería tanto más grave cuanto que una jurisprudencia judicial que apunte a la igualdad de hecho interviene no sólo en el campo de acción jurídico del legislador sino directamente y en considerable medida en su campo de acción financiero. Estos argumentos tienen algo de razón. El concepto de igualdad de hecho se presta especialmente para diversas interpretaciones. Ello se debe a que con respecto a la igualdad o desigualdad de hecho pueden hacerse valer criterios muy diferentes, por ejemplo, dinero, educación, influencia política, capacidad de autodeterminación, desarrollo de dotes y talentos, reconocimiento social, posibilidades de ascenso en los diferentes ámbitos sociales, autorrespeto, realización de los planes de vida y satisfacción personal. Esto pone de manifiesto que son posibles numerosas teorías de la igualdad de hecho recíprocamente incompatibles. Pero, toda teoría de la igualdad fáctica es un programa para la distribución de los bienes distribuibles en una sociedad. No son sólo razones metodológicas las que excluyen la posibilidad de extraer de la Ley Fundamental exactamente un programa de distribución, sino también razones sistémicos-constitucionales. Las cuestiones de distribución constituyen un objeto central de la polémica de los partidos políticos que compiten por la mayoría en el Parlamento. Esto excluye la posibilidad de partir – en una Constitución que se ha decidido por la democracia representativa – de una sola teoría amplia de la igualdad de hecho que subyacería a la Constitución y con la que toda decisión del Parlamento relacionada con una distribución o bien la coincidiría o bien la contradiría. Sin embargo, con esto se ha aclarado sólo un costado de la cuestión. El otro costado es que se trata de la existencia de derechos y que el mero hecho de que su conocimiento sea inseguro y su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional Federal reduzca el campo de acción del legislador no es ningún argumento convincente de su no existencia. El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella y es propio de las posiciones iusfundamentales el que pueda haber desacuerdo sobre su contenido. (ALEXY, 1997, p. 410-412).

Apesar da imprecisão do conteúdo e não obstante o reconhecimento do direito à saúde implique em redistribuição de bens, os Tribunais brasileiros não têm se furtado a declarar que os pacientes devem receber da rede pública remédios - muitos desses indicados pelos próprios autores. Ou seja: tem-se reconhecido que o paciente pode não necessariamente postular o tratamento da doença, mas a entrega de um fármaco que, de acordo com um médico particular, é o mais adequado ao caso.

Se, inicialmente, demandas relativas a remédios foram prontamente atendidas – e aqui se deve lembrar que pedidos de entrega de medicamentos começaram a ser feitos para tratamento de pacientes infectados por HIV e que esses pedidos, tão numerosos eram, acabaram por determinar a política de tratamento público da doença –, aos poucos os pedidos passaram a abranger muitas outras doenças.

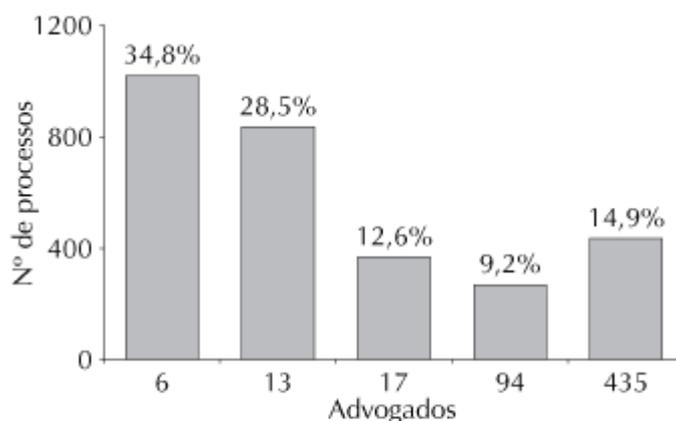
A resposta dos Tribunais seguia a linha iniciada com o julgamento dos pedidos de fornecimento de remédios para pacientes com AIDS: a entrega dos medicamentos era garantida. Aos poucos, porém, as decisões tornaram-se mais restritivas.

Há duas explicações para essa conduta: a União e os estados passaram a desenvolver programas específicos de atendimento a pacientes, programas que contemplam a entrega de remédios. Com isso, sustentar a omissão na garantia da saúde tornou-se mais difícil e dependente de alguma prova. Além disso, e esse é o segundo motivo, percebeu-se que as demandas por remédios, muitas vezes, eram patrocinadas por laboratórios, que criavam algo como “centros de atendimento” para pacientes de determinadas moléstias. Nesses centros, advogados, pagos pelos laboratórios, vinham a juízo postular a entrega de determinado e específico medicamento.

Em artigo publicado na Revista de Saúde Pública, Chieffi e Barata (2010), a partir do cruzamento de dados dos pedidos feitos, apontam que foi arquitetada uma verdadeira “indústria de pedidos” de remédio, sistema que servia muito mais aos interesses outros (advogados, laboratórios) do que propriamente interesses de pacientes:

Uma maneira de investigar a possível criação de uma "indústria" das ações judiciais é analisar a distribuição dos processos, visando identificar a dispersão ou concentração dos agentes ajuizadores das ações. No período estudado foram cadastrados 3.007 processos judiciais, relativos a 2.712 pacientes. Desse total, em 80 (3%) não constava o registro do nome do advogado no SCJ, resultando em 2.927 processos analisados. As 2.927 ações foram ajuizadas por 565 agentes, dos quais nove eram promotores, sete procuradores do Estado e os demais advogados particulares (549 correspondendo a 97% do total de agentes). Os medicamentos solicitados nas demandas judiciais analisadas foram prescritos por 878 médicos diferentes. Dos 565 advogados, seis (1%) entraram com um mínimo de 105 e máximo de 292 ações cada um, o que corresponde a 35% das ações, enquanto 435 advogados (77%) entraram com uma única ação, correspondendo a 15% das ações. (CHIEFFI; BARATA, 2010, p. 424)

A afirmação é ilustrada pela Figura 1:



Fonte: Sistema de Controle Jurídico do Governo do Estado de São Paulo, 2008.

Figura 1. Distribuição dos processos judiciais por número de advogados. São Paulo, SP, 2006.

Figura 1 – Distribuição dos processos judiciais por número de advogados (São Paulo)
 Fonte: CHIEFFI; BARATA, 2010, p. 424).

Por meio da análise da distribuição percentual das ações, encontrou-se que, dos seis agentes que impetraram mais ações contra o Estado, quatro são procuradores do Estado. A Defensoria do Estado foi criada em 2006 com a finalidade de prestar assistência judicial às pessoas carentes do Estado de São Paulo. Anteriormente a Procuradoria do Estado possuía uma equipe de advogados para atender esses cidadãos que necessitavam do Poder Judiciário. No período de coleta de dados deste trabalho, ainda eram os procuradores do Estado que impetravam as ações contra o Estado em nome da população sem recursos. Assim, na observação dos agentes que ajuizaram mais de dez ações contra o Estado, esses procuradores não foram incluídos, restando um total de 32 advogados. Ao analisar as demandas judiciais dos advogados que ajuizaram mais de dez ações judiciais contra o Estado, encontraram-se 1.463 processos. Estes foram apresentados por 32 advogados e continham 578 itens de medicamentos prescritos por 816 médicos diferentes. Dos 816 médicos cujas prescrições geraram as ações, foram encontrados 77 que possuíam mais de dez receitas; desses, 14 apareciam em mais de 20 processos e cinco em mais de 30 (...). Em relação aos medicamentos solicitados, 21 apresentaram mais de 30 solicitações; desses, sete tinham mais de 80 solicitações e cinco (24%) eram fornecidos regularmente pelo SUS. Entre os medicamentos com mais de 80 solicitações encontrou-se a insulina NPH com 86 solicitações, as insulinas especiais (insulina glargina e insulina lispro) com 337, o infliximabe (Remicade®) com 121, o etanercepte (Enbrel®) com 133 e o adalimumabe (Humira®) com 249. Convém lembrar que cada processo judicial pode conter a solicitação de mais de um medicamento. (CHIEFFI; BARATA, 2010, p. 424).

(Tabela 1).

Tabela 6 – Medicamentos que geraram mais de 30 solicitações nos processos judiciais ajuizados por advogados com mais de 10 ações cada um

Tabela 1. Medicamentos que geraram mais de 30 solicitações nos processos judiciais ajuizados por advogados com mais de 10 ações cada um. São Paulo, SP, 2006.

Medicamento solicitado	Nº de processos judiciais
Rituximabe 100 mg	33
Bevacizumabe 400 mg	34
Acido acetilsalisílico 100 mg ^a	35
Imatinibe 100 mg	35
Peginterferona alfa 2a-180 mcg ^a	36
Rituximabe 500 mg	37
Teriparitida 750 mcg	38
Insulina humana regular 100 UI/ml – 10 ml	38
Ribavirina 250 mg ^a	45
Insulina aspart 100 UI/ml (refil)	46
Aripiprazol 15 mg	55
Insulina glargina 100 UI/ml – 10 ml	59
Erlotinibe 150 mg	59
Palivizumabe 100 mg	70
Insulina humana NPH 100 UI/ml - 10 ml ^a	86
Insulina lispro 100 UI/ml (refil)	98
Insulina glargina 100 UI/ml (refil)	109
Infliximabe 100 mg ^a	121
Insulina lispro 100 UI/ml – 10 ml	130
Etanercepte 25 mg	133
Adalimumabe 40 mg	249

Fonte: Sistema de Controle Jurídico do Governo do Estado de São Paulo, 2008.

^a Medicamentos regularmente fornecidos pelo SUS em programas de assistência farmacêutica em 2006.

Fonte: CHIEFFI; BARATA, 2010, p. 425.

Os dados mostram que a distribuição dos processos é bastante concentrada em relação ao tipo de medicamento solicitado, aos médicos prescritores e aos advogados responsáveis por ajuizar as ações. A maioria dos processos destina-se a garantir o acesso a medicamentos caros, sofisticados, de introdução recente na prática médica e, portanto, com pouco acúmulo de experiência no uso. Um número reduzido de advogados está associado a um grande número de processos, sugerindo assim relativa especialização nesse tipo de ação. Apenas 36 advogados foram responsáveis pela apresentação de 76% dos processos (Figura 1). O mesmo ocorre com os médicos, embora em menor proporção, seja pelo reduzido número de especialistas

dedicados ao tratamento desse grupo de patologias, seja pelo pequeno número de profissionais familiarizados com os procedimentos relacionados às demandas judiciais (...). Ao analisar o número de ações ajuizadas por advogado, observa-se que 35% delas foram apresentadas por 1% dos advogados, mostrando concentração das ações em determinados advogados (...). Os dados das ações com os medicamentos indicam que poucos advogados são responsáveis pela maioria das demandas judiciais desses medicamentos (...). Dos 31 advogados analisados, 21 concentraram as ações apresentadas (60% ou mais) em praticamente um único medicamento, sete distribuíram suas ações por dois medicamentos e apenas quatro apresentaram ações para três ou mais medicamentos diferentes. Chama a atenção a acentuada especialização ligando advogado e produto. Santos & Gonçalves, numa análise descritiva de mandados judiciais ajuizados contra o Governo Federal, no período de abril de 2005 a março de 2006, concluíram que "o fluxo dos autores envolvidos produz indícios de que existe um esquema montado para acionamento do Estado, envolvendo associações de pacientes, advogados e possivelmente a indústria farmacêutica". Esses autores observaram em seu estudo que todos os mandados de segurança analisados (28) foram conduzidos por advogados particulares e 21 desses casos eram de um único advogado. Portanto, em diversas análises, observa-se grande concentração entre advogados e medicamentos (...). Os custos com marketing e administração em 2001 chegaram, em média, a 35% das receitas da indústria farmacêutica nos EUA. A indústria alega que o marketing contempla propaganda ao consumidor, visitas de vendas a médicos, amostras grátis e anúncios em publicações médicas. Porém, além do citado pela indústria, há também o marketing disfarçado em informação educativa. Em 2001, nos EUA, a indústria farmacêutica financiou mais de 60% da educação médica continuada, patrocinando congressos e conferências. Tal processo educativo fez com que os laboratórios influenciassem as prescrições médicas, aumentando suas vendas e estimulando um estilo de prática médica que faz uso intenso de medicamentos. Muitas vezes os trabalhos apresentados nesses congressos descrevem o sucesso do uso de medicamentos fora da indicação aprovada pela FDA, com o intuito de ampliar seu leque de utilização pelos médicos. Além do mais, os custos com informações saem do orçamento de marketing dos laboratórios, compondo, assim, o valor final dos medicamentos. Especialistas têm honorários pagos pela indústria farmacêutica para fazerem apresentações de seus produtos, a qual monitora a quantidade de prescrições do produto em questão, antes e após a apresentação para mensurar o retorno de seu investimento. Estudo conduzido nos EUA e publicado em 2008 relata também a existência de conflitos de interesses entre autores de protocolos clínicos e a indústria farmacêutica. Dos 50 protocolos analisados, 83% dos pesquisadores possuíam conflitos de interesses com a indústria, como pesquisas pagas pela indústria ou rendimentos. (CHIEFFI; BARATA, 2010, p. 426).

Já se mencionou antes, que os Tribunais, a princípio condescendentes com os pedidos de fornecimento de remédios, adotaram uma posição mais restritiva com o passar do tempo⁵³.

⁵³ Nesse sentido, citem-se dois recentes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. No primeiro deles, a entrega de medicamentos foi condicionada à prévia comprovação da necessidade do remédio. No segundo, o Tribunal restringiu a possibilidade de o interessado indicar o remédio que, no seu entender, melhor se adequaria a seu caso (Anexos 2 e 3).

~~PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE DE PERÍCIA ACERCA DA IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.~~

~~1. O recorrente sustenta que a Corte de origem violou os artigos 130 e 420, parágrafo único, ambos do CPC ao não conceder impor ao recorrido, em sede de antecipação da tutela, a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados na inicial.~~

~~2. Contudo, foi com base nas especificidades do caso concreto que o Tribunal a quo asseverou que, antes de impor ao Estado a obrigação de fornecer os fármacos pedidos pelo recorrente, é necessária a realização de um laudo pericial indicando a necessidade do medicamento indicado por médico particular.~~

Essa afirmação pode parecer contraditória não só com relação à posição judicial já consolidada quanto à construção de políticas públicas (posição que resultou no fornecimento de remédios para portadores do vírus HIV), como, principalmente, com relação à configuração do conteúdo do direito à saúde.

A contradição é apenas aparente, no entanto. Em ambos os casos, a decisão judicial se pauta pelo critério de adequação da prestação jurisdicional à realidade que se apresenta: foi mais ampla quando houve reclamo de ausência de política pública, foi mais restritiva quando se observou o mau uso das demandas judiciais.

~~3. Dessa forma, nota-se que para se acolher a pretensão do recurso especial, com a consequente alteração do acórdão recorrido, seria necessário reexaminar o conjunto fático probatório dos autos, o que não é possível em sede de apelo excepcional, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ.~~

~~4. O recurso especial fundado na divergência jurisprudencial exige a observância do contido nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, sob pena de não conhecimento do recurso.~~

~~5. Agravo regimental não provido.~~

~~STJ AgRg no AREsp 39368 / RS
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
2011/0116063-5 rel. Ministro Mauro Campbell Marques Segunda Turma j. 08/11/2011 p. DJe
17/11/2011.~~

~~ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO (ARIPRAZOL ANTI-PSICÓTICO; NOME COMERCIAL: ABILIFY). NÃO COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ CONSTITUÍDA A RESPEITO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO MEDICAMENTO.~~

~~1. Recurso ordinário em mandado de segurança no qual se discute o fornecimento de medicamento de alto custo ao impetrante, embora não haja comprovação de que outros medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS não lhe sirvam.~~

~~2. Embora o laudo emitido por médico particular possa ser qualificado como elemento de prova (v.g.: AgRg no Ag 1107526/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/11/2010; AgRg no Ag 1194807/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01/07/2010), no caso do presente mandado de segurança, não houve a comprovação, por meio de prova pré constituída, de que outros medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS não serviriam ao impetrante. Dessa forma, não há como reconhecer o alegado direito líquido e certo, porquanto o laudo médico juntado aos autos não é suficiente para sua configuração. Precedentes: RMS 26.600/SE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/02/2011; RMS 31.775/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/08/2010; RMS 28.962/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 03/09/2009; RMS 28.338/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/06/2009).~~

~~3. Recurso ordinário não provido.~~

~~STJ RMS 33463 / MG
RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
2010/0219363-3 Rel. Ministro Benedito Gonçalves Primeira Turma j. 20/10/2011 p. DJe 26/10/2011.~~

É possível afirmar que, ao restringir o alcance da prestação, os tribunais respondiam ao emprego de demandas com o propósito de tornar o Estado comprador de determinados remédios, antes de ser um garantidor do direito à saúde.

