XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

CLAUDIA MARIA BARBOSA

EUDES VITOR BEZERRA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P769

Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; Eudes Vitor Bezerra; José Querino Tavares Neto - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-461-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Exploração. 4. Injustiça. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

Vivemos, ao menos sob o discurso hegemônico, numa sociedade cada vez mais definida e centrada no pós. Para tudo, apresenta-se uma tentativa delimitatória e estabelecimento de uma nova fronteira. Têm-se conceitos do pós-industrial, pós-nacional, pós-estrutural, pós-modernidade.

Na realidade, os conceitos são impróprios porque incapazes de delimitar a realidade, muito menos, contribuir para sua segurança. De certa forma, e isso, não parece muito controverso, apesar das tentativas de definir a realidade, somos uma sociedade líquida, tecnológica, cada vez mais global, em rede, e, sobretudo, fundada na superação de estruturas rígidas.

No entanto, ainda existem espaços rígidos, autopoiéticos e autorreprodutivos, como o Judiciário e, de uma forma muito mais intensa e autorreferente o próprio Sistema de Justiça como um todo. Este, seja pela sua própria resistência a mudanças mais significativas em sua natureza e epistemologia, longe de produzir justiça, reproduz o projeto de uma sociedade reflexa da exploração, da propriedade privada, e, em última análise do próprio capitalismo com sua má distribuição de renda, que, não poucas vezes determina a injustiça pela própria ineficiência do Sistema de Justiça, já que, em especial, o Judiciário é elitista, conservador e reacionário. Mas, será que poderemos ainda falar em pós-justiça?

Foi nesse ethos que sucederam os debates do GT Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça I no XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI ocorrido em Brasília. A necessidade de superação de uma ordem jurídica estabelecida, e, supostamente segura, na realidade produz exatamente o contrário: o estabelecimento do caos e ausência de justiça.

Sob essa égide, apresentamos os artigos para leitura da comunidade acadêmica, que, como fica claro em suas propostas, longe de oferecer respostas, típicas do olhar fragmentado, apresentam questões, afinal, o saber deve produzir a inquietude e crises, jamais perenidade.

Boa leitura.

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga (Uninove)

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto (UFG)

Profª. Drª. Cláudia Maria Barbosa (PUC/Pr)

A UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS LEGAIS DO ESTADO GERENCIAL NAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS DO PODER JUDICIÁRIO COMO INDICADOR DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

THE USE OF THE LEGAL PARAMETERS OF THE MANAGEMENT STATE IN THE ADMINISTRATIVE ACTIVITIES OF THE JUDICIARY POWER AS INDICATOR OF APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY

Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes
Livia Rosa Franco Ferreira

Resumo

A pesquisa visa solucionar o problema no que se refere a necessidade de buscar instrumentos jurídicos de gestão pública para gerar maior eficiência a atividade administrativa do Poder Judiciário. Como hipótese identificada, constatou-se inicialmente que o Estado Gerencial poderia ser aplicado na função administrativa do Poder Judiciário tendo em vista que seu maior objetivo é garantir a aplicação do princípio da eficiência administrativa disposto na CR-88. Por fim, na conclusão a hipótese identificada no início da pesquisa foi confirmada no sentido de que é juridicamente possível a utilização dos paradigmas do Estado Gerencial na função administrativa do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Administração da justiça, Estado gerencial, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

The research aims to solve the problem regarding the need to seek legal instruments of public management to generate greater efficiency administrative activity of the Judiciary. As a hypothesis identified, it was initially established that the Management State could be applied in the administrative function of the Judiciary, since its main objective is to guarantee the application of the principle of administrative efficiency established in CR-88. Finally, the hypothesis identified at the beginning of the research was confirmed in the sense that it is legally possible to use the Managerial State paradigms in the administrative function of the Judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administration of justice, Management status, Judicial power

1- INTRODUÇÃO

Atualmente, a administração do Estado Brasileiro, nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, vem enfrentando severas críticas a sua estrutura burocrática e patrimonialista de administrar o Estado, em setores como pessoal, contratações públicas de infraestrutura, instrumentos de gestão de atos administrativos, políticas públicas, dentre outros.