A percepção desse fato não é imediata, mesmo porque em muitos casos as demandas pela entrega de remédios ainda são necessárias. Isso significa que não é desejável que as decisões judiciais quanto a medicamentos sejam cristalizadas tanto em um sentido quanto no outro. A decisão judicial tem de se adequar à realidade específica que se apresenta, o que demanda investigação de cada caso trazido a juízo.

O que se quer dizer com isso é que a satisfação do critério de justiça da decisão não se faz ao mesmo tempo em que se atende ao critério de rapidez da sentença. Ao contrário, a justiça da decisão se obtém, por vezes, com sacrifício do critério de eficiência.

No caso dos medicamentos, em que se discute o direito constitucional à saúde, é ainda mais evidente o quanto a demora do processo, mesmo que embasada na necessidade de justiça, importa em abrandar o critério de eficiência.

A tensão entre os dois critérios de avaliação da prestação jurisdicional – justiça e eficiência – fica ainda mais manifesta no caso de demandas individuais. Assim ocorre porque demandas repetitivas tendem a receber respostas padronizadas, o que maximiza o princípio da eficiência e reduz a investigação da adequação da sentença ao caso. Acrescente-se, também, que quando se pulverizam os pedidos semelhantes em várias ações individuais mascara-se o interesse comum, do fabricante de remédios, por exemplo, presente em todas as demandas.

A multiplicidade de ações individuais enfatiza a aplicação do princípio da eficiência, como se esse princípio, no caso de situações prementes, equivalesse à justiça.

A transmutação da justiça por eficiência reduz o papel do Judiciário na avaliação dos efeitos sociais das decisões dos processos.

Como explica Ana Paula de Barcellos (2008):

Como é corrente, novas prestações de saúde estão em constante desenvolvimento (felizmente) a custos cada vez maiores: parece inviável conceber um sistema público de saúde que seja capaz de oferecer e custear, para todos os indivíduos, todas as prestações de saúde disponíveis. Com efeito, é difícil imaginar que a sociedade brasileira seja capaz de pagar (ou deseje fazê-lo) por toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado para todos os seus membros. Ou seja: por vezes a rede pública de saúde não oferecerá à população determinadas prestações já disponíveis na tecnologia diagnóstica e/ou terapêutica. A definição de quais prestações de saúde são constitucionalmente exigíveis envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir *judicialmente* do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde (...). É certamente penoso para um magistrado negar, e. g., o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de que tais prestações não estarem compreendidas no mínimo essencial que decorre da Constituição nem constarem de nenhuma outra norma jurídica ou de uma opção política adicional veiculada pelo Legislativo ou pelo Executivo. Nesse contexto, as impressões psicológicas e sociais do magistrado, a quem cabe afinal aplicar a Constituição, não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde, é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica. Um levantar de olhos e um olhar ao lado, todavia, embora não sejam capazes de diminuir o drama humano envolvido nessas situações, revelam outros dramas e proporcionam um enfoque mais global do problema. Se é terrível negar uma determinada prestação de saúde a um indivíduo, que dizer das milhares de mães que morrem no momento do parto porque os hospitais públicos dos três níveis federativos não as assistem? Ou o que dizer das crianças que morrem antes do primeiro aniversário por falta de acompanhamento pediátrico básico? Ou daquelas que morrem em decorrência de doenças relacionadas com a falta de saneamento, ou as vítimas da malária, hipertensão, diabetes, doença de chagas etc.? A rigor, a única diferença que distingue o autor de uma demanda judicial dessas milhares de pessoas é que estas não têm capacidade de mobilização, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia; afora isso, as duas situações são igualmente dramáticas e envolvem decisões, no primeiro caso, do magistrado e, no segundo, do Legislativo e da Administração, acerca das prioridades na área da saúde. A falta de exposição pública das deficiências da saúde básica acaba por produzir um resultado perverso, que é fazer com que ninguém pareça se sentir pessoalmente responsável pela escolha igualmente trágica de investir os recursos em outras prioridades, deixando as pessoas desamparadas. (BARCELLOS, 2008, p. 135-137).

7.3. Controle Direto de Constitucionalidade

Afirmou-se, de início, que a Constituição atribuíra como meta do Estado reduzir as disparidades sociais e erradicar a pobreza, consoante a redação do art. 3º. Mas essa afirmação não corresponde, por inteiro, à verdade.

O artigo 3º é ainda mais extenso: são objetivos fundamentais do Estado (o que significa que a razão de ser da ordem jurídica é a consecução desses propósitos, por isso, esses são objetivos que dão fundamento ao Estado) construir uma sociedade livre, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, promover o bem de todos, eliminando todas as formas de discriminação.

O Judiciário, como parte desse Estado, também tem a mesma incumbência de agir de forma a concretizar esses objetivos.

E, como ao Estado atribuiu a Constituição os objetivos de reduzir as disparidades sociais e erradicar pobreza, o Judiciário passa também a ser responsável pela consecução desses propósitos.

Essa afirmação é o ponto de partida para que se apresentem dois aspectos da busca pela justiça.

O primeiro ponto é que a constitucionalização de direitos abre caminho para que qualquer cidadão formule perante qualquer juízo pedido de proteção a direitos. Essa possibilidade é derivada do controle difuso da constitucionalidade: todo Juízo pode avaliar a aplicação das normas constitucionais.

O segundo ponto é o papel que o Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe o controle concentrado, passa a desempenhar no desenho das funções do Estado.

Pelo delineamento da Constituição, todas as questões, inclusive as de cunho político, podem ser submetidas ao Judiciário.

O fenômeno da judicialização da política não é o objetivo principal deste trabalho, mas sobre ele se pode dizer que, em razão da forma como se estrutura a Constituição, o Supremo Tribunal Federal surge como um importante agente de políticas públicas, especialmente as que concernem a direitos individuais.

O fortalecimento do papel do Judiciário, paulatinamente ao descrédito com relação à representação política tradicional, faz da demanda judicial a via mais acessível para a discussão de questões sociais.

Afora isso, a própria forma como as ações são decididas – e cabe lembrar que é característico das decisões judiciais o dever de fundamentação com base em argumentos logicamente encadeados – é um elemento que agrega legitimidade às decisões, distanciando-as do que seria o lado emocional da política.

Nesse ponto, o papel do Supremo Tribunal Federal como agente de políticas públicas, em parte, se explica e se reforça pelo fato de que os ministros não se encontram atrelados aos mesmos interesses eleitorais dos membros do Legislativo. Assim, o reconhecimento de direitos de minorias – como os povos indígenas, os homossexuais – está mais próximo de anseios sociais e mais livre de pressões de determinados grupos de interesses, grupos que vinculam os representantes eleitos pelo voto.

O que se quer dizer é que a definição de políticas públicas por parte do Supremo Tribunal Federal não é sempre um fator de tensão com o Legislativo. Muitas vezes, a situação é exatamente a oposta.

Tomem-se os casos da demarcação de terras indígenas⁵⁴ e o reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável entre pessoas do mesmo sexo⁵⁵.

Especificamente nessas duas situações, a polarização de interesses, que é reflexa da polarização de interesses morais e econômicos na sociedade, carrega para os representantes eleitos um alto desgaste com a discussão. E, se a questão fosse levada ao Legislativo, inviabilizaria uma decisão rápida e traria impacto negativo sobre toda a pauta do Congresso.

Por outro lado, quando o Supremo Tribunal Federal vem a ser chamado para decidir questões políticas, passa a enfrentar um dilema da democracia, que é precisamente o de afastar a

⁵⁴ A íntegra do processo encontra-se em BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1999.

⁵⁵ Consulte-se na íntegra em www.stf.jus.br ADI 4277 (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>).

aplicação de leis elaboradas por representantes do povo. É um dilema, uma das dificuldades da democracia, porque, mesmo não tendo sido eleito, o Supremo Tribunal está na posição de excluir do sistema – e a exclusão é o efeito da ação direta de inconstitucionalidade – leis que foram elaboradas e votadas pelo Legislativo.

A possibilidade de excluir normas regulares, resultantes da democracia majoritária, deflui da aplicação da Constituição. Da Carta Constitucional, o Supremo Tribunal Federal extrai os princípios da vontade geral, do bem comum e da proteção ao interesse fundamental da sociedade, todos emanados do poder constituinte originário.

Portanto, quando o Supremo Tribunal Federal exclui uma lei por reconhecê-la inconstitucional, ele o faz com apoio na vontade popular que deu origem à Constituição e que, com a lei, não foi respeitada. É como se Supremo reavivasse a voz popular que fundou a Constituição.

De toda forma, dizer-se que o Supremo Tribunal Federal é o porta voz do poder fundamental que constitui o Estado não é uma afirmação indene de críticas. E, cada vez que são julgados esses “casos difíceis”, a discussão a respeito da legitimidade do Supremo se reaviva.

É interessante observar que uma forma de diluir as críticas é precisamente (e paradoxalmente) o de estender no tempo o julgamento.

Observe-se a questão do aborto de anencéfalos (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005): em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde arguiu o descumprimento de direito fundamental, alegando que a criminalização do aborto em caso de anencefalia era ofensiva à dignidade da gestante. O julgamento ocorreu apenas em abril de 2012, reconhecendo-se o direito à interrupção da gravidez.

Embora possa parecer excessivo o tempo de julgamento, não se pode dizer que o processo tenha ficado paralisado. Ao revés: durante a tramitação – e foram cerca de oito anos – o Supremo trouxe para si a discussão do aborto, que ainda é um ponto que, na sociedade, não tem uma delimitação precisa.

O tempo de julgamento serve para que o Supremo possa perceber o que seja a “vontade popular” e, simultaneamente, para que a sociedade possa aceitar a decisão – qualquer que seja ela – mas que, tende a ser mais liberal do que as normas em vigor.

O tempo de julgamento não é demora de prestação jurisdicional, é necessidade de formar a aceitação da resposta.

O paradoxo dessa afirmação está no fato de que a demora é necessária para o Judiciário atinja o princípio de justiça.

7.4 O Judiciário e a Determinação de Eficiência

A Emenda 45/04 reformulou muitas normas constitucionais, mas a grande mudança foi a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Adotada a interpretação sistemática da Constituição, deve-se entender que o Conselho Nacional de Justiça tem por meta adequar o Judiciário à reforma da Administração e reduzir a morosidade das decisões.

Fixou a Constituição que ao Conselho Nacional de Justiça incumbiria o controle administrativo e financeiro dos tribunais, mas também a verificação de infração a dever funcional:

Art. 103-B. [...]

§ 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.

Deveres funcionais, por sua vez, estão definidos na Lei Orgânica da Magistratura. Dentre esses deveres está o de observância de prazos na apreciação das demandas.

Isso significa que, na prática, o CNJ tem autorização constitucional para averiguar a demora nas decisões judiciais.

A partir dessa atribuição constitucional, o Conselho divulga anualmente os dados do Poder Judiciário – “Justiça em Números”.

O “Justiça em Números” é um sistema que visa à ampliação do processo de conhecimento do Poder Judiciário por meio da coleta e da sistematização de dados estatísticos e do cálculo de indicadores capazes de retratarem o desempenho dos tribunais. Os dados englobam as seguintes categorias gerais:

- Insumos, dotações e graus de utilização: levantam-se dados sobre despesas, pessoal, recolhimentos/receitas, informática e área física.
- Litigiosidade e carga de trabalho: calcula-se o quantitativo de casos novos, a carga de trabalho do magistrado, a taxa de congestionamento da Justiça, a taxa de recorribilidade externa e interna e a taxa de reforma da decisão.
- Acesso à justiça: averigua-se a despesa com assistência judiciária gratuita e o quantitativo de pessoal atendido.
- Perfil das demandas: busca-se levantar a participação governamental nas demandas judiciais.

As informações são fornecidas originariamente pelos Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho. Os dados apresentados são de responsabilidade exclusiva dos Tribunais que participaram da pesquisa. A fim de evitar equívocos, os dados apresentados pelos Tribunais são submetidos à validação pelos órgãos respondentes. Seguindo os critérios estabelecidos na Resolução nº 76 de 2009, os dados são informados pelos tribunais semestralmente.

O relatório “Justiça em Números” é publicado anualmente, além de ser enviado ao Congresso Nacional como parte do Relatório Anual do Conselho Nacional de Justiça. (CNJ, 2004).

Dessa avaliação resultou a estipulação das metas do Judiciário. Em 2009, foram dez metas, das quais a segunda, relativa à finalização de todos os processos distribuídos até 2005, suscitou discussões mais acirradas a respeito da reforma.⁵⁶

As metas, de modo geral, dão relevo à transparência na divulgação de dados, tanto relativos aos processos (que é a função jurisdicional propriamente dita), quanto aos que se referem aos gastos (questão administrativa).

A fixação de prazo para encerramento de processos tem por característica o transbordamento da função de transparência. Nesse aspecto, o Conselho Nacional de Justiça superou a divulgação de dados e impôs um critério de eficiência ao Judiciário.

Poderia tê-lo feito – não se discute aqui a regularidade da imposição frente à Constituição –, porque o delineamento constitucional da atuação do órgão compreende a avaliação da administração e do cumprimento de prazos.

O que suscita discussão não é a indicação de prazos, mas a inferência de que o cumprimento de prazos passa a ser o critério, por excelência, de avaliação da eficiência da atividade jurisdicional.

7.5 Os Resultados da Reforma

⁵⁶ As metas de 2009 foram:

1. Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com aprovação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial.
2. Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores).
3. Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet).
4. Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos.
5. Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias.
6. Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas.
7. Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça.
8. Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud).
9. Implantar núcleo de controle interno.
10. Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias.

A reforma do Judiciário foi justificada com base em três feixes de argumentos: a morosidade, a necessidade de democratização de acesso e a economicidade das decisões.

Para os problemas que se apresentaram, da forma como se apresentaram, a Emenda 45 não deu solução.

Observe-se que não há redução do acúmulo e nem aumento de juízes depois da emenda. Também não há impacto sobre a entrada de novas demandas.

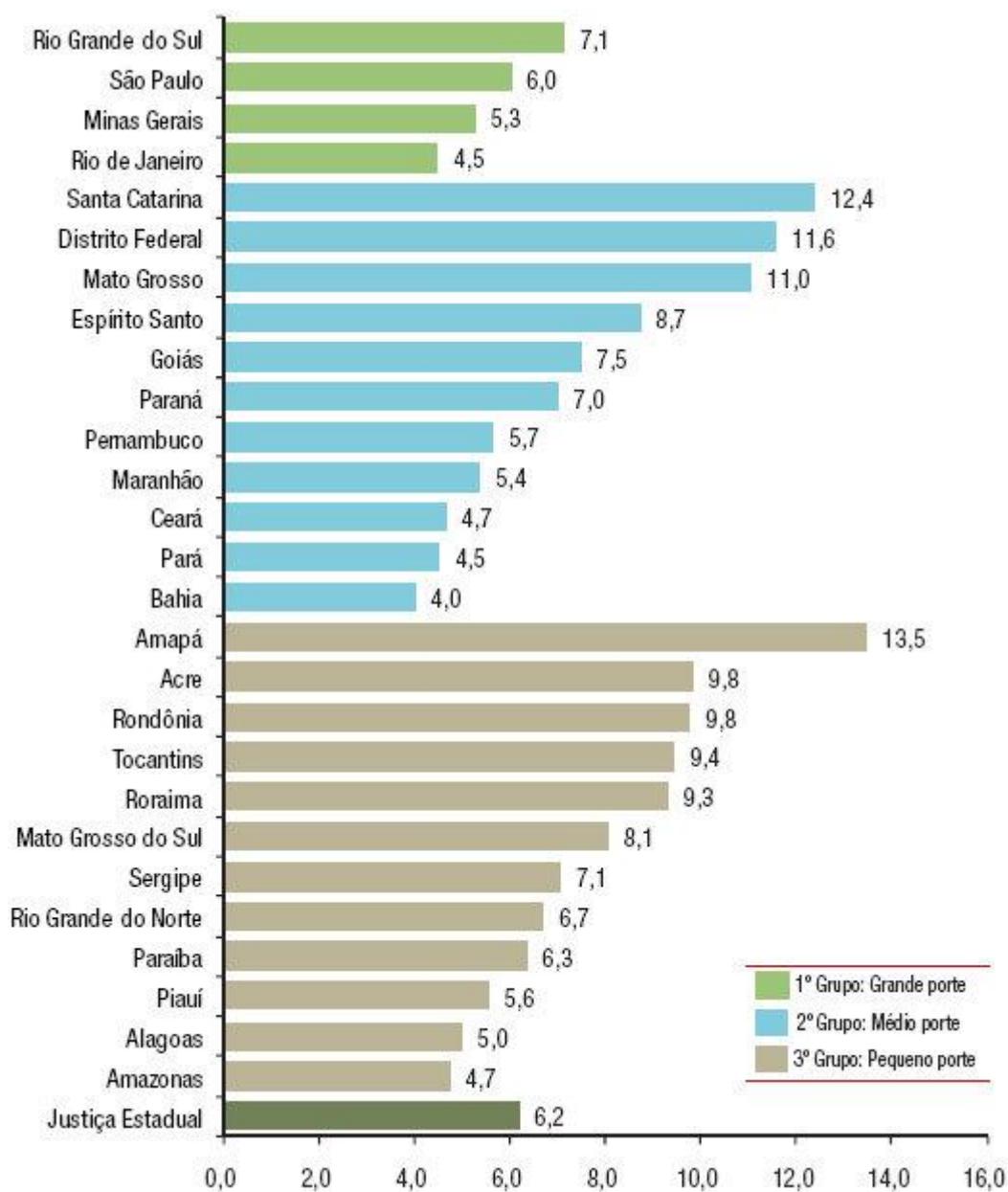


Gráfico 2 – Magistrados por cem mil habitantes
 Fonte: CNJ, 2011, p. 35.

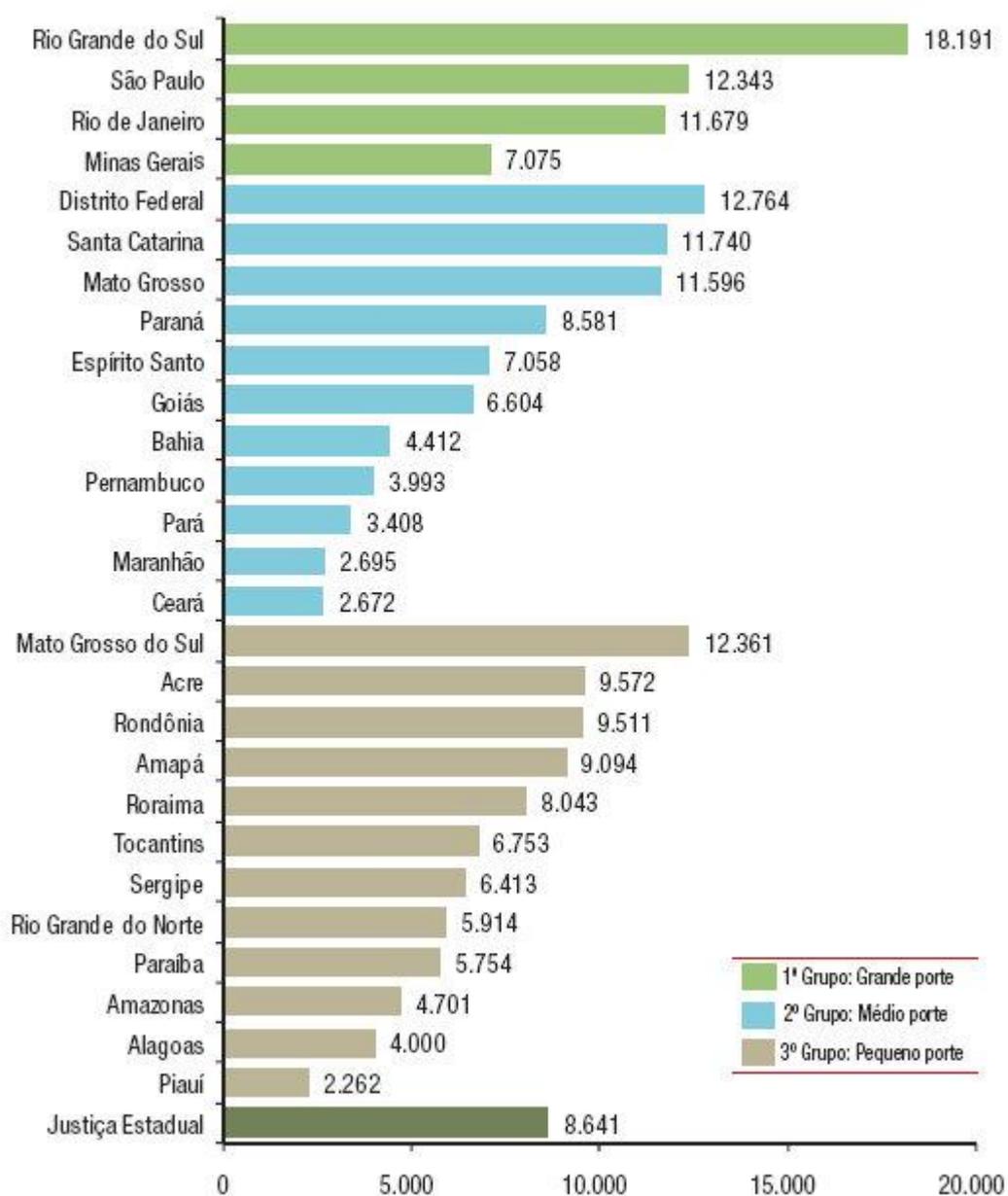


Gráfico 3 – Casos novos por cem mil habitantes
 Fonte: CNJ, 2011, p. 39.

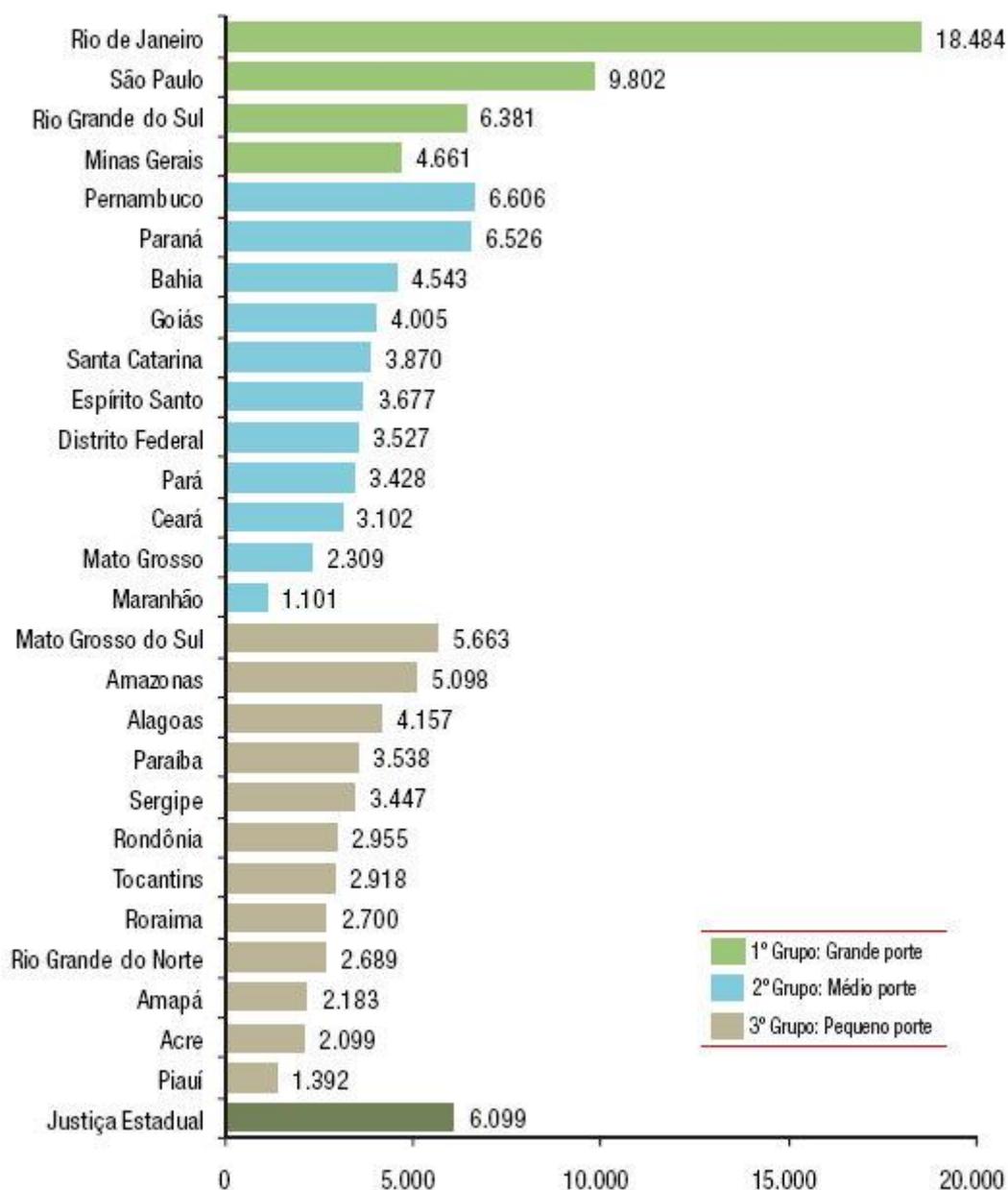


Gráfico 4 – Carga de trabalho no 1º Grau e nos Juizados Especiais
 Fonte: CNJ, 2011, p. 68.

A grande mudança da Emenda 45 foi a implantação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Mesmo que os problemas iniciais não tenham sido solucionados, não se pode deixar de reconhecer que a criação do Conselho Nacional de Justiça tornou possível uma radiografia do Poder Judiciário. A transparência de informações foi a maior contribuição da Emenda 45.

Essa radiografia dá a conhecer dados antes não divulgados, como gastos, atrasos nos julgamentos, número de funcionários, forma de apurar e punir juízes.

Do ponto de vista da estrutura da Constituição, o Conselho Nacional de Justiça é órgão interno ao Poder Judiciário. Do ponto de vista de atuação, o CNJ aproxima-se de uma forma de controle externo.

Considerando especificamente a questão da transparência, a atuação do Conselho Nacional de Justiça abre caminho para que se pense em uma reestrutura do Poder Judiciário, uma reforma em curso, mas cujo delineamento ainda não está completo.

7.6 O CNJ e o Papel do Judiciário

Do ponto de vista prático e relativo à atuação do Judiciário, a criação do Conselho Nacional de Justiça teve dois efeitos.

Um primeiro efeito, que é decorrência direta da própria configuração constitucional do conselho, foi a estipulação de metas de atuação, com avaliação de números de decisões. Esse efeito, que se reforça com a previsão de Súmulas Vinculantes, é o que mais se aproxima de um modelo produzido pelo Banco Mundial – um Judiciário independente, forte, mas também preordenadamente célere, previsível e com baixa tendência à revisão de cláusulas contratuais.

É com relação a este primeiro efeito que se estabelece a tensão entre o papel que já exercia o Judiciário como arena de discussão de direitos (e que é meta constitucional) e o papel do Judiciário como parte da Administração Pública (e assim, imbuído dos mesmos propósitos de eficiência e rapidez).

O ponto de tensão reside na dificuldade, senão impossibilidade, de realizar, ao mesmo tempo, as duas metas, a de justiça e a de eficiência.

Por vezes, em especial nas coletivas, não se alcança o objetivo justiça sem o sacrifício do quesito eficiência, especialmente no que se refere ao tempo de tramitação do processo.

Por outro lado, demandas repetitivas, a respeito das quais há decisões já consolidadas na Jurisprudência, não podem ter um julgamento retardado. Com relação a essas demandas, a decisão judicial se assemelha em muito ao mero andamento de um pedido administrativo.

O andamento de todas as demandas é aferido pelo mesmo critério de planilha, o que faz com que a rapidez da resposta pareça preponderar sobre o critério justiça.

Mesmo que a demora de um determinado processo possa ser informada e venha a ser explicada ao CNJ, é impossível evitar o efeito psicológico (inclusive para o próprio jurisdicionado) da redução da justiça ao tempo.

Esse não é o único resultado deletério da tensão entre eficiência e justiça.

Quando a eficiência se sobrepõe à busca pela justiça, compromete-se a posição do Judiciário como local de exercício da cidadania. Compromete-se, assim, uma construção que se foi erigindo ao longo do tempo, antes mesmo de 88.

O segundo efeito da criação do CNJ está relacionado à proximidade da atuação do Conselho com o que seria um controle externo.

O CNJ tem exercido um importante papel na divulgação de dados relativos ao Poder Judiciário. Não se trata apenas de tornar pública a produtividade dos Tribunais ou de indicar a quantidade de processos por julgar ou, ainda, o de estipular regras para impedir que as demandas se eternizem sem julgamento, mas de redefinir um novo papel do juiz na democracia brasileira.

A publicidade dos dados tem grande importância para tornar possível o acompanhamento da atividade do Judiciário.

Do ponto de vista de transparência, o Conselho Nacional de Justiça deu instrumentos para viabilizar a *accountability* também dos Tribunais. Nessa linha de raciocínio não se pode deixar de mencionar que a atuação do Conselho deu voz ao cidadão, que pode reclamar, diretamente ao CNJ, da prestação dos serviços judiciais.

Se, por um lado, a atuação do Conselho faz possível à sociedade acompanhar o funcionamento do Judiciário (os gastos, a forma como é gerenciado o pessoal, a produtividade dos Tribunais), por outro, essa mesma atuação põe a descoberto que o Judiciário é um poder com interesses políticos próprios e com uma fragmentação interna de interesses.

A atuação do Conselho expõe a ruptura entre os interesses dos próprios magistrados, conforme estejam em primeira instância e ou segunda instância.

A intervenção do CNJ é pleiteada, inclusive por associações de classe, para pôr cobro ao que se entende como desmando dos Tribunais, em especial em caso de promoções, remoções e concursos.

Como explica Frederico de Almeida:

Apesar dos discursos contrários ao CNJ — baseados, em geral, em uma preocupação legítima com a independência funcional dos juízes e a independência política do Poder Judiciário perante os demais poderes do Estado — os movimentos associativos da magistratura figuraram, desde o início das atividades do Conselho, como seus maiores demandantes, ao lado das associações representativas de servidores do Judiciário. Do outro lado, figuraram como os maiores demandados no CNJ os próprios tribunais, representados por suas cúpulas administrativas. Ficou claro, portanto, que apesar das críticas ao controle externo, as associações de magistrados rapidamente perceberam o poder do CNJ como um instrumento das mobilizações da 1ª instância em seus conflitos corporativos contra seus superiores administrativos, localizados na 2ª instância. Em geral, os móveis dessas disputas eram critérios e decisões das cúpulas dos tribunais a respeito de promoção na carreira, provimento de cargos e concursos públicos. (ALMEIDA, 2011).

A falta de uniformidade de interesses internos é indicativa de que o Judiciário é um poder que passa por reestruturação.

O que se espera do juiz de hoje, especialmente no que se refere a cumprimento de metas, não é o que se exigiu do juiz do passado, mas as duas gerações ainda convivem. Essa convivência gera impacto na forma como se entende deve ser administrada a justiça. Para além disso, há um reflexo direto na forma como cada geração se define como servidor público.

O que está por se construir é uma nova mentalidade do servidor do Judiciário.

A mesma atuação do CNJ com o que se denominou de viés externo, dá ensejo a embate com outros órgãos.

A esse respeito deve-se lembrar que entre dezembro de 2011 e o início de 2012 a definição dos limites das funções do Conselho Nacional de Justiça veio a público sob a forma de ácidas trocas de acusações entre o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, e a Corregedora Nacional, Ministra Eliana Calmon.

A questão da possibilidade de investigação de juízes entrou em pauta depois que a atuação do Conselho Nacional de Justiça foi questionada no Supremo Tribunal Federal. O ponto de divergência é o momento em que o Conselho Nacional de Justiça pode atuar em processos disciplinares, se concomitantemente ou apenas de forma suplementar ao Tribunal de origem.

Embora não ponha em dúvida que compete ao CNJ o poder disciplinar, a Associação dos Magistrados Brasileiros defende que a atuação do Conselho é subsidiária ao do Tribunal de origem do magistrado processado. O que motivou essa demanda por parte da AMB foi a investigação iniciada em 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça passou a inspecionar, com auxílio do Ministério da Fazenda, a movimentação de juízes e servidores.

A partir desses dados, o CNJ decidiu ir além e investigar cada situação suspeita. Essas investigações dizem respeito a 22 tribunais.

Reduzir a polêmica à polarização entre o CNJ, que é apresentado como defensor da moralidade, contrário a benefícios espúrios, e o STF, que é caracterizado com defensor de teses corporativas, é insatisfatório e não faz jus aos muitos valores que estão envolvidos na discussão.

O jogo político entre o CNJ e o STF não tem ganhadores e cria o risco de se fomentar, na magistratura, uma resistência ao impulso modernizador do Conselho Nacional de Justiça.