Diante de tal situação, realizou-se o presente trabalho, apontando-se como problema a ser discutido, a necessidade de buscar instrumentos jurídicos de gestão pública do Estado Gerencial para gerar maior eficiência a atividade administrativa do Poder Judiciário.

Considerando como hipótese a ser confirmada ou não nas considerações finais do trabalho, constatou-se inicialmente que os parâmetros legais do Estado Gerencial poderiam ser aplicados na função administrativa do Poder Judiciário tendo em vista que seu maior objetivo é garantir a aplicação do principio da eficiência administrativa previsto no artigo 37 da CR-88.

Destaca-se ainda que a pesquisa desenvolvida trabalhou com dados de natureza primária e secundária, sendo que dentre as informações de natureza primária destacam-se as normas presentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro, como a Constituição da República e sua respectiva emenda 19.

Em razão do referencial teórico utilizado, utilizou-se das teorias do Direito Administrativo e das diferentes disciplinas pesquisadas sobre o tema abordado na pesquisa bem como conteúdos da ciência da Administração Pública.

Todo o trabalho foi desenvolvido por meio da interdisciplinaridade, no entanto a conexão entre as disciplinas além de ser necessária por conta do marco teórico adotado, deriva da existência natural dos estudos já desenvolvidos na seara do Direito Administrativo e da ciência da Administração Pública.

Assim, o tema foi investigado inicialmente por uma análise do conceito do que seria a função administrativa do Poder Judiciário com abordagem da teoria da separação dos poderes.

Após, buscou-se demonstrar a evolução dos paradigmas da administração pública brasileira, patrimonialista, burocrático e gerencial até a última reforma do aparelho estatal que foi consolidada pela emenda 19 da CR/88.

Por essas razões, se propõe o presente trabalho como forma de identificar parâmetros legais do Estado Gerencial nas atividades administrativas do poder judiciário como indicador de aplicação do princípio da eficiência.

2- A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Na busca de se compreender o conceito científico do que seria a função administrativa do Poder Judiciário, importante analisar preliminarmente, a influência da teoria da separação dos poderes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como mecanismo de atribuição das atividades administrativas exercidas por cada Poder bem como da limitação do poder estatal e garantia de direitos fundamentais aos cidadãos.

Nesse sentido, constatou-se inicialmente que a separação dos poderes é direcionada a prevenir que todas as funções estatais sejam agrupadas em único poder organizacional. Tal conceito propõe sistema de freios e contrapesos que autorize o poder a controlar o próprio poder de modo que a viabilizar a pluralidade de agentes exercendo competências diversas e controle recíproco. (JUSTEN FILHO, 2013)

Com a Revolução Francesa, a referida teoria foi trabalhada sob a perspectiva constitucional, de modo que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirma que a elaboração da Constituição somente seria possível se assegurasse a separação de poderes, tendo em vista que sua implementação era considerada de extrema importância para a garantia dos direitos fundamentais. (SILVA, 2005)

A teoria clássica da separação de poderes é considerada instrumento essencial de limitação do poder político direcionada a promover três finalidades distintas: (i) a competência profissional, (ii) proteção e ampliação dos direitos fundamentais e (iii) a democracia, sendo solução pautada a impedir decisões impróprias, as quais seriam produto da concentração do poder em único órgão. (JUSTEN FILHO, 2013)

Assim, verifica-se que o Executivo e o Legislativo são, de fato, poderes políticos, pois o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil afirma que "todo poder emana do povo" (BRASIL, 2015)

Por esta razão, os integrantes dos Executivo e Legislativo são eleitos pelo povo e consequentemente considerados poderes políticos e estão sujeitos a alternância com

base no sufrágio universal, momento em que os cidadãos escolhem, por meio do voto, seus representantes. (MARTINS, 2005)