Conforme Frederico de Almeida:

Quando Eliana Calmon, ministra do STJ (Superior Tribunal de Justiça) e Corregedora-Geral do CNJ, conhecida por não ter papas na língua, fala em "bandidos de toga", não está falando nenhuma mentira — afinal, há bandidos de

toga, como há os de beca, de jaleco, os de farda e os de colarinho branco. Ao usar a palavra "infiltração", ela se refere a um fenômeno inevitável a qualquer grande organização, que é o da existência de pessoas cuja conduta vai no sentido contrário dos valores do grupo e das regras básicas de lisura, ética e interesse público. Solução para isso é o controle correcional, função das corregedorias dos tribunais, mas também do CNJ. Porém, uma declaração forte como a que fez a ministra, num momento de aberto conflito político em torno do CNJ, apenas faz com que magistrados de 1ª e de 2ª instância, das Justiças estaduais e federal, comum e especializada, cerrem fileiras em defesa da magistratura e se posicionem claramente contra o controle externo. Nesse movimento de reação, a divergência de interesses entre os diversos segmentos da magistratura desaparece na superfície, mas faz com que, infelizmente, bem-intencionados e dedicados juízes se coloquem ao lado de desembargadores que arcaicamente resistem à modernização e à democratização dos tribunais, bem como daqueles magistrados, que se valem do cargo para praticarem ilegalidades.

Por outro lado, ao se atacar a confiabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, abala-se a legitimidade das decisões do Tribunal.

E, dessas decisões, muitas foram determinantes para a condução da política de direitos no Brasil.

Dentre essas decisões contam-se as da demarcação das terras indígenas (Raposa Serra do Sol), o reconhecimento, para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, dos mesmos efeitos jurídicos das uniões estáveis entre casais heterossexuais.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em muitos desses casos, foi crucial para a definição do âmbito da proteção de direitos. Questões polêmicas, como a da união entre pessoas do mesmo sexo, se deixadas a cargo do Legislativo, teriam sua resolução retardada pela dificuldade de composição de interesses dos deputados e senadores.

Ao garantir direitos, especialmente contra restrições legais, o Supremo Tribunal Federal age dentro de um dilema da democracia – como o Poder Judiciário, em nome da Constituição, reconhece a inconstitucionalidade de normas elaboradas pelos representantes do povo.

A atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal tem por fundamento a garantia de valores superiores aos das leis – a garantia da manutenção de uma determinada ordem política da Constituição.

Quando CNJ e STF se expõem em discussões quase que personalistas, põe-se em risco a aceitação do controle direto de constitucionalidade.

A polarização reducionista entre modernidade do CNJ e o entendimento de defesa de direitos como manutenção de privilégios, por parte do STF, uma reprodução, em escala aumentada da dicotomia entre eficiência e justiça, tem efeitos negativos para todos. Mas é etapa de reacomodação de forças que emergiram com a Emenda 45/04.

8. CONCLUSÃO

Ao início se afirmou que a análise da Emenda 45/04, da Reforma do Judiciário, seria erigida sobre um tripé, representado pela avaliação da reforma em contexto com a Reforma do Estado, pela investigação dos efeitos do critério de eficiência da decisão judicial e, finalmente, pelo delineamento do jogo de forças entre CNJ e STF.

O primeiro ponto tem sua complexidade aumentada pelo fato de que objeto da reforma do Judiciário não é claro.

O Poder Judiciário se construiu como garante de direitos ao longo do tempo e algumas das disparidades características do início de sua formação ainda produzem eco no presente.

Além disso, o aumento do número das demandas, a demora nas decisões, os entraves processuais contrastam fortemente com a expectativa de imediaticidade do mundo das comunicações digitais.

Para resolver a questão das disparidades, a Reforma do Judiciário haveria de abarcar, ou pelo menos aprofundar um pouco mais, a análise das disparidades sociais no Brasil.

Com relação os problemas do funcionamento do Judiciário, nem as críticas são uniformes. E não se pode perder de vista que o uso da máquina judicial para procrastinar as decisões é do interesse de alguns.

Dada essa situação, fazer derivar a Reforma do Judiciário da Reforma da Emenda 19/98 não é possível.

Nem mesmo a sucessão meramente cronológica é tão simples, porque a Reforma do Judiciário se iniciara em 1992 e não fora à frente.

Assim, para a primeira questão, o que se pode concluir é que a Reforma do Judiciário não é efeito, consequência ou mesmo continuação da Reforma do Estado da Emenda 19/98. O que cria o liame entre as duas reformas é o argumento retórico do sucesso da primeira reforma

para justificar a aceitabilidade da segunda. Isso, combinado com a interpretação sistemática da Constituição, fazem com que as duas reformas sejam encadeadas, como elos da mesma corrente de revisão do Estado.

Quando ao segundo ponto, que diz respeito às conseqüências da Reforma do Judiciário, o que se observa é que a Emenda 45/04, ao criar o Conselho Nacional de Justiça, acaba por estabelecer um novo critério de avaliação da decisão judicial.

A forma como o CNJ atua, primordialmente pelo controle da duração do processo, institui a ideia de eficiência da prestação jurisdicional como um conceito mais atrelado à duração do processo de que à justiça da decisão.

Eficiência e justiça, por vezes, são critérios que se contrapõem e não se conciliam.

A tensão entre os dois critérios é um dilema insuperável para o Judiciário.

O terceiro ponto analisado foi a relação entre Conselho Nacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Já se havia adiantado que a análise do terceiro ponto só seria esboçada. E assim foi.

O fato é que o Conselho Nacional de Justiça terá em 2012 sete anos de funcionamento. Um período de tempo muito curto para se apreender toda a dinâmica das suas relações com o Supremo Tribunal Federal e com a Magistratura.

E mesmo com esse pouco tempo, já se nota que não é uniforme a relação que os Juízes mantêm com o Conselho: embora antes mesmo da promulgação da emenda 45, a Associação dos Magistrados Brasileiros tenha questionado a constitucionalidade do Conselho, à medida em que órgão inicia suas atividades, passa a ser, para os juízes de primeiro grau, um importante aliado contra os desmandos dos Tribunais em concursos, promoções e remoções.

A partir de 2010, quando o CNJ entendeu que pode iniciar investigações de magistrados, mesmo sem prévia apuração por parte do tribunal de origem do investigado, teve início uma

batalha jurídica que pôs em confronto a Corregedora do CNJ, Ministra Eliana Calmon, e o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso.

Essa disputa, que é quase uma reprodução institucional da tensão interna entre eficiência e justiça, não está ainda definida. Alguns efeitos negativos para a credibilidade da atuação do STF e do Conselho podem ser pressentidos.

De toda forma, é inegável que a Emenda Constitucional 45 reformulou o Poder Judiciário. Talvez não o tenha feito para resolver os problemas que justificavam sua promulgação, mas promoveu uma profunda modificação na forma como Poder Judiciário se relaciona com a sociedade. O Poder Judiciário ainda tem uma dívida de accountability com a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. Trajetória Recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública**, v. 41, n. esp., p. 67-86, 2007.

AJD (Associação Juízes para a Democracia). Reforma: pela união entre Judiciário e o cidadão. **Associação Juízes para a Democracia**, v. 7, n. 32, p. 2, 2004. Disponível em: http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/Agosto_2004.pdf. Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

AKASHI, Diogo Telles. **Comentários à reforma do Poder Judiciário: emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006.

ALEXY, Robert. **La Institucionalización de la Justicia**. 2. ed. Granada: Editorial Calamares, 2010.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Frederico de. A quem interessa limitar o CNJ. **Última Instância**, set. 2011. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/53311/a+quem+interessa+limitar+o+cnj.shtml>. Acesso em: 21 de novembro de 2011.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros). **Judiciário brasileiro em perspectiva**. Brasília, DF: ABM, [s.d.]. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/Judiciario_brasileiro_em_perspectiva.pdf. Acesso em: 24 de outubro de 2011.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: EDUC / Editora Sumaré / FAPESP, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 6-7, fev./mai. 2010.

BEETHAM, David. **Bureaucracy**. 2. ed. Milton Keynes: Open University Press, 1996.

BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da accountability democrática. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 4, p. 5-44, out.-dez. 1998.

BENDIX, Reinhard. **Construção nacional e cidadania**: estudos de nossa ordem social em mudança. São Paulo: EDUSP, 1996.

BICUDO, Hélio. O desafio da Reforma do Poder Judiciário. In: KREBS, Fernando Aurvalle (org.). **A Reforma do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26-30.

BIRKLAND, Thomas A. **An Introduction to the Policy Process**: Theories, Concepts, and Models of Public Policy Making. New York: M. E. Sharpe, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA DA REFORMA DO JUDICIÁRIO. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). **Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais**. Brasília, 2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF-QO 54**. Brasília, 2005. Disponível em: [/redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300). Acesso em: 07 de janeiro de 2012.

_____. **Estatísticas do STF**. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessualGrafico>. Acesso em: 15 de outubro de 2011.

_____. **Petição 3.388 Roraima**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>. Acesso em: 07 de janeiro de 2012.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo/Brasília: Editora 34, 1998.

_____. **Democracy and Public Magement Reform**: Building the Republican State. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. **Construindo o Estado Republicano**. Democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2009.

_____. **Why did democracy become the widespread and consolidated political regime only in the twentieth century?** São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2012/440-Why-did-democracy-5.2011.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2012.

BRINKS, Daniel M. **Courting social justice**: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. Cambridge: Cambridge University, 2010.

_____. Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge : Cambridge University, 2011.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1971.

CAMPILONGO, Celso. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. **O processo de agenda setting na reforma da Administração Pública (1995-2002)**. 2004. 234 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Centro de Educação e Ciências Humanas da Universidade Federal de São Carlos, São Carlos (SP), 2004.

CARRADORE, Enir Antonio. CPI do Judiciário. **Factum**: Informativo Jurídico, n. 29, [s.d.]. Disponível em: <http://www.factum.com.br/artigos/029.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial – Teatro de sombras: a política imperial. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: UNESP, 2004.

CHIEFFI, Ana Luíza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Revista de Saúde Pública**, v. 44, n. 3, p. 421-429, 2010.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro : IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

_____. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2003**. Brasília: CNJ, 2004. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numeros_2003.pdf. Acesso em: 05 de outubro de 2011.

_____. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2009**: indicadores do Poder Judiciário: panorama do judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel_sintetico_jn2009.pdf. Acesso em: 05 de outubro de 2011.

_____. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números**: 2010. Brasília: CNJ, 2011.

COELHO, Edmundo Campos. **As profissões imperiais**: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro: 1822 – 1930. Rio de Janeiro: Record, 1999.

COLÉGIO PERMANENTE DE PRESIDENTES DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA. **Carta de Macapá**. Macapá, 22 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.colegiodepresidentes.jus.br/files/carapfev1997.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2012.

COSTA, Carlos; PICHONELLI, Guilherme. Quem ganha com a reforma administrativa do judiciário. **Revista Getúlio**, v. 8, p. 29-33, 2008.

DAKOLIAS, Maria. **The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean**: Elements of Reform. World Bank Technical Paper number 319, junho de 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIAS, João Paulo. **O mundo dos Magistrados**: A evolução da organização e do auto-governo judiciário. Coimbra: Almedina, 2004.

DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos). **A questão salarial dos servidores públicos federais**. Brasília, DF: DIEESE, 2001. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/esp/servidores.pdf>. Acesso em: 09 de outubro de 2011.

EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 28-29, p. 107-156, 1993.

EXAME da OAB tem reprovação de 88. **Folha PE**, Recife, [s.d.]. Caderno Brasil. Disponível em: <http://www.folhape.com.br/index.php/caderno-brasil/607936-exame-da-oab-tem-reprovacao-de-88>. Acesso em: 05 de setembro de 2011.

FALCÃO, Djaci Alves. Reforma do Poder Judiciário: relatório elaborado pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**, v. 71, n. 251, p. 7-15, jul./set. 1975.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do Patronato Político Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista USP**, v. 21, p. 46-57, mar./mai. 1994.

FERREIRA, Ricardo Alexandre. Livres, escravos e a construção de um conceito moderno de criminalidade no Brasil Imperial. **Estudos Avançados**, v. 28, n. 2, p. 339-376, 2009.

FGV (Fundação Getúlio Vargas). **A Reforma do Poder Judiciário no estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

FIGUEIREDO, Fran. **A reforma do Poder Judiciário**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FLYNN, N. **Public sector management in Europe**. New York / London: Harvester Wheatsheaf, 1990.

FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDONO, Rogelio. **Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe**. Stanford, CA : Stanford University Press, 2003.

GALLIAN, Dante Marcello Claramonte. **Simplemente justo: convite à vida e obra de José Geraldo Rodrigues de Alckmin**. São Paulo: CLA, 2005.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: Ensaio sobre o ritual Judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GASPARI, Elio. **A ditadura encurralada**. São Paulo : Companhia das Letras, 2004.

_____. **A ditadura envergonhada**. São Paulo : Companhia das Letras, 2002.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London / Portland, OR: Frank Cass, 2004.

GOVERNO garante manutenção do poder de compra do servidor. **Contato**, v. 52, jan. 2006. Disponível em: http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_contato/bol_contato_06/contato_52.htm Acesso em: 13 de setembro de 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HARADA, Kiyoshi. CPI do Judiciário. **Jus Navigandi**, v. 4, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1964/cpi-do-judiciario>. Acesso em: 27 de julho de 2011.

JENKINS, Kate. A reforma do serviço público no Reino Unido. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

JOHNSON, Ronald N.; LIBECAP, Gary D. **The Federal Civil Service System and the Problem of Bureaucracy: The Economics and Politics of institutional change**. Chicago / London: University of Chicago Press, 1994.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. The road of conflict bound for total justice. In: FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (org.). **Legal culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe**. Stanford: Stanford University Press, 2003.

KAUFMAN, Robert R. A política da reforma do Estado: um exame de abordagens teóricas. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 1, p. 43-69, jan.-mar. 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KREBS, Fernando Aurvalle (org.). **A Reforma do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração no setor público. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

KINGDON, John W. **Agendas, alternatives, and public policies**. 2. ed. New York: HarperCollins, 1995.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

KUTTNER, Robert. **Tudo à venda: as virtudes e os limites do mercado**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LADEUR, Karl-Heinz (ed.). **Public governance in the age of globalization**. Burlington: Ashgate, 2004.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LEE, H. P. (ed.). **Judiciaries in Comparative Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

LEITÃO, Miriam. **Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **O direito administrativo e o poder judiciário**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LONGO, Francisco. **La reforma del servicio en las democracias avanzadas: mérito con flexibilidad**. Washington. D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1980.

MALEN SEÑA, Jorge F. **El error Judicial y la Formación de los Jueces**. Barcelona: Gedisa, 2008.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica Virtual**, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado**. São Paulo: Celso Bastos / Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NABUCO, Joaquim. **Minha Formação**. Belo Horizonte: Itatiaia, 2004.

NICACIO, Antonio. **Reforma do Poder Judiciário**: EC n. 45, de 8.12.2004, DOU 31.12.2004. São Paulo: LTr, 2006.

NOGUEIRA, José Marcelo Maia. **A Gestão do Poder Judiciário**: uma análise do sistema de mensuração de desempenho do Judiciário Brasileiro. 2010. 109 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010.

NUNES, Edson. **A gramática política no Brasil**: clientelismo e insulamento burocrático. 3. ed. Rio de Janeiro / Brasília: Jorge Zahar / ENAP, 2003.

OAB (Ordem dos Advogados do Brasil); TIMM, Aline Machado Costa (org.). **OAB recomenda 2007**: por um ensino de qualidade. 3. ed. Brasília, DF: OAB; Conselho Federal, 2007.

_____. **OAB SP divulga estatística sobre índice de aprovação das faculdades no Exame de Ordem**. São Paulo: OAB, 1999. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/1999/03/02/219>. Acesso em: 20 de setembro de 2011.

_____. **OAB SP divulga ranking do exame de ordem 123**. São Paulo: OAB, 2004. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2004/08/02/2538>. Acesso em: 20 de setembro de 2011.

OFFE, Claus. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo / Brasília: UNESP / ENAP, 1999.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Comentários à reforma do Judiciário (I): Introdução. **Jus Navigandi**, v. 12, n. 1389, abr. 2007. Disponível em: jus.com.br/revista/texto/9766. Acesso em: 26 de julho de 2011.

PASSALACQUA, Paulo Américo. **O Poder Judiciário**: na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados (Comentários, Pareceres e Legislação). São Paulo: Saraiva & Cia. 1936.

PASSO, Lúcia Helena do. **A Reforma do Judiciário**: Questão de independência. 2004. 112 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2004.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 65, p. 77-106, mai. 2003.

PIERSON, Christopher. **Beyond the Welfare State?** The new political economy of welfare. Cambridge: Polity Press, 1991.

PIERSON, Paul. **Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis**. Princeton / Oxford: Princeton University Press, 2004.

_____. **Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment**, Cambridge : Cambridge University Press, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica**. Instituto Futuro Brasil, 2001. Disponível em: http://www.iets.inf.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf. Acesso em: 20 de novembro de 2011.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. **Public Management Reform: A Comparative Analysis**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

POULANTZAS, Nicos. Elementos de análise sobre a crise do Estado. In: _____ (org.). **O Estado em crise**. São Paulo: Graal, 1977.

PRILLAMAN, Willian C. **The Judiciary na democratic decay in Latin America: Declining confidence in the rule of law**. Westport: Praeger, 2000.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

RUSSELL, Peter H.; O'BRIEN, David M. **Judicial Independence in the age of Democracy: Critical Perspectives from around the world**. Virginia: University Press of Virginia, 2001.

SABATIER, Paul A. **Theories of the Policy Process**. Boulder: Westview, 2007.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 79-101, mai./ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 de outubro de 2011.

_____; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, v. 21, p. 34-45, mar./mai. 1994.

SILBERMAN, Bernard S. **The cages of reason**. Chicago: Chicago University Press, 1993.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco, 1930-1964**. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: courts and policy reform in democratic Brazil**. Stanford: Standford University Press, 2008.

VASCONCELOS, Adriana; LIMA, Maria. Congresso agora não aceita o teto. **Opinião Pública Senado Federal**, Brasília, dez. 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/OpinioaoPublica/inc/senamidia/historico/1998/12/zn12162.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2011.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte : UFMG ; Rio de Janeiro : IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 398-399.

WEBER, Max. A Política como vocação. In: GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (orgs.). **Max Weber: Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1946.

Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. **Parlamento e Governo na Alemanha reordenada**: crítica da burocracia e da natureza dos partidos. Petrópolis: Vozes, 1993.

WEYLAND, Kurt. The politics of neoliberal reform in Latin American democracies: Argentina, Brazil, Peru, and Venezuela: Theory Sections of a Book Manuscript. In: INTERNATIONAL CONFERENCE LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 21., 1998, Chicago. **Paper for panel on Democracy and the New Market Model in Latin America**. Chicago, 1998. Disponível em: <http://lasa.international.pitt.edu/LASA98/Weyland.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.

WILSON, Woodrow. O estudo da administração. **Cadernos da Administração Pública**, v. 16, p. 16-35, 1955.

WORLD BANK. **Implementation completion report, Argentina**: public sector reform loan. World Bank, Report No. 14781, junho de 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAHARIADIS, Nikolaos. The Multiple Streams Framework: Structure, Limitations, Prospects. In: SABATIER, Paul A. **Theories of the Policy Process**. Boulder: Westview, 2007.

_____. **Theory, case and Method in Comparative Politics**. Forth Worth: Harcourt Brace College, 1997.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. (ed.). **Civil Justice in Crisis**: Comparative Perspectives of Civil Procedure. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ANEXO 1 – Emenda Constitucional Nº 45

Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

Art. 1º Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 5º

.....

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

.....

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão." (NR)

"Art. 36.

.....

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

IV - (Revogado).

....." (NR)

"Art. 52.

.....

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

....." (NR)

"Art. 92.

.....

I - o Conselho Nacional de Justiça;

.....

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional." (NR)

"Art. 93.

.....

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II -

.....

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

.....

VII - o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal;

VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

VIII - a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a, b, c e e do inciso II;

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

XV - a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição." (NR)

"Art. 95.

Parágrafo Único. Aos Juízes é vedado:
.....

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração." (NR)

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

"Art. 98.

§ 1º (antigo parágrafo único)

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça." (NR)

"Art. 99.

.....

§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais." (NR)

"Art. 102.

I -

h) (Revogada).

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros." (NR)

"Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

§ 4º (Revogado)." (NR)

"Art. 104.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

....." (NR)

Art. 105.

I -

.....

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

.....

III -

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

.....

Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça:

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante." (NR)

"Art. 107.

§ 1º A lei disciplinará a remoção ou a permuta de juízes dos Tribunais Regionais Federais e determinará sua jurisdição e sede.

.....

§ 1º (antigo parágrafo único)

§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo." (NR)

"Art. 95.

V - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal." (NR)

"Art. 111.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado)." (NR)

"Art. 112. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho." (NR)

"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito." (NR)

"Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II - os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antigüidade e merecimento, alternadamente.

§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo." (NR)

"Art. 125.

.....

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

"Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.

....." (NR)

Art. 127.

.....

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais." (NR)

"Art. 128.

§ 5º

I -

.....

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

.....

II -

.....

e) exercer atividade político-partidária;

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

§ 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V." (NR)

"Art. 129.

.....

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata." (NR)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

"Art. 134.

§ 1º (antigo parágrafo único)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º." (NR)

"Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

....." (NR)

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria

constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

- I - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;
- 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 federal 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 Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os 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.

§ 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.

§ 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 correição 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."

"Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

- I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;
- II - os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 2º Funcionarão junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

- I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;
- II - o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante."

"Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

- I - o Procurador-Geral da República, que o preside;

II - quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III - três membros do Ministério Público dos Estados;

IV - dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, 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 Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, 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 - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

§ 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I - receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correção geral;

III - requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

§ 4º O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiará junto ao Conselho.

§ 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público."

Art. 3º A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.

Art. 4º Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem.

Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual.

Art. 5º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação ou escolha de seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final.

§ 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no caput deste artigo, caberá, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público da União realizá-las.

§ 2º Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

ANEXO 2 – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial – 39368 / RS

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE DE PERÍCIA ACERCA DA IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. O recorrente sustenta que a Corte de origem violou os artigos 130 e 420, parágrafo único, ambos do CPC ao não conceder impor ao recorrido, em sede de antecipação da tutela, a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados na inicial.

2. Contudo, foi com base nas especificidades do caso concreto que o Tribunal a quo asseverou que, antes de impor ao Estado a obrigação de fornecer os fármacos pedidos pelo recorrente, é necessária a realização de um laudo pericial indicando a necessidade do medicamento indicado por médico particular.

3. Dessa forma, nota-se que para se acolher a pretensão do recurso especial, com a consequente alteração do acórdão recorrido, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível em sede de apelo excepcional, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ.

4. O recurso especial fundado na divergência jurisprudencial exige a observância do contido nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, sob pena de não conhecimento do recurso.

5. Agravo regimental não provido.

STJ - AgRg no AREsp 39368 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

2011/0116063-5 - rel. Ministro Mauro Campbell Marques – Segunda Turma – j. 08/11/2011

– p. DJe 17/11/2011.

ANEXO 3 – STF conclui julgamento que apontou competência concorrente ao CNJ para investigar juízes

Quarta-feira, 08 de fevereiro de 2012.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu nesta quarta-feira (08) o julgamento do referendo da liminar concedida parcialmente pelo ministro Marco Aurélio em 19 de dezembro de 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4638), ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) contra pontos da Resolução 135 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que uniformizou as normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados. Os pontos questionados foram votados um a um.

Na análise de um dos dispositivos mais polêmicos (artigo 12 da Resolução 135), os ministros decidiram, por maioria de votos, que o CNJ pode iniciar investigação contra magistrados independentemente da atuação da corregedoria do tribunal, sem necessidade de fundamentar a decisão.

Os ministros analisaram a questão em três sessões plenárias. Nas duas primeiras sessões (dias 1º e 2 de fevereiro), foram analisados os artigos 2º; 3º, inciso V; 3º, parágrafo 1º; 4º e 20; 8º e 9º, parágrafos 2º e 3º; 10 e 12 da Resolução 135. Na sessão de hoje (8), foi concluída a análise, também ponto a ponto, dos parágrafos 3º, 7º, 8º e 9º do artigo 14; cabeça e incisos IV e V do artigo 17; parágrafo 3º do artigo 20; parágrafo 1º do artigo 15 e parágrafo único do artigo 21 da norma do CNJ.

Confira abaixo decisão do Plenário do STF em cada item questionado pela AMB na ADI 4638:

Artigo 2º

Por maioria de votos, a Corte acompanhou o relator da ação e negou o pedido de liminar quanto ao artigo 2º da Resolução 135, para manter a vigência do dispositivo. A norma determina o seguinte: “Considera-se Tribunal, para os efeitos desta resolução, o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal Pleno ou o Órgão Especial, onde houver, e o Conselho da Justiça Federal, no âmbito da respectiva competência administrativa definida na Constituição e nas leis próprias”.

Artigo 3º, inciso V

Esse dispositivo estabelece como pena disciplinar – aplicáveis aos magistrados da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar, da Justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios – a aposentadoria compulsória. O Plenário do STF, por

unanimidade dos votos, referendou a liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio (relator) de forma a manter a eficácia do artigo 3º, inciso V, da Resolução 135, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Artigo 3º, parágrafo 1º

O dispositivo prevê a aplicação, a magistrados, de penas previstas na Lei 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade), desde que não sejam incompatíveis com a Loman (Lei Orgânica da Magistratura). O ministro Marco Aurélio acolheu o pedido da AMB e suspendeu a aplicação desse dispositivo no caso de sanção administrativa civil, sob o argumento de que as penas aplicáveis a magistrados já estão previstas de forma taxativa na Loman. “A inobservância de qualquer dos deveres administrativos gera penalidades estabelecidas na própria Lei Orgânica”, disse. A maioria dos ministros acompanhou o voto do relator.

Artigo 4º

O artigo 4º, analisado na sessão do dia 2, diz que o magistrado negligente estará sujeito à pena de advertência, censura ou pena mais grave, se a infração justificar. A vigência do dispositivo foi mantida, confirmando a decisão do relator, ministro Marco Aurélio que, nesse ponto, indeferiu o pedido de medida cautelar.

Artigo 20

O artigo 20, que também teve sua vigência mantida, diz que o julgamento de processo administrativo disciplinar contra magistrados será realizado em sessão pública. Os ministros confirmaram a decisão do relator que, também nesse ponto, indeferiu o pedido de medida cautelar.

Artigo 8º e 9º, parágrafos 2º e 3º

Os ministros mantiveram a vigência dos dispositivos, com o entendimento de que cabe ao órgão competente de cada tribunal a apuração de eventuais irregularidades cometidas por magistrados. Para os ministros, porém, não cabe ao CNJ definir de quem é a competência para proceder essa apuração no âmbito dos tribunais. A decisão foi unânime.

Artigo 10

Por maioria de votos, o Plenário decidiu manter a vigência do artigo 10 da Resolução 135/2011, do CNJ, dispositivo que trata da possibilidade de recurso nos casos mencionados

nos artigos 8º e 9º da norma. O artigo diz que "das decisões referidas nos artigos anteriores caberá recurso no prazo de 15 dias ao Tribunal, por parte do autor da representação". Os ministros decidiram, contudo, excluir a parte final do dispositivo, dando interpretação conforme a Constituição ao artigo para que fique claro que podem recorrer das decisões mencionadas todos os interessados no procedimento, seja o autor da representação ou o magistrado acusado.

Artigo 12

Por 6 votos a 5, os ministros mantiveram a competência originária e concorrente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para investigar magistrados, prevista no artigo 12 da Resolução 135/2011, do CNJ. O dispositivo, que havia sido suspenso na decisão liminar do relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4638, ministro Marco Aurélio, diz que "para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas em lei, é competente o Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça".

Artigo 14, parágrafos 3º, 7º, 8º e 9º; artigo 17, cabeça e incisos IV e V; e artigo 20, parágrafo 3º

Por maioria de votos, os ministros negaram referendo à liminar neste ponto e reconheceram a competência do Conselho Nacional de Justiça para regulamentar a instauração e instrução de processo disciplinar contra juízes. O tribunal local terá prazo de 140 dias para concluir o processo administrativo, prazo que poderá ser prorrogado por motivo justificado. O presidente e o corregedor do tribunal terão direito a voto e o processo não terá revisor. O magistrado que não apresentar defesa no prazo estipulado poderá ser declarado revel e sua defesa então será assumida por um defensor dativo.

Artigo 15, parágrafo 1º

Também por maioria de votos, vencida a ministra Rosa Weber, os ministros referendaram a decisão do ministro Marco Aurélio em relação à suspensão do dispositivo que previa o afastamento cautelar do magistrado do cargo mesmo antes de instaurado o processo administrativo disciplinar contra ele. Essa possibilidade foi afastada.

Artigo 21, parágrafo único

Na análise do último dispositivo questionado pela AMB, o Plenário decidiu, também por maioria de votos, que quando houver divergência do tribunal em relação à pena a ser aplicada ao magistrado, cada sugestão de pena deverá ser votada separadamente para que seja aplicada somente aquela que alcançar quórum de maioria absoluta na deliberação. Nesse ponto, o Plenário deu interpretação conforme ao dispositivo da Resolução 135 do CNJ para que não haja conflito com o que dispõe os incisos VIII e X do artigo 93 da Constituição Federal.

ANEXO 4 – Resolução nº 135 – ADI 4638

SP, 20.4.2012

Supremo Tribunal Federal

DECISÃO

**MAGISTRATURA – PREDICADOS E VALORES –
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – ATUAÇÃO
– AUTONOMIA DOS TRIBUNAIS –
ENVERGADURA CONSTITUCIONAL –
CONCILIAÇÃO.**

1. Ao confeccionar relatório e voto, fiz ver no início deste último:

Trago este processo para apreciação imediata do pedido de concessão de medida acauteladora, presentes a envergadura da matéria, a relevância da causa de pedir lançada na inicial e, sobretudo, o risco de manter-se com plena eficácia os dispositivos atacados, aptos a sujeitar os magistrados brasileiros, à exceção dos Ministros do Supremo, às regras previstas na Resolução nº 135, de 2011, editada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Liberado o processo para apreciação do pedido de concessão de medida acauteladora pelo Plenário, em 5 de setembro deste ano, esteve na pauta dirigida alusiva às sessões de: 14, 21 e 28 de setembro, 5, 13, 19 e 26 de outubro, 3, 16, 23 e 30 de novembro, 7 e 14 de dezembro. O pregão não aconteceu, apesar da preferência legal e regimental concernente a pleito de liminar, não havendo sido acionado o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99.

Nesta data – 19 de dezembro de 2011 –, houve a última sessão do Plenário do Ano Judiciário. Continuo convencido da urgência do exame do pedido formulado. Reconheço que, conforme o preceito do artigo 21, inciso IV, do Regimento Interno, incumbia-me submetê-lo ao Colegiado Maior. Fi-lo, observando a Lei interna. Encerrados os trabalhos, abre-se a oportunidade para o acionamento do disposto no inciso V do referido artigo do Regimento Interno, a sinalizar ser atribuição do relator “determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* do Plenário ou da Turma”. Daí a providência que ora implemento, presente a circunstância de o processo ter sido incluído na pauta de várias sessões do Plenário, no total de treze, isso sem considerar as outras que ocorreram após a liberação para o crivo do Colegiado.

2. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB insurge-se contra a Resolução nº 135, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, que “dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca dos ritos e das penalidades, e dá outras providências”.

Inicialmente, sustenta a inconstitucionalidade formal da integralidade do ato atacado, porque versa ora sobre matéria cuja competência é privativa dos tribunais (CF, artigo 96, incisos I e III), ora sobre tema reservado a lei complementar (CF, artigo 93, cabeça, incisos VIII e X). Aponta o descompasso entre a Carta da República e os dispositivos da Resolução transcritos a seguir:

Art. 2º Considera-se Tribunal, para os efeitos desta resolução, o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal Pleno ou o Órgão Especial, onde houver, e o Conselho da Justiça Federal, no âmbito da respectiva competência administrativa definida na Constituição e nas leis próprias.

Art. 3º São penas disciplinares aplicáveis aos magistrados da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar, da Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios:

[...]

V - aposentadoria compulsória;

[...]

§ 1º As penas previstas no art. 6º, § 1º, da Lei no 4.898, de 9 de dezembro de 1965, são aplicáveis aos magistrados, desde que não incompatíveis com a Lei Complementar no 35, de 1979.

[...]

Art. 4º O magistrado negligente, no cumprimento dos deveres do cargo, está sujeito à pena de advertência. Na reiteração e nos casos de procedimento incorreto, a pena será de censura, caso a infração não justificar punição mais grave.

[...]

Art. 8º O Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, o Presidente ou outro membro competente do Tribunal, nos demais

casos, quando tiver ciência de irregularidade, é obrigado a promover a apuração imediata dos fatos, observados os termos desta Resolução e, no que não conflitar com esta, do Regimento Interno respectivo.

Parágrafo único. Se da apuração em qualquer procedimento ou processo administrativo resultar a verificação de falta ou infração atribuída a magistrado, será determinada, pela autoridade competente, a instauração de sindicância ou proposta, diretamente, ao Tribunal, a instauração de processo administrativo disciplinar, observado, neste caso, o art. 14, caput, desta Resolução.

Art. 9º A notícia de irregularidade praticada por magistrados poderá ser feita por toda e qualquer pessoa, exigindo-se formulação por escrito, com confirmação da autenticidade, a identificação e o endereço do denunciante.

§ 1º Identificados os fatos, o magistrado será notificado a fim de, no prazo de cinco dias, prestar informações.