No entanto, o terceiro poder, o Judiciário, é considerado como técnico e não político. No Estado brasileiro, há previsão constitucional de concurso público para ingressar no Poder Judiciário, e nos tribunais, em razão da necessidade de pessoas com conhecimento específico para o exercício de outras atividades essenciais à administração da justiça - (MARTINS, 2005)

Por essa razão, a separação dos poderes estabelece competências a agentes públicos não eleitos diretamente pelo povo – tais como as carreiras da Magistratura e Ministério Público - com a finalidade de assegurar que tais decisões tomadas pelas referidas autoridades não sejam proferidas pelo critério da vontade da maioria[1], de forma a assegurar consequentemente a própria democracia bem como a seleção de pessoas segundo critérios de mérito e qualificação[2]. (JUSTEN FILHO, 2013)

Nesse sentido, de forma complementar o raciocínio acima apresentado, Alexandre de Moraes, citando Canotilho e Vidal Moreira, afirma que a pluralidade de órgãos existentes nas esferas de cada poder, exige que a relação entre ambos seja direcionada com base em uma certa "lealdade constitucional". Para o referido autor:

> [...] um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos

---

[1] Na obra Le basi Filosofiche del Costituzionalismo os autores Bongiovanni Giorgio e Gustavo Gozzi, trabalham sobre a importância de existir o tribunal constitucional em defesa dos direitos das minorias por meio de pesquisa realizada sobre o embate filosófico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Assim, afirmam os referidos autores: "Kelsen identifica a garantia de justiça mais adequada constitucional da minoria contra a maioria dos árbitros potenciais. Com este pressuposto, ele vai defender o papel do Tribunal Constitucional do Reich - como, guardião da Constituição, contra a tese de Schmitt que aponta para a constituição de Weimar, o papel atribuído aos único presidente do Reich, argumentando que as decisões políticas do guardião da Constituição, não poderia ser tomada por um tribunal. Kelsen tem bom jogo para mostrar que toda decisão judicial expressa uma decisão política e, portanto, é uma forma de exercício do poder. Como presidente, ele foi certamente um símbolo da unidade do povo, mas de modo nenhum se a expressão de uma verdadeira unidade efetiva, pelo contrário, sua eleição foi fruto de uma coalizão de partidos políticos e isso o impediu de conseguir uma garantia de imparcialidade da Constituição.*"* GIORGIO, Bongiovanni; GOZZI, Gustavo. Democrazia. In: BARBERA, Augusto. *Le basi Filosofiche del Costituzionalismo*. Roma – Bari: Laterza, 2011. p.238.

[2] Raul Canosa Usera afirma na obra Interpretación Constitucional y Formula Politica sobre a escolha dos magistrados não serem por vontade da maioria pois sua legitimidade não deriva da maioria presente, mas de uma passada representada pelo poder constituinte originário. Assim afirma o referido autor: "A necessidade de garantir a Constituição salva os tribunais de ser acusado de antimajoritários ou antidemocrático e isto porque a sua legitimidade deriva certamente não desta presente, mas a maioria passada e constituinte. Assim, o título deveria afirmar a legitimidade está além do que poderia manter se a sua criação foi o resultado da ação de uma maioria conjectural. Além disso, os juízes poderiam ser eleitos diretamente pelo povo, como indicado por Kelsen." USERA, Raul Canosa. *Interpretación Constitucional y Formula Politica.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,1988. 50p.

> constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*)(MORAES, 2003, 370p.)

Conforme exposto, o funcionamento do Estado somente é possível por meio da lealdade constitucional entre os poderes, que é divida em positiva - no sentido de agir com o mínimo de atrito entre eles - e negativa, ao ponto de se renunciarem aos confrontos institucionais promovidos por cada poder. (MORAES, 2003)

A separação de poderes delega cada uma das atribuições governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos distintos, que assumem as terminologias das respectivas funções. (SILVA, 2005) Tais atribuições é denominada por Miguel Seabra Fagundes de funções que se repartem em atividades. Assim afirma:

> O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se parte a sua atividade: legislativa, administração e jurisdição. a função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei conteciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que se esgotam em extensão. (SEABRA FAGUNDES, 1979, p. 5)

Por tal motivo, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 afirma em seu Art. 2º que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL,1988) e, ainda, decorrente da referida divisão, a própria Constituição informa as atividades que cada um deles devem e são autorizadas a atuar de maneira organizada em prol do interesse público. (MOREIRA NETO, 2014)

Nesse sentido, verifica-se que cabe ao Presidente da República extinguir e prover os cargos públicos da Administração federal, bem como demitir ou exonerar seus integrantes. Da mesma forma, é da competência do Congresso Nacional ou dos tribunais jurisdicionais, prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes, bem como elaborar os respectivos regimentos internos, em que se normatizam as regras de seu funcionamento, sua estrutura organizacional. Outro ponto em que se verifica a independência e autonomia é quanto à competência do Poder Judiciário para a nomeação de juízes e para tomar outras providências no que se refere a sua estrutura e funcionamento, principalmente em casos orçamentários. (SILVA, 2005)

Deste modo, os Poderes exercem suas atividades com independência em relação aos demais, de forma que não devem acatamento hierárquico aos atos de autoridade do outro Poder. Assim, o Presidente da República não possui comando para produzir ordens ao juiz. O Presidente do Congresso Nacional não assume para si funções dos Ministros do Executivo e outros casos mais. (SUNDFELD, 2009)

Já quanto à harmonia entre os poderes, José Afonso da Silva descreve a existência de normas de cortesia no relacionamento mútuo e nas vantagens e capacidades a que reciprocamente todos têm direito. Cabe ressaltar que nem a separação de independência entre os órgãos do poder nem suas funções é irrestrita. (SILVA, 2005)

A busca do referido equilíbrio é necessária à realização do interesse público e imprescindível para evitar o autoritarismo e o desmando de um poder em detrimento do outro e especialmente perante os cidadãos. Se ao Legislativo foi atribuída a função de editar normas gerais e impessoais, cabe ao Executivo a participação importante no processo de formação legal nos casos de iniciativa das leis bem como nas hipóteses sanção e veto. No entanto, a iniciativa legislativa do Executivo é compensada pela possibilidade que o Legislativo possui de alterar os seus projetos de lei por meio de emendas e até mesmo rejeitá-los. (SILVA, 2005)

Doutra forma, o Presidente da República possui o poder de veto, que poderá ser exercido perante aos projetos de iniciativa do Congresso como em semelhança às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em contrapartida, o Legislativo, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto do Executivo, e, por meio do Presidente do Senado, promulgar a lei. (SILVA, 2005)

A cada função estatal há uma espécie de ato correspondente, no caso da elaboração de lei - obrigatória, geral e abstrata – tem-se a função legislativa, já o ato administrativo refere-se à função administrativa e a sentença a função jurisdicional do Estado. Nesse sentido, verifica-se que a lei se submete à Constituição, sendo o ato administrativo e a sentença inferiores hierarquicamente à lei. Deste modo, a sentença pode anular, ou seja, desfazer os efeitos, retirar da esfera jurídica o ato administrativo ilegal. (SUNDFELD, 2009)

Nesse raciocínio Carlos Ari Sundfeld apresenta a seguinte resposta ao seu próprio questionamento em relação ao referido tema:

> Se o Estado deve se submeter às normas jurídicas e se o descumprimento delas é sancionado (punido) pelo próprio Estado, como evitar que ele escape à sanção? A resposta é simples: o Judiciário - órgão independente e, por isso, imparcial - é quem, dentro do Estado, incumbe-se de velar pelo respeito dos demais Poderes à ordem jurídica, negando efeito às leis inconstitucionais e

> anulando atos administrativos ilegais. Assim, o Estado se submete à lei porque se submete à jurisdição. (SUNDFELD, 2009, p. 43)

Por essa razão consegue-se compreender, então, a essência da teoria da separação dos poderes. No Estado de Direito, o poder (Estado) se submete ao império da lei a qual se submete a jurisdição. Nesse sentido, para que se considere um Estado como sendo de Direito é necessário que se encontre no poder exercido, a característica da subordinação à lei e de modo consequente de submissão à jurisdição[3]. (SUNDFELD, 2009)

No entanto, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil elaborou algumas ferramentas que procuram relativizar a independência entre os poderes. A título de exemplo verifica-se que o Presidente da República pode elaborar medidas provisórias com eficácia de lei, adentrando na função do Poder Legislativo. (MARTINS, 2005)

Já o Poder Legislativo possui a faculdade de criar as Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs, as quais possuem poderes de julgamento que, em tese, seriam próprios do Poder Judiciário. E o Judiciário possui atividades semelhantes às do Poder Legislativo, nos casos em que editam normas gerais, sobre determinados assuntos, como se legislador fosse. (MARTINS, 2005)

Não obstante os poderes serem independentes e harmônicos verifica-se que muitas vezes, um poder atua nas funções próprias de outros poderes, tendo em vista as determinações da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E, deste modo, existindo previsão expressa na ordem constitucional, não seria contrário um poder exercer funções que seriam eminentes a outros. (MARTINS, 2005)

Dessa forma, constatou-se que o Art. 99 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 afirma que "[...] ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira." (BRASIL, 1988) Deste modo, o referido poder possui autorização constitucional para exercer função distinta da concedida pela teoria

---

[3] Carlos Ari Sundfeld cita em sua obra o italiano Giorgio Balladore Palieri para exemplificar a referida alegação demonstrando as quatro características obrigatórias para a existência de Estado de Direito. Assim apresenta: "Este notável publicista milanês insiste que só é possível reconhecer Estado de Direito onde: a) o Estado se submete à jurisdição; b) a jurisdição deva aplicar a lei preexistente; c) a jurisdição seja exercida por uma magistratura imparcial (obviamente, independente), cercada de todas as garantias; d) o Estado a ela se submeta como qualquer parte chamada a juízo em igualdade de condições com a outra parte" SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 43p.

da separação dos poderes, com objetivo de administrar sua estrutura financeira e organizacional em razão das peculiaridades a ele inerentes.

Contudo, verificou-se que a separação dos poderes, por meio da exceção constitucional da referida teoria, apresenta conteúdo que comprova a necessidade de seu estudo para identificação da função administrativa do Poder Judiciário, o que em razão de tal fato, será apresentada detalhadamente no próximo item deste trabalho.

Para finalizar esta parte do conteúdo pesquisado, foi identificado que, atualmente, o princípio da separação dos poderes não se mostra mais com aquela rigidez de antes. (TAVARES, 1999) A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os poderes Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes. (TAVARES, 1999)

Contudo, independentemente da discussão sobre a nova abordagem da referida teoria, tem-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe claramente sobre a teoria da separação dos poderes no artigo 2º e cria a sua exceção referente ao Poder Judiciário no art. 99 onde assegura ao referido Poder autonomia administrativa e financeira.

Conforme demonstrado, a função administrativa do Poder Judiciário é assegurada através da exceção constitucional à rígida teoria da separação dos poderes por meio da necessidade institucional de auto-organização em razão da própria autonomia inerente a todos os poderes. A função administrativa, no contexto do Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida na realização do dever de se procurar o interesse público, por meio do uso de mecanismos dos poderes, atribuídos pela ordem jurídica vigente. (BANDEIRA DE MELLO, 2010)

Há alguns anos os pesquisadores do Direito Público vem se preocupando em desenvolver a identificação do que seria a função administrativa por meio das diferenças entre as demais atividades de jurisdicional e legislativa. (MEDAUAR, 2012)

Partindo do pressuposto de exclusão em razão das demais funções (legislativa e jurisdicional), constata-se que a função administrativa, é toda atividade realizada pelo Estado, que não possui a finalidade de elaboração de regra legal (lei) nem é produto de decisão jurisdicional. (MOREIRA NETO, 2014)

Sobre esse ponto, Marçal Justen Filho, citando Agustín Gordillo, assim apresenta:

> [...] a função administrativa compreendia as competências estatais que não se enquadrasse no conceito de jurisdição e de legislação. Ainda quando não se adote uma definição negativa, é imperioso destacar que a determinação do conteúdo da função administrativa reflete uma evolução histórico-evolutiva. (JUSTEN FILHO, 2013, 121p.)

Já no sentido positivo, a função administrativa destina-se a atender necessidades de controle, execução, planejamento e decisão, referentes à gestão de interesse público, executados em prol da administração do Estado. (MOREIRA NETO, 2014)

Por esse motivo, a função administrativa compreende toda ação estatal residual, pela exclusão das atividades normativas e jurisdicionais, executada por qualquer Poder, de forma que se amplia sobre vasta área de competências, para assegurar ao Estado atribuições executivas com a finalidade de atender interesses determinados como públicos. (MOREIRA NETO, 2014)

Para Marçal Justen Filho a função administrativa apresenta o seguinte conceito:

> [...] é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo o desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infra-legal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional. (JUSTEN FILHO, 2013, 121.p)

Deste modo, verifica-se que a função administrativa possui natureza complexa e se revela em uma diversidade de atividades distintas. Como demonstrado, existe a dificuldade de se buscar um conceito para a função administrativa em razão da sua dinamicidade e na heterogeneidade da terminologia, de modo que cada Estado soberano e suas respectivas sociedades desenvolveram suas próprias ideias conceituais do que seria a função administrativa. (JUSTEN FILHO, 2013)

Assim o seu conceito não deve ser elaborado com base em teoria abstrata e teórica, pois se resulta da forma como a Nação elaborou uma concepção do Estado, que se reflete no direito positivo. De tal modo, o conceito adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro do que seria a função administrativa é decorrente não simplesmente da razão ou da lógica, mas do desenvolvimento histórico de motivos de ordem política. (JUSTEN FILHO, 2013)

Independente destas mudanças, verifica-se que toda atividade administrativa do Estado deverá ser realizada com prévia e expressa admissibilidade da ordem jurídica, embora haja autores que acreditam na possibilidade de haver atuação administrativa do Estado *praeter legem*, em que não se propõe a realizar fins de Direito, mas a alcançar

fins de fatos determinados pelo Estado, proibido, no entanto, qualquer ação que seja *contra legem*. (MOREIRA NETO, 2014)

Sobre esse ponto o autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que:

> O ilustre Otto Mayer, como seu destacado epígono, mas é a primeira delas, que consistentemente com o conceito de Estado Democrático de Direito, tem neste um instrumento executor da vontade da sociedade, que só pode agir estritamente *secundum legis*, corrente hoje amplamente dominante, embora autores contemporâneos, como Harmut Maurer, mantenham a possibilidade de existência de atividades estatais não previstas em lei, exemplificando-as, como administração publica livre de vinculação legal (*Gestzfreiverwaltung*), com certas atividades, como a construção de estradas, a criação de serviços comunitários, o planejamento público ou a escolha de meios de fomento. (MOREIRA NETO, 2014, 22p.)

Assim, pode-se compreender que a função administrativa é o grupo de poderes jurídicos em que suas competências são definidas pelo Direito. Tais poderes jurídicos autorizam a realização das atividades materiais do Estado e a elaboração de comandos relativos à conduta de outros, determinando a terceiros a obrigação de respeito e submissão ao conteúdo das deliberações e das ações praticados pelo titular da função. (JUSTEN FILHO, 2013)

A função administrativa é considerada, inicialmente, como sendo típica característica do Poder Executivo, como demonstrado no art. 84 da CR/88. Contudo, para que não possa haver ingerência do Poder Executivo nos Poderes Legislativo e Judiciário, estes gozam de independência, sendo necessário garantir a sua autonomia na gestão de pessoal, bens e serviços, daí a atribuição de funções administrativas de ênfase interna, cometidas àqueles poderes.

Tal raciocínio já era desenvolvido na década de setenta por Miguel Seabra Fagundes:

> Assim como há atos legislativos, por natureza, que emanam dos Poderes Executivo e Judiciário, também existem atos materialmente administrativos, que não são praticados pela Administração Pública e sim pelos órgãos legislativo e judicante. Assim, quando a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal nomeiam funcionários das suas secretarias, praticam atos tipicamente administrativos. Quando os tribunais concedem licenças aos seus membros, aos juízes e serventuários, que lhes são imediatamente subordinados, ou quando quaisquer juízes fiscalizam a aplicação das leis ficais a respeito de taxas e selos devidos por autos judiciais, ordenando pagamento ou revalidações, estão exercendo atos administrativos pelo conteúdo. (SEABRA FAGUNDES, 1979, 36 p.)

Nesse sentido, não se questiona que o Poder Legislativo, além de sua função eminentemente típica de criação legislativa, exerce atos puramente administrativos, ou seja, que não são considerados gerais, muito menos abstratos e que não inovam a ordem

jurídica. Da mesma forma, o Poder Judiciário, fora a função jurisdicional, pratica os referidos atos administrativos inerentes a sua estrutura organizacional. (MELLO, 2010)

Contudo, a sistematização das atividades orgânicas, demonstrou que é possível os poderes Legislativo e Judiciário realizarem atividades administrativas, sem força direta aos cidadãos na qualidade de função de apoio as funções típicas atribuídas pela própria CR/88. (MEDAUAR, 2012)

Deste modo, o critério mais apropriado para atribuir as funções do Estado seria o formal, isto é, aquele que se vincula as características relacionadas com o próprio Direito. Assim, a função administrativa é a atividade que o Estado, ou quem por determinação legal o execute, desempenha na particularidade de uma estrutura e regime de hierarquia, e que no aparato constitucional brasileiro se diferencia em razão de ser realizada por meio de conduta infra-legal ou, excepcionalmente, infraconstitucional. (MELLO, 2010) Destarte, pode-se averiguar que o Poder Judiciário possui função administrativa para atribuição de seus atos internos e que tal função poderá ser exercida por outra pessoa que tenha autorização legal para a tal ato, como se dá nos casos de delegação os particulares de determinadas funções administrativas do Poder Judiciário.

Assim, após identificar a função administrativa do Poder Judiciário, perpassando pela teoria dos poderes e a constatação do que seria a função administrativa do Estado, serão discutidos, a seguir os paradigmas de Estado e da administração pública brasileira, tendo em vista sua influência na formulação do conceito de função administrativa Estado, conforme demonstrado, o que contribuirá para identificação da aplicação do Estado Gerencial na atuação administrativa do Poder Judiciário.

3- PARADIGMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA- EVOLUÇÃO

O Direito Administrativo e o Direito Constitucional possuem origens e finalidades comuns tendo em vista o surgimento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado. No entanto, seguiram caminhos distintos, por conta da influência do Ordenamento Jurídico Francês. Durante o século XIX e início do século XX, o Direito Constitucional foi associado à política, sem força normativa que resultasse na aplicação imediata e direta das leis constitucionais (BARROSO, 2008).

Já o Direito Administrativo evoluiu como ramo jurídico autônomo, arrebatando a disciplina da Administração Pública. No entanto, com o término da Segunda Grande Guerra Mundial, verificou-se a necessidade de constitucionalização do Direito

Administrativo e, consequentemente, uma regulamentação constitucional da Administração Pública (BARROSO, 2008).

Dentro deste enfoque, a administração pública brasileira desenvolveu novos paradigmas para acompanhar a evolução do Estado de Direito. No início do século XX o Estado Brasileiro vivenciou um poder oligárquico controlado pelos grandes "senhores de terras" (PEREIRA, 2006).

Diante do mencionado problema em que o particular se apropriava do Poder do Estado em decorrência do patrimônio que possuía, ocorreu uma grande mudança em meados dos anos de 1936. Constatou-se que neste período o Estado Brasileiro já caminhava no sentido de implementação do Estado Social de Direito.

Diante desta necessidade de ampliação da atuação estatal, a Administração Pública verificou nova alternativa ao modelo patrimonialista adotado. Assim, durante o referido período, o Estado Brasileiro implementou a Administração Pública burocrática moderna, a qual visava a separação clara entre o público e o privado, e também entre o político e o administrador público. Esse Estado possuía a sociologia de Weber como fundamento de legitimidade para a administração pública burocrata (PEREIRA, 2006).

Como forma de exemplificar a diferença existente entre a administração patrimonialista e a burocrata, apresentam-se os ensinamentos de Luiz Carlos Bresser Pereira:

> Se, no século XIX, a administração pública do estado liberal era um instrumento para garantir os direitos de propriedade - assegurando a apropriação dos excedentes da economia pela classe capitalista emergente -, no Estado desenvolvimentista, a administração burocrática era uma modalidade de apropriação dos excedentes por uma nova classe média de burocratas e tecnoburocratas. No Estado liberal, o preço da iniciativa empreendedora foi a concentração de renda nas mãos da burguesia, mediante mecanismos de mercado; no Estado desenvolvimentista, o excedente da economia foi dividido entre os capitalistas e os burocratas, que além dos mecanismos de mercado, usaram o controle político do Estado para enriquecimento próprio. Se, nos países desenvolvidos, a *res* publica não foi bem protegida pela administração burocrática dada sua ineficiência em administrar o Estado do Bem-Estar, nos países em desenvolvimento, a res publica foi ainda menos protegida, porque, nesses países, os burocratas não se dedicaram apenas à construção do Estado, mas também a substituir parcialmente a burguesia no processo de acumulação de capital e na apropriação do excedente econômico. (PERREIRA, 2006, 28 p.)

Diante da necessidade de desenvolver um novo paradigma para Administração Pública, o Estado Brasileiro iniciou o processo de implementação dos princípios básicos da burocracia clássica racional-legal durante o governo de transição de Getulio Vargas, nos anos da década de 1930 (DIAS, 2003).

Quanto a esse ponto, importante destacar que a reforma administrativa de Vargas possuiu direta relação com a implementação do Estado Social de Direito, pois se inseriu na conjuntura de consolidação, no Brasil, dos princípios basilares do Estado de Bem-estar social. Destaca-se, entretanto, que a reformulação administrativa de Vargas foi impositiva e autoritária, tento em vista o regime político existente durante a sua criação (DIAS,2003).

A criação do Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP), simbolizou a implementação dos princípios da administração pública burocrática e consequentemente o marco da primeira reforma administrativa brasileira.(PEREIRA, 2006). O referido órgão possuía diversas competências atribuídas pelo Decreto-lei n.579/38, no entanto, aos poucos, deixou de ser um Departamento de apoio para desenvolver a função legislativa de caráter geral. Assim, a professora Maria Tereza Fonseca Dias apresenta algumas atribuições do DASP:

> Entre outras atribuições, o DASP era encarregado de coordenar, orientar e fiscalizar a aplicação de toda a legislação de pessoal, propondo as revisões que lhe fossem cabíveis; rever projetos de obras destinadas ao serviço publico civil; promover cursos de administração e de extensão; coordenar a carreira de técnico de administração. propor a formação de carreiras; prestar serviços de publicidade e coordenar a elaboração de Revista do Serviço Publico - que foi o principal veiculo de divulgação das ideias propugnadas pela Reforma Administrativa da época. (DIAS, 2003, 177p.)

No entanto, a Reforma Administrativa de Vargas se enfraqueceu por diversos fatores. Durante esse período o Estado se preocupava mais em controlar a Administração Pública do que com a prestação do serviço público, resultando na concentração do poder e sua centralização da atuação estatal em um único órgão, o DASP, bem como outros aspectos. (DIAS, 2003)

Não obstante, em 1967, o Estado Brasileiro iniciou sua segunda reforma administrativa no mesmo ano em que ocorreu a mudança da ordem constitucional anterior, a Constituição de 1946