§ 2º Quando o fato narrado não configurar infração disciplinar ou ilícito penal, o procedimento será arquivado de plano pelo Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, ou pelo Presidente do Tribunal, nos demais casos ou, ainda, pelo Corregedor Nacional de Justiça, nos casos levados ao seu exame.

§ 3º Os Corregedores locais, nos casos de magistrado de primeiro grau, e os presidentes de Tribunais, nos casos de magistrados de segundo grau, comunicarão à Corregedoria Nacional de Justiça, no prazo de quinze dias da decisão, o arquivamento dos procedimentos prévios de apuração contra magistrados.

Art. 10 Das decisões referidas nos artigos anteriores caberá recurso no prazo de 15 (quinze) dias ao Tribunal, por parte do autor da representação.

Art. 12 Para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas em lei, é competente o Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os procedimentos e normas previstos nesta Resolução aplicam-se ao processo disciplinar para apuração de infrações administrativas praticadas pelos Magistrados, sem prejuízo das disposições regimentais respectivas que com elas não conflitarem.

Art. 14 Antes da decisão sobre a instauração do processo pelo

colegiado respectivo, a autoridade responsável pela acusação concederá ao magistrado prazo de quinze dias para a defesa prévia, contado da data da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes.

[...]

§ 3º O Presidente e o Corregedor terão direito a voto.

[...]

§ 7º O relator será sorteado dentre os magistrados que integram o Pleno ou o Órgão Especial do Tribunal, não havendo revisor.

§ 8º Não poderá ser relator o magistrado que dirigiu o procedimento preparatório, ainda que não seja mais o Corregedor.

§ 9º O processo administrativo terá o prazo de cento e quarenta dias para ser concluído, prorrogável, quando imprescindível para o término da instrução e houver motivo justificado, mediante deliberação do Plenário ou Órgão Especial.

Art. 15 O Tribunal, observada a maioria absoluta de seus membros ou do Órgão Especial, na oportunidade em que determinar a instauração do processo administrativo disciplinar, decidirá fundamentadamente sobre o afastamento do cargo do Magistrado até a decisão final, ou, conforme lhe parecer conveniente ou oportuno, por prazo determinado, assegurado o subsídio integral.

§ 1º O afastamento do Magistrado previsto no caput poderá ser cautelarmente decretado pelo Tribunal antes da instauração do processo administrativo disciplinar, quando necessário ou conveniente a regular apuração da infração disciplinar.

§ 2º Decretado o afastamento, o magistrado ficará impedido de utilizar o seu local de trabalho e usufruir de veículo oficial e outras prerrogativas inerentes ao exercício da função.

Art. 17 Após, o Relator determinará a citação do Magistrado para apresentar as razões de defesa e as provas que entender necessárias, em 5 dias, encaminhando-lhe cópia do acórdão que ordenou a instauração do processo administrativo disciplinar, com a respectiva portaria, observando-se que:

[...]

IV - considerar-se-á revel o magistrado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo assinado;

[...]

V - declarada a revelia, o relator poderá designar defensor dativo ao requerido, concedendo-lhe igual prazo para a apresentação de defesa.

Art. 18 Decorrido o prazo para a apresentação da defesa prévia, o relator decidirá sobre a realização dos atos de instrução e a produção de provas requeridas, determinando de ofício as que entender necessárias.

Art. 20 O julgamento do processo administrativo disciplinar será realizado em sessão pública e serão fundamentadas todas as decisões, inclusive as interlocutórias.

§ 3º O Presidente e o Corregedor terão direito a voto.

§ 4º Os Tribunais comunicarão à Corregedoria Nacional de Justiça, no prazo de 15 dias da respectiva sessão, os resultados dos julgamentos dos processos administrativos disciplinares.

Art. 21 A punição ao magistrado somente será imposta pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do Órgão Especial.

Parágrafo único. Na hipótese em que haja divergência quanto à pena, sem que se tenha formado maioria absoluta por uma delas, será aplicada a mais leve, ou, no caso de mais de duas penas alternativas, aplicar-se-á a mais leve que tiver obtido o maior número de votos.

[...]

Volta-se contra a denominação de “tribunal” emprestada, no artigo 2º, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho da Justiça Federal. Conforme argumenta, o uso do termo resulta em modificação da natureza normativa dos Órgãos, que podem considerar-se habilitados a promover atos típicos da atividade-fim do Poder Judiciário, o que seria inadmissível, porquanto a Carta da República conferiu-lhes mera atribuição administrativa.

Assinala que o inciso V do artigo 3º exclui, na aplicação da sanção disciplinar de aposentadoria compulsória, o direito ao recebimento de vencimentos proporcionais e contraria os textos da parte final do artigo 103-B, § 4º, inciso III, da Constituição Federal e do inciso V do artigo 42 da Lei

Orgânica da Magistratura Nacional. Segundo assevera, o dispositivo atacado acaba por violar garantia constitucional do magistrado e revela invasão da competência do legislador complementar.

No tocante ao § 1º do artigo 3º, diz da inviabilidade de submeter os juízes às penas administrativas versadas na Lei nº 4.898, de 1965, ou a qualquer outro regime jurídico disciplinar que não seja o previsto na Lei Orgânica da Magistratura ou o estabelecido por lei complementar de iniciativa do Supremo. Menciona precedentes do Tribunal no sentido da impossibilidade de concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para agentes políticos e alega aplicar-se a mesma lógica à espécie.

Busca demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 4º, a prever as penas de advertência e de censura. Alude aos artigos 43 e 44 da Lei Orgânica da Magistratura, consoante os quais as sanções referidas devem ser aplicadas reservadamente e por escrito. Sustenta ter o texto contestado suprimido a exigência de sigilo na imposição das sanções. Defende que apenas outro Estatuto da Magistratura poderia inovar sobre o tema, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Quanto ao artigo 20, anota ser do interesse público a decretação de sigilo nos processos disciplinares instaurados contra magistrados, para manter-se a credibilidade do Poder Judiciário. Discorre sobre a necessidade de não macular a honra e a integridade do juiz durante o curso do processo, não o sujeitando a situações de constrangimento que possam prejudicar o desempenho da função. Conforme assevera, o artigo 93, inciso IX, da Carta da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2005, não obsta a realização de sessão secreta, consoante se depreende da parte final do texto.

No tocante aos artigos 8º e 9º, ressalta a distinção desarrazoada entre os juízes, pois os de 1º grau serão processados pelo Corregedor e os demais pela Presidência. Argui a invasão da competência regimental dos tribunais e aduz não existir justificativa para atribuir à Presidência função típica da Corregedoria. Faz referência ao julgamento da medida acauteladora na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.105, relator Ministro Paulo Brossard, acórdão publicado em 27 de abril de 2001, quando o Supremo consignou ser privativa dos tribunais a definição da competência dos respectivos órgãos fracionários. Acrescenta que o artigo 9º, ao ampliar a relação de legitimados a representar contra magistrados, contrariou o artigo 27 da Lei Orgânica da Magistratura, o qual limita o rol aos Poderes Executivo ou Legislativo, Ministério Público e Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Destaca que, da forma como redigido o artigo 10, abre-se caminho a

interpretação no sentido da pertinência de interpor recurso ao Conselho Nacional de Justiça contra decisão proferida pelos tribunais, pois o próprio CNJ passou a se autodenominar “tribunal”. Alega ter a Constituição Federal admitido a avocação ou a revisão – artigo 103-B, § 4º, incisos III e V – do processo disciplinar, e não da sindicância. Aponta a inviabilidade de o CNJ apreciar procedimento recursal em processo que tramita perante os tribunais.

Salienta haver a cabeça do artigo 12 estabelecido competência concorrente entre o Conselho Nacional de Justiça e os tribunais, contrariando o artigo 103-B, inciso III, do Diploma de 1988, a prever a competência subsidiária do Conselho. Evoca decisões monocráticas proferidas por Vossa Excelência e pelo Ministro Celso de Mello, nos Mandados de Segurança nº 28.884/DF e nº 28.799/DF, respectivamente, no sentido do caráter prioritário do poder disciplinar dos tribunais. Assinala revelar o parágrafo único do dispositivo outra inversão de competência, pois prescreve que os tribunais deverão observar, primeiro, a resolução do Conselho Nacional de Justiça e, apenas subsidiariamente, os respectivos regimentos internos.

Sustenta a usurpação da competência privativa dos tribunais para cuidar das atribuições dos respectivos órgãos, ante o teor do § 3º do artigo 14, a dispor que o Presidente e o Corregedor possuem direito a voto no processo administrativo disciplinar. No tocante ao § 7º e ao § 8º do mesmo artigo, anota não incumbir ao Conselho Nacional de Justiça tratar da distribuição de processos ou definir quem pode, ou não, ser relator. Diz não caber ao Conselho fixar para os tribunais os prazos de duração do processo administrativo disciplinar, arguindo a inconstitucionalidade do § 9º do mesmo artigo.

Alude à violação das garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade e à invasão de matéria reservada a lei complementar, porque o artigo 15, parágrafo único, autoriza o afastamento do juiz antes da instauração do processo disciplinar. Consoante argumenta, os artigos 27, § 3º, e 29 da Lei Orgânica da Magistratura somente admitem o afastamento após a instauração do processo administrativo ou do recebimento da denúncia, respectivamente.

Salienta que o artigo 17, cabeça, institui nova etapa de defesa não prevista na legislação complementar, o que acarreta inconstitucionalidade formal. Além disso, também seria inconstitucional o prazo exíguo de cinco dias estabelecido no texto, por não permitir o adequado exercício do direito de defesa. No ponto, ressalta a ofensa ao princípio da proporcionalidade (CF, artigo 5º, inciso LIV).

Afirma que o procedimento de instrução criado pelo artigo 18 mostra-

se distinto do versado no artigo 27, § 4º, da Lei Orgânica da Magistratura, inovando em seara de competência do legislador complementar. Em relação ao § 3º do artigo 20, mais uma vez, sustenta não caber ao Conselho Nacional de Justiça fixar os parâmetros do procedimento de votação em processo disciplinar que tramita perante tribunal.

Finalmente, alega a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 21, ante a inadmissibilidade de punição de magistrado sem o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal. A divergência quanto à aplicação da pena, segundo aduz, não pode servir de pretexto para afastar a regra da maioria absoluta, sob risco de afronta ao artigo 93, inciso X, da Constituição Federal.

Requer o deferimento de medida acauteladora para suspender, até o exame final da ação direta, a vigência dos preceitos atacados. Ressalta o fato de todos os magistrados estarem submetidos às normas contidas na Resolução nº 135, de 12 de junho de 2011, destacando o perigo da demora.

Ante a natureza da matéria e a repercussão possuída, acionei o disposto no § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.868/99. Pelo fato de haver liberado a papeleta para o julgamento do pedido de concessão de medida acauteladora em 5 de setembro de 2011 e, até a data de 7 de outubro seguinte, não ter ocorrido o pregão do processo, determinei fossem ouvidos o Conselho Nacional de Justiça, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria Geral da República.

Consigno ainda que a Associação dos Magistrados Brasileiros formalizou, anteriormente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.992-DF, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. No citado processo, a entidade busca impugnar a Resolução nº 30, de 7 de março de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, que “dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados”. O mencionado ato foi revogado pela norma atacada na presente ação direta.

3. Ressalto que o Plenário, em diversas ocasiões, reconheceu a legitimidade da requerente, Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, para ajuizar ação direta, com fundamento no artigo 103, inciso IX, da Carta Federal. Precedentes: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 138, relator Ministro Ilmar Galvão, acórdão publicado em 21 de julho de 1996, nº 202, relator Ministro Octavio Gallotti, acórdão publicado em 7 de março de 1997, e nº 1.578, relatora Ministra Cármen Lúcia, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 3 de abril de 2009. Encontra-se preenchido, ainda, o requisito da afinidade temática, haja vista o estreito vínculo entre os objetivos institucionais da entidade e o tema analisado.

O ato em exame é abstrato, geral e autônomo. Visa à regulação, em caráter permanente e uniforme, do procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados. Buscou-se, na edição, retirar o respectivo fundamento de validade diretamente do texto constitucional, no que este atribui ao Conselho competência para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, bem como para

disciplinar, mediante resolução, o funcionamento próprio e as atribuições do Ministro-Corregedor, até que entre em vigor o novo Estatuto da Magistratura – Carta Federal, artigo 103, § 4º, e Emenda Constitucional nº 45/04, artigo 5º, § 2º. A Resolução nº 135, de 2011, do CNJ mostra-se, portanto, passível de impugnação por meio de ação direta.

No julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, relator Ministro Ayres Britto, acórdão publicado em 1º de setembro de 2006, afirmei não ter a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, emprestado ao Conselho Nacional de Justiça poder normativo, inexistindo preceito constitucional a atribuir-lhe competência legiferante. Com base nesse entendimento, a solução seria suspender, de pronto, a íntegra da Resolução atacada, por inconstitucionalidade formal. A ilustrada maioria, no entanto, concluiu estar o Conselho, embora órgão administrativo e não uma casa das leis, dotado de competência para editar atos de caráter geral e abstrato. Feito o registro e reafirmado o ponto de vista individual – que será retomado quando do exame final deste processo –, cumpre definir se o órgão de controle, ao editar especificamente a Resolução em questão, extrapolou os limites a si conferidos pela Carta da República.

As competências atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, produzem inevitável tensão entre a autonomia dos tribunais e a atuação do Órgão. De um lado, o artigo 103-B § 4º, inciso III, preconiza competir ao Conselho “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”.

De outro, os artigos 96, inciso I, alínea “a”, e 99 do Diploma Maior asseguram aos tribunais a autodeterminação orgânico-administrativa, o que inclui a capacidade para resolver, de forma independente, a estruturação e o funcionamento dos próprios órgãos bem como para formular a proposta do respectivo orçamento. Trata-se de garantia institucional voltada à preservação do autogoverno da magistratura e consubstanciada na autonomia administrativa e financeira e na competência privativa para elaborar os regimentos internos, organizar as respectivas secretarias e juízos e dispor sobre a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Há de se atentar, ainda, para o artigo 93 da Constituição da República, o qual reserva a lei complementar veicular o Estatuto da Magistratura, observados alguns princípios, como o voto da maioria absoluta do Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça para remover, colocar em disponibilidade e aposentar magistrados e a necessidade de as decisões administrativas, inclusive disciplinares, serem motivadas e tomadas em sessão pública.

Transcrevo os dispositivos em comento:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

[...]

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

[...]

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, cujo acórdão foi publicado em 17 de março de 2006, o Supremo assentou a constitucionalidade do próprio Conselho, ocasião em que fiquei vencido. O relator, Ministro Cezar Peluso, destacou que a introdução desse órgão de controle não atinge o autogoverno do Judiciário. Sua Excelência fez ver:

Da totalidade das competências privativas dos tribunais, objeto do disposto no art. 96 da Constituição da República, nenhuma delas lhes foi castrada a esses órgãos, que continuarão a exercê-las todas com plenitude e exclusividade, elaborando regimentos internos, elegendo corpos diretivos, organizando as secretarias e serviços auxiliares, concedendo licenças, férias e outros afastamentos a seus membros, provendo cargos de juiz de carreira, assim como os necessários à administração da justiça, etc, sem terem perdido o poder de elaborar e encaminhar as respectivas propostas orçamentárias.

De fato, o tratamento nacional reservado ao Poder Judiciário pela Constituição não autoriza o Conselho Nacional de Justiça a suprimir a independência dos tribunais, transformando-os em meros órgãos autômatos, desprovidos de autocontrole. A solução de eventual controvérsia entre as atribuições do Conselho e as dos tribunais não ocorre com a simples prevalência do primeiro, na medida em que a competência do segundo também é prevista na Constituição da República. Não questiono incumbir ao Conselho a fiscalização da atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário e a instauração dos procedimentos de ofício. A atuação legítima, contudo, exige a observância da autonomia político-administrativa dos tribunais, enquanto instituições dotadas de capacidade autoadministrativa e disciplinar.

O tema foi analisado em mandados de segurança impetrados contra atos do Conselho em processos disciplinares específicos. Na decisão proferida na Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 28.884/DF, assentei a necessidade de o Conselho Nacional de Justiça, em âmbito disciplinar, atuar de forma subsidiária, de modo a harmonizar as competências constitucionais que lhe foram atribuídas pela Carta Cidadã com a competência disciplinar dos tribunais. Eis o que consignei:

Salta aos olhos a relevância do pedido formulado quanto à necessária determinação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais no sentido de julgar o processo administrativo, glosada a atividade monocrática, a atividade do corregedor. Incabível é cogitar-se, na situação concreta, de legitimação concorrente, sob pena de menosprezo à organicidade e à dinâmica do Direito, vindo-se a agasalhar avocação que se distancia da previsão do inciso III do § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal – a revelar competir ao Conselho Nacional de Justiça “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 correccional 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”. Relativamente aos processos disciplinares de juízes e membros de tribunais, a revisão, de ofício ou mediante provocação, pressupõe, a teor desse inciso e também do inciso V – “rever, de ofício, ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano” –, o exaurimento da atuação na origem, mesmo porque, conforme o inciso VIII do artigo 93 da Carta da República – e incumbe interpretá-la de forma sistemática –, cabe ao tribunal, de início, o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, observado o voto da maioria absoluta.

De clareza ímpar, também nessa linha, revela-se a decisão do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 28.799/DF, quando destacou o postulado da subsidiariedade como vetor interpretativo a conferir unidade ao texto constitucional e a afastar casos de interferência indevida na administração dos tribunais:

Não obstante a dimensão nacional em que se projeta o modelo judiciário **vigente** em nosso País, **não se pode deixar de reconhecer** que os corpos judiciários locais, **por qualificarem-se** como coletividades autônomas institucionalizadas, **possuem** um núcleo de autogoverno que lhes é próprio **e que**, por isso mesmo, **constitui** expressão **de legítima autonomia que deve** ser *ordinariamente* preservada, **porque**, ainda que admissível, é **sempre** extraordinária a possibilidade de interferência, *neles*, de organismos posicionados **na estrutura central** do Poder Judiciário nacional.

É por tal motivo que se pode afirmar **que o postulado da subsidiariedade** representa, nesse contexto, **um fator de harmonização e de equilíbrio** entre situações que, **por exprimirem** estados de *polaridade conflitante* (**pretensão** de autonomia **em contraste com tendência** centralizadora), *poderão* dar causa a **grave tensão dialética, tão** desgastante **quão** igualmente lesiva para os sujeitos **e** órgãos em relação de frontal antagonismo.

Em uma palavra: a subsidiariedade, enquanto **síntese** de um processo dialético **representado** por diferenças e tensões **existentes** entre elementos contrastantes, **constituiria**, sob tal perspectiva, cláusula **imane**te ao próprio modelo constitucional **positivado** em nosso sistema normativo, **apta a propiciar** solução de *harmonioso* convívio **entre** o autogoverno da Magistratura **e** o poder de controle e fiscalização outorgado ao Conselho Nacional de Justiça.

[...]

Disso resulta que o exercício, pelo Conselho Nacional de Justiça, **da competência disciplinar** que lhe foi atribuída **dependeria**, para legitimar-

se, **da estrita** observância *do postulado da subsidiariedade*, **de tal modo** que a atuação desse órgão devesse *sempre* supor, dentre **outras** situações anômalas, **(a) a inércia** dos Tribunais na adoção de medidas de índole administrativo-disciplinar, **(b) a simulação** investigatória, **(c) a indevida** procrastinação na prática dos atos de fiscalização e controle **ou (d) a incapacidade** de promover, *com independência*, procedimentos administrativos destinados a tornar efetiva a responsabilidade funcional dos magistrados.

Esta ação direta não trata da intervenção do Conselho Nacional de Justiça em processo disciplinar específico, mas do poder para instituir normas relativas a todos os processos disciplinares, em desrespeito à autonomia dos tribunais e em violação à reserva de lei complementar. É flagrante o descompasso com a Constituição da República.

A competência normativa do Conselho Nacional de Justiça, reconhecida pela sempre ilustrada maioria, não surge para elidir a dos tribunais. Esse Órgão, a título de uniformizar as regras concernentes ao procedimento disciplinar aplicável aos magistrados, não pode atropelar o autogoverno dos tribunais, tampouco pode invadir a esfera de competência reservada ao legislador.

No que tange aos Tribunais de Justiça, observem ainda os parâmetros da Federação, valendo lembrar que a forma federativa é um mecanismo de proteção da autonomia privada e da autonomia pública dos cidadãos, servindo a descentralização política para conter o poder e para aproximá-lo do respectivo titular, o povo. A importância da Federação está revelada na Carta de 1988 a partir do primeiro artigo. A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito. Os Estados organizam-se segundo os ditames maiores e, aí, surgem os três Poderes – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário –, que, nos moldes do artigo 2º, são independentes e harmônicos entre si. Configura exceção o Distrito Federal, o qual ficou destituído de Poder Judiciário próprio.

O artigo 60, § 4º, obstaculiza a deliberação sobre proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. A previsão apanha qualquer emenda constitucional que, de alguma maneira, coloque em risco a autonomia dos entes federados. Por conseguinte, por força do princípio federativo, afigura-se inafastável a autonomia dos Tribunais de Justiça, no que se mostram órgãos de cúpula do Poder Judiciário local. Se, em relação aos tribunais em geral, há de se considerar o predicado da autonomia preconizado nos artigos 96, inciso I, e 99 da Constituição, quanto aos Tribunais de Justiça, cumpre atentar, em acréscimo, para o princípio federativo.

Em época de crise, é preciso cuidado redobrado ao regular, de sorte a evitar que paixões momentâneas orientem os agentes normatizadores, em detrimento da reflexão maior que deve anteceder a edição dos atos normativos em geral e, em especial, das emendas à Constituição.

Não incumbe ao Conselho Nacional de Justiça criar deveres, direitos e sanções administrativas, mediante resolução, ou substituir-se ao Congresso e alterar as regras previstas

na Lei Orgânica da Magistratura referentes ao processo disciplinar. O preceito do artigo 5º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, de caráter nitidamente transitório, não lhe autoriza chegar a tanto. Restringe-se à regulação concernente ao funcionamento do próprio Conselho e às atribuições do Ministro-Corregedor. Aludo, uma vez mais, às palavras do Ministro Cezar Peluso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, quando Sua Excelência assentou que o exercício da atividade de controle do Conselho Nacional de Justiça sujeita-se, “como não podia deixar de ser, às prescrições constitucionais e às normas subalternas da Lei Orgânica da Magistratura e do futuro Estatuto, emanadas do Poder Legislativo, segundo os princípios e regras fundamentais da independência e harmonia dos Poderes”.

Para efeito de documentação, menciono os artigos 46 e 48 da Lei Complementar nº 35, de 1979, a qual veicula o Estatuto da Magistratura. De acordo com tais dispositivos, o procedimento disciplinar para a decretação da remoção, da disponibilidade ou da perda do cargo de magistrado obedecerá ao prescrito no artigo 27 da referida Lei, enquanto o procedimento disciplinar para apuração das faltas puníveis com advertência ou censura será estabelecido pelos regimentos internos dos tribunais.

Analisando o tema, no julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.580-5/CE, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, acórdão publicado em 26 de setembro de 2002, o Plenário concluiu pela recepção dos preceitos, assentando estar a disciplina regimental limitada ao procedimento para apuração de faltas dos magistrados puníveis com as penas de advertência e censura, ante o disposto no artigo 48 da Loman. Vale dizer: quanto às demais, tem-se a reserva de lei complementar, o que também obstaculiza a atuação regedora do Conselho.

Cabe, ainda, examinar a matéria sob o ângulo das garantias do magistrado enquanto sujeito passivo do processo administrativo disciplinar. A Lei Orgânica da Magistratura, naquilo que recepcionada considerada também Emenda Constitucional nº 45, de 2004, é vinculativa, sob pena de abandono dos princípios da legalidade e do devido processo legal.

Alfim, não olvido o silêncio do Estatuto da Magistratura em diversas questões relacionadas ao processo disciplinar aplicável aos magistrados e a conseqüente necessidade de regulamentação. Vivemos, porém, em um Estado Democrático de Direito, em um Estado em que o Judiciário – no exercício da competência disciplinar – está submetido ao princípio da legalidade, cabendo ao Congresso, e não ao Conselho Nacional de Justiça, alterar a Lei Orgânica da Magistratura, por meio de diploma complementar. Como tenho enfatizado à exaustão, o fim a ser alcançado não pode justificar o meio empregado, ou seja, a punição dos magistrados que cometem desvios de conduta não pode justificar o abandono do princípio da legalidade.

Em casos de omissão da Loman, cumpre aplicar subsidiariamente o Estatuto dos Servidores Públicos, consoante reiterados pronunciamentos deste Supremo. A título de ilustração, cito o precedente oriundo do Mandado de Segurança nº 25.191, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, publicado no Diário da Justiça de 17 de dezembro de 2007, em que se determinou a observância da Lei nº 8.112/90 na falta de regras, na Lei Orgânica da

Magistratura, sobre a prescrição da pretensão punitiva por faltas disciplinares. Menciono também o acórdão prolatado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.436, de minha relatoria, publicado em 15 de outubro de 1999, em que se aplicou a regra da Lei nº 8.112/90 de interrupção do prazo prescricional em relação a pretensões punitivas deduzidas contra magistrados. Ao Conselho, no entanto, não cabe, mediante resolução, ao argumento de que estaria apenas a consolidar tal jurisprudência, estabelecer normas cogentes sobre processo disciplinar de modo a vincular os tribunais, a partir da presunção de que estes, ao elaborar os respectivos regimentos internos ou ao interpretar a legislação pertinente, irão falhar no cumprimento da missão institucional censória que lhes foi conferida pela Lei Fundamental.

Consideradas essas premissas, passo ao exame específico dos artigos impugnados.

a) ARTIGO 2º

A requerente volta-se contra a denominação de “tribunal” que, segundo alega, teria sido emprestada, no artigo 2º, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho da Justiça Federal. Transcrevo o teor do artigo:

Art. 2º Considera-se Tribunal, para os efeitos desta resolução, o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal Pleno ou o Órgão Especial, onde houver, e o Conselho da Justiça Federal, no âmbito da respectiva competência administrativa definida na Constituição e nas leis próprias.

Dúvidas não há sobre o preceito constitucional atinente à natureza do Conselho Nacional de Justiça. Integra a estrutura do Poder Judiciário, mas não é órgão jurisdicional, não intervém na atividade judicante. Possui caráter eminentemente administrativo e não dispõe de competência alguma para, mediante atuação colegiada ou monocrática, reexaminar atos de conteúdo jurisdicional, formalizados por magistrados ou tribunais do país. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, relator Ministro Cezar Peluso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de março de 2006, e Mandado de Segurança nº 27.708, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 21 de maio de 2010. Nesse último, o entendimento foi resumido na seguinte ementa:

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – ATRIBUIÇÃO – ACORDO JUDICIAL – INTANGIBILIDADE. Detendo o Conselho Nacional de Justiça atribuições simplesmente administrativas, revela-se imprópria declaração a alcançar acordo judicial.

O direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio. A escolha pelo constituinte derivado do termo “Conselho” para a instituição interna de controle do Poder Judiciário mostra-se eloquente. Buscou evidenciar a natureza administrativa do órgão e definir, de maneira precisa, os limites de atuação.

Cumpra indagar: o artigo encerra, relativamente ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho da Justiça Federal, a qualificação de Tribunal? A resposta é negativa. O vocábulo “tribunal” nele contido revela tão somente que as normas que se seguem são aplicáveis

também ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho da Justiça Federal. Em síntese: tem-se, com a expressão “considera-se tribunal”, apenas a submissão dos dois órgãos à Resolução, embora os dispositivos não se refiram especificamente a eles, aludindo unicamente a Tribunal.

Sob esse ângulo, não procede o pedido formulado.

b) ARTIGO 3º, INCISO V

Eis o texto:

Art. 3º São penas disciplinares aplicáveis aos magistrados da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar, da Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios:

[...]

V - aposentadoria compulsória;

Sustenta a requerente que o preceito impugnado excluiria o direito ao recebimento dos vencimentos proporcionais em caso de aposentadoria compulsória.

A Carta da República reserva a lei complementar de iniciativa do Supremo a definição dos direitos e deveres dos magistrados bem como das sanções disciplinares que lhes são aplicáveis. O artigo 103-B, § 4º, inciso III, preconiza expressamente que a sanção de aposentadoria deve ser aplicada “com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço”. A Resolução impugnada não dispõe em sentido contrário, tampouco permite a interpretação de que a sanção de aposentadoria compulsória seria aplicável sem o subsídio ou os proventos correspondentes. Aliás, é inerente à aposentadoria a percepção de proventos. Do contrário, tratar-se-ia de perda do cargo, o que se mostra possível somente mediante sentença judicial transitada em julgado, em razão da vitaliciedade assegurada aos juízes no artigo 95, inciso I, da Constituição da República.

O silêncio do artigo 3º da Resolução atacada – que arrola a aposentadoria compulsória sem fazer referência à percepção de subsídio ou proventos proporcionais – não autoriza presumir que órgão sancionador atuará à revelia do artigo 103-B, § 4º, inciso III, da Constituição da República, dispositivo que determina expressamente a aplicação da aposentadoria compulsória “com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço”.

A declaração de inconstitucionalidade do ato normativo pressupõe conflito manifesto com preceito constitucional, inexistente na espécie. Também não subsiste o que articulado sob esse aspecto.

c) ARTIGO 3º, § 1º

Assim dispõe o preceito:

§ 1º As penas previstas no art. 6º, § 1º, da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, são aplicáveis aos magistrados, desde que não incompatíveis com a Lei Complementar nº 35, de 1979.

Transcrevo o artigo 6º, § 1º, da Lei nº 4.898, de 1965, para efeito de documentação:

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

- a) advertência;
- b) repreensão;
- c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;
- d) destituição de função;
- e) demissão;
- f) demissão, a bem do serviço público.

O pedido formulado pela requerente restringe-se à sanção administrativa civil.

A forma republicana de governo instaura um regime de responsabilidade a que se deve submeter, de modo pleno, todas as autoridades estatais, inclusive os magistrados. Os juízes brasileiros respondem administrativa e penalmente pela prática de abuso de autoridade, como qualquer outro agente público. Esta situação decorre do primado de igualdade perante a lei e do princípio da responsabilidade dos agentes às consequências jurídicas do próprio comportamento.

A Constituição Federal é um grande todo, não cabendo abandonar a interpretação sistemática. A possibilidade de os magistrados responderem disciplinarmente por ato caracterizador de abuso de autoridade não implica sujeição às penas administrativas versadas na Lei nº 4.898, de 1965, porque as sanções que lhes podem ser aplicadas estão versadas de forma taxativa na Lei Orgânica da Magistratura.

No artigo 35, a Loman revela em preceito exaustivo os deveres do magistrado, prevendo incumbir-lhe, entre outras obrigações, cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão as disposições legais e os atos de ofício. Versa, ainda, o trato das partes com urbanidade e o dever de atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se tratar de providência que reclame e possibilite solução de urgência. A inobservância de

qualquer dos deveres administrativos gera penalidades estabelecidas na própria Lei Orgânica. Forçoso é concluir pela existência de disciplina especial derogatória, não se aplicando aos magistrados, no campo administrativo, a Lei nº 4.898/65. O CNJ, ao dispor em sentido diverso, acabou por fazer as vezes do Congresso Nacional.

Nesse ponto, procede o pedido formalizado.

d) ARTIGOS 4º e 20

Eis o teor dos artigos impugnados:

Art. 4º O magistrado negligente, no cumprimento dos deveres do cargo, está sujeito à pena de advertência. Na reiteração e nos casos de procedimento incorreto, a pena será de censura, caso a infração não justificar punição mais grave.

[...]

Art. 20 O julgamento do processo administrativo disciplinar será realizado em sessão pública e serão fundamentadas todas as decisões, inclusive as interlocutórias.

A requerente afirma ter o artigo 4º implicado a supressão da exigência de sigilo na imposição das sanções de advertência e censura, consoante preconizado na Lei Orgânica da Magistratura. Defende que apenas outro Estatuto da Magistratura poderia inovar sobre o tema, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Carta da República. Quanto ao artigo 20, aponta o interesse público na decretação de sigilo nos processos disciplinares instaurados contra magistrados, para manter-se a credibilidade do Poder Judiciário. Anota que a atual redação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal não obsta a realização de sessão fechada, consoante se depreende da parte final do texto.

As alegações não subsistem. O respeito ao Poder Judiciário não pode ser obtido por meio de blindagem destinada a proteger do escrutínio público os juízes e o órgão sancionador. Tal medida é incompatível com a liberdade de informação e com a ideia de democracia, a pressupor, como adverte Norberto Bobbio – em *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 98 –, o exercício do poder público em público, de forma a viabilizar a crítica e o controle social. Faz-se necessário, portanto, que as decisões em processos disciplinares que envolvam magistrados sejam tomadas à luz do dia, à luz da democracia. Não é dado a juízes e órgãos sancionadores pretender eximir-se da fiscalização da sociedade. O sigilo imposto com o objetivo de proteger a honra dos magistrados contribui para um ambiente de suspeição e não para a credibilidade da magistratura, pois nada mais conducente à aquisição de confiança do povo do que a transparência e a força do melhor argumento.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o constituinte derivado modificou o artigo 93 da Carta Federal, assegurando, nos incisos IX e X, a observância do

princípio da publicidade no exercício da atividade judiciária, inclusive nos processos disciplinares instaurados contra juízes.

Os preceitos são expressos:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

Os dispositivos estão em plena consonância com os ditames democrático e republicano, bem assim com o artigo 37 da Lei Maior, segundo o qual a Administração Pública – gênero – está submetida aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Impõe-se, portanto, o acesso a informações passíveis de serem enquadradas como públicas e ineludivelmente o são as alusivas à atuação dos magistrados, aos eventuais desvios e às sanções disciplinares aplicadas. A publicidade, como bem enfatizou o eminente Decano, Ministro Celso de Mello, na decisão monocrática proferida na Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 24.725, atua como fator de legitimação dos atos estatais, pressupõe o acompanhamento pela sociedade de tudo que esteja no âmbito da denominada coisa pública. Esta pertence a todos, não se podendo invocar a intimidade, ou seja, a guarda de sigilo quanto a elementos que a compõem.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, não impede a realização de sessões reservadas para garantir o direito à intimidade, consoante prevê o próprio artigo 93, inciso IX, da Carta Federal. O constituinte derivado, no entanto, exige fundamentação específica para a decretação de sigilo no processo disciplinar, porque a transparência é a tônica da atividade pública. A lei a que remete o dispositivo deve ser editada a fim de se restringir, em determinados atos, a presença às próprias partes e respectivos advogados, não sendo necessária para assegurar a observância do princípio da publicidade, sob pena de inverter os valores protegidos, já que a regra – a publicidade – passaria a ser exceção.

Não se cuida de caça às bruxas, quando, então, ficaria inaugurada verdadeira época de descontrole social, de terror. A quadra é reveladora de um novo senso de cidadania, transparecendo o interesse geral em dominar, sob o ângulo do conhecimento, tudo o que se implemente na seara administrativa, presentes atos omissivos e comissivos. Ante o novo contexto, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, ao prever a publicidade das sanções disciplinares e da sessão de julgamento, não extrapola os limites normativos nem ofende garantia da magistratura, pois, a rigor, tais normas decorrem diretamente do texto constitucional, sobretudo depois da edição da Emenda de reforma do Poder Judiciário.

Não subsiste, portanto, o pedido de concessão de liminar no tocante aos artigos 4º e 20 da Resolução nº 135 do Conselho Nacional de Justiça.

e) ARTIGO 8º e § 2º e § 3º DO ARTIGO 9º

Os artigos 8º e 9º estabelecem:

Art. 8º O Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, o Presidente ou outro membro competente do Tribunal, nos demais casos, quando tiver ciência de irregularidade, é obrigado a promover a apuração imediata dos fatos, observados os termos desta Resolução e, no que não conflitar com esta, do Regimento Interno respectivo.

[...]

Art. 9º A notícia de irregularidade praticada por magistrados poderá ser feita por toda e qualquer pessoa, exigindo-se formulação por escrito, com confirmação da autenticidade, a identificação e o endereço do denunciante.

[...]

§ 2º Quando o fato narrado não configurar infração disciplinar ou ilícito penal, o procedimento será arquivado de plano pelo Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, ou pelo Presidente do Tribunal, nos demais casos ou, ainda, pelo Corregedor Nacional de Justiça, nos casos levados ao seu exame.

§ 3º Os Corregedores locais, nos casos de magistrado de primeiro grau, e os presidentes de Tribunais, nos casos de magistrados de segundo grau, comunicarão à Corregedoria Nacional de Justiça, no prazo de quinze dias da decisão, o arquivamento dos procedimentos prévios de apuração contra magistrados.

Como salientado, o poder fiscalizatório, administrativo e disciplinar conferido pela Constituição Federal ao Conselho Nacional da Justiça não o autoriza a invadir o campo de atuação dos tribunais concernente à definição das atribuições dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. O disposto no artigo 8º e nos § 2º e § 3º do artigo 9º da Resolução impugnada – ao incumbir a investigação de irregularidades ao Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, e ao Presidente ou a outro membro competente do tribunal – interfere diretamente na autonomia político-administrativa dos tribunais para dispor sobre a competência dos próprios órgãos, em afronta aos artigos 96, inciso I, alínea “a”, e 99 da Carta da República.

Dada a função de órgão fiscalizador e a competência subsidiária de que é titular, o Conselho Nacional de Justiça pode exigir informações acerca do andamento dos processos

disciplinares em curso nos tribunais, mas não lhe cabe definir quem será a autoridade responsável pelo envio dos dados, sob pena de contrariedade aos artigos 96, inciso I, alínea “a”, e 99 da Constituição de 1988.

Quanto à cabeça do artigo 9º, improcede a alegação da requerente de que a Resolução atacada teria ampliado o rol dos legitimados para representar contra os magistrados. Em rigor, a representação contra servidores insere-se no direito de petição consagrado no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, do Diploma Maior, segundo o qual “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. A parte final do preceito garante a qualquer cidadão dirigir-se ao Poder Público para reclamar de ilegalidade ou de abuso de poder cometido por magistrado. Trata-se do direito cívico de exercer o controle social inerente à democracia. Portanto, por força do direito de petição, que configura cláusula pétrea, muito antes do advento da Resolução impugnada, já se facultava a qualquer pessoa denunciar ao Poder Público irregularidades perpetradas por juízes.

Ainda que assim não fosse, seria de concluir que o rol de legitimados a representar contra magistrados foi ampliado, não pela Resolução atacada, mas pelo artigo 103-B, § 4º, inciso III, e § 7º, da Constituição da República, dispositivos que autorizam o Conselho Nacional de Justiça e as ouvidorias a receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário ou serviços auxiliares. Considerado o caráter subsidiário – repito – da competência do Conselho em matéria disciplinar, a extensão do rol de legitimados a provocar os tribunais torna-se mera consequência dos preceitos constitucionais citados. Carece de sentido que o interessado possa representar junto ao órgão a que a Carta Federal atribui competência complementar, mas seja destituído de legitimidade para dar início, no tribunal, ao exercício da função disciplinar ordinária. Cuida-se, inclusive, de incentivo para que o tribunal ponha fim a eventual inércia na apuração de infração disciplinar, o que viria a dispensar a atuação do Conselho no caso concreto.

Ante o quadro, consigno a procedência parcial do pedido de concessão de liminar para suspender a eficácia do artigo 8º e do § 2º do artigo 9º. No que se refere ao § 3º do artigo 9º, o afastamento da norma deve restringir-se à divisão de atribuições, de modo a viabilizar aos tribunais a definição, por meio do regimento interno, dos responsáveis pelo cumprimento das obrigações ali versadas. No tocante à cabeça do artigo 9º, não subsiste o pleito formulado.

f) ARTIGO 10

Eis o teor do preceito:

Art. 10. Das decisões referidas nos artigos anteriores caberá recurso no prazo de 15 (quinze) dias ao Tribunal, por parte do autor da representação.

Sob o ângulo da atuação do Conselho Nacional de Justiça nos processos disciplinares, o fato de a representação formalizada na corregedoria do tribunal ter sido arquivada não consubstancia óbice à atividade subsidiária, como se percebe, mediante interpretação

sistemática e teleológica, do disposto no artigo 103-B da Carta Federal, mormente nos incisos III e V do § 4º dele constante, segundo os quais lhe incumbe receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário e rever, de ofício ou por provocação, os processos de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano.

No entanto, os mencionados artigos da Constituição da República não autorizam o Conselho a instituir, em caráter geral e abstrato, recurso no procedimento disciplinar em trâmite nos tribunais, sob pena de ofensa à reserva de lei complementar para reger o procedimento disciplinar voltado à apuração de faltas puníveis com remoção, disponibilidade e aposentadoria compulsória, ou de ofensa à autonomia dos Tribunais para estabelecer o procedimento destinado à apuração de faltas puníveis com advertência e censura. Em outras palavras: enquanto não editado novo Estatuto da Magistratura ou alterado o atual, o Conselho Nacional de Justiça pode, na forma do artigo 5º da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, fixar as hipóteses em que reverá, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros dos tribunais julgados há menos de um ano, mas não lhe é dado criar recursos contra decisões administrativo-disciplinares de tribunais tomadas em procedimento reservado à normatização do legislador complementar ou dos próprios tribunais, dependendo da sanção aplicável.

Nesse aspecto, procede o pedido formalizado.

g) ARTIGO 12

Eis o teor do artigo:

Art. 12. Para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas em lei, é competente o Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os procedimentos e normas previstos nesta Resolução aplicam-se ao processo disciplinar para apuração de infrações administrativas praticadas pelos Magistrados, sem prejuízo das disposições regimentais respectivas que com elas não conflitam.

Em razão das considerações expostas, confiro ao artigo 12, cabeça, interpretação conforme à Constituição, para assentar, em âmbito disciplinar, a competência subsidiária do Conselho Nacional de Justiça.

Quanto ao parágrafo único, alega a requerente revelar o dispositivo inversão de competência, pois prevê que os tribunais deverão observar, primeiro, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça e, apenas subsidiariamente, os respectivos regimentos internos.

Uma vez mais, verifica-se a invasão da autonomia administrativa dos tribunais para regular o procedimento disciplinar, nos termos versados no artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Carta Federal e na Lei Orgânica da Magistratura. Ante as razões lançadas anteriormente,

assento a procedência do pedido de concessão de liminar para suspender o preceito.

h) § 3º, § 7º, § 8º e § 9º DO ARTIGO 14, CABEÇA E INCISOS IV E V DO ARTIGO 17 E § 3º DO ARTIGO 20

Eis a redação dos dispositivos:

Art. 14. Antes da decisão sobre a instauração do processo pelo colegiado respectivo, a autoridade responsável pela acusação concederá ao magistrado prazo de quinze dias para a defesa prévia, contado da data da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes.

[...]

§ 3º O Presidente e o Corregedor terão direito a voto

[...]

§ 7º O relator será sorteado dentre os magistrados que integram o Pleno ou o Órgão Especial do Tribunal, não havendo revisor.

§ 8º Não poderá ser relator o magistrado que dirigiu o procedimento preparatório, ainda que não seja mais o Corregedor.

§ 9º. O processo administrativo terá o prazo de cento e quarenta dias para ser concluído, prorrogável, quando imprescindível para o término da instrução e houver motivo justificado, mediante deliberação do Plenário ou Órgão Especial.

Art. 17 Após, o Relator determinará a citação do Magistrado para apresentar as razões de defesa e as provas que entender necessárias, em 5 dias, encaminhando-lhe cópia do acórdão que ordenou a instauração do processo administrativo disciplinar, com a respectiva portaria, observando-se que:

[...]

IV - considerar-se-á revel o magistrado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo assinado;

V - declarada a revelia, o relator poderá designar defensor dativo ao requerido, concedendo-lhe igual prazo para a apresentação de defesa.

Art. 20 [...]

[...]

§ 3º O Presidente e o Corregedor terão direito a voto.

Conforme já consignado, a Carta Federal conferiu aos tribunais a competência para elaborar os regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Ao Conselho Nacional de Justiça não é permitido, no processo disciplinar dos tribunais, criar novos procedimentos e definir quem será o relator ou se existirá, ou não, revisor. Igualmente, não lhe cabe determinar prazo para a conclusão, ainda que possa instaurar processo de ofício se verificada falha, nos Tribunais, na execução dos mecanismos ordinários de investigação e censura.

O artigo 14, cabeça, da norma impugnada reproduz o conteúdo do artigo 27 da Lei Orgânica da Magistratura, implicando sobreposição passível de surtir efeitos normativos ou causar confusão caso alterada a Loman.

Igualmente, falece ao Conselho Nacional de Justiça definir quem participará do julgamento no âmbito dos tribunais.

Por essas razões, subsiste o pedido de suspensão do artigo 14, cabeça, § 3º, § 7º, § 8º e § 9º, do artigo 17, cabeça e incisos IV e V, e do artigo 20, § 3º, da Resolução nº 135 do Conselho Nacional de Justiça.

i) § 1º DO ARTIGO 15

Eis o teor do dispositivo:

Art. 15 [...]

[...]

§ 1º O afastamento do Magistrado previsto no caput poderá ser cautelarmente decretado pelo Tribunal antes da instauração do processo administrativo disciplinar, quando necessário ou conveniente a regular apuração da infração disciplinar.

Está em desconpasso com a Constituição da República a introdução, mediante ato normativo do Conselho Nacional de Justiça, de nova hipótese cautelar de afastamento de magistrado do cargo. Eventual restrição às garantias da inamovibilidade e da vitaliciedade exige a edição de lei em sentido formal e material, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo. Para efeito de documentação, menciono, ainda, os artigos 27, § 3º, e 29 da Estatuto da Magistratura, segundo os quais o afastamento cautelar do magistrado pode ser determinado pelo tribunal quando da instauração do processo administrativo disciplinar ou do recebimento da ação penal acusatória.

Ante o quadro, consigno a procedência do pedido de suspensão do dispositivo.

j) ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO

Transcrevo o dispositivo:

Art. 21 [...]

Parágrafo único. Na hipótese em que haja divergência quanto à pena, sem que se tenha formado maioria absoluta por uma delas, será aplicada a mais leve, ou, no caso de mais de duas penas alternativas, aplicar-se-á a mais leve que tiver obtido o maior número de votos.

O preceito conflita com a parte final do artigo 93, inciso X, da Carta da República, a qual preconiza o voto da maioria dos membros do tribunal para a tomada de decisões disciplinares.

As garantias da magistratura, longe de representarem um valor em si, possuem forte conotação instrumental. Destinam-se a salvaguardar a imparcialidade do juiz e o bom exercício da função judiciária. O juiz exerce o controle da atividade estatal, do que decorre a necessidade de ter garantida a independência em relação aos demais Poderes e a influências externas, ainda que as pressões surjam dentro do próprio tribunal.

A efetiva possibilidade de responsabilização dos juízes pela prática de infrações consubstancia conquista fundamental da democracia brasileira e traduz imperativo do sistema republicano, mas não cabe, para alcançar esse fim, flexibilizar as garantias processuais do magistrado previstas no Diploma Maior e colocar em risco a independência que lhe é essencial.

A norma editada pelo Conselho Nacional de Justiça permite a aplicação de pena com quórum abaixo da maioria absoluta exigida constitucionalmente. Para chegar a tal conclusão, basta imaginar um tribunal pleno integrado por trinta magistrados, no qual haja divergência entre a aplicação das penas de censura, advertência e remoção, situação que possibilitaria a imposição de sanção disciplinar com somente dez votos. A decisão sobre a pena pertinente, assim como a relativa à condenação, tem natureza disciplinar e exige votação qualificada, de modo a preservar a garantia do magistrado enquanto sujeito passivo do processo disciplinar.

Subsiste o pedido de suspensão do preceito.

Por fim, esclareço que, ao contrário do que se tem propagado, a suspensão da eficácia das normas citadas não significa tolher a atuação do Conselho Nacional de Justiça. Significa, isso sim, que esse Órgão deve observar as esferas de competência normativa que o Constituinte reservou ao próprio Congresso Nacional e aos tribunais. No campo disciplinar, para legitimar-se ante a Carta da República, a atividade do Conselho há de ser subsidiária, sempre pressupondo, nas palavras, anteriormente reproduzidas, do eminente Decano do Tribunal, Ministro Celso de Mello:

[...] dentre **outras** situações anômalas, **(a) a inércia** dos Tribunais na adoção de medidas de índole administrativo-disciplinar, **(b) a simulação** investigatória, **(c) a indevida** procrastinação na prática dos atos de fiscalização e controle **ou (d) a incapacidade** de promover, *com independência*, procedimentos administrativos destinados a tornar efetiva a responsabilidade funcional dos magistrados.

4. Em síntese, suspendo a eficácia do § 1º do artigo 3º, do artigo 8º, do § 2º do artigo 9º, do artigo 10, do parágrafo único do artigo 12, da cabeça do artigo 14 e dos respectivos § 3º, § 7º, § 8º e 9º, do artigo 17, cabeça, incisos IV e V, do § 3º do artigo 20, do § 1º do artigo 15 e do parágrafo único do artigo 21. No que se refere ao § 3º do artigo 9º, apenas suspendo a eficácia da norma quanto à divisão de atribuições, de modo a viabilizar aos tribunais a definição, por meio do regimento interno, dos responsáveis pelo cumprimento das obrigações ali versadas. Quanto à cabeça do artigo 12, defiro a liminar para conferir-lhe interpretação conforme, de modo a assentar a competência subsidiária do Conselho Nacional de Justiça em âmbito disciplinar. Indefiro o pedido de liminar quanto ao artigo 2º, ao inciso V do artigo 3º e os artigos 4º, 9º e 20 da Resolução nº 135, de 2011, do Conselho Nacional de Justiça.

5. Com a abertura do Ano Judiciário de 2012, em 1º de fevereiro, o processo estará em mesa para o referendo desta decisão.

6. Publiquem.

Brasília, 19 de dezembro de 2011, às 13h.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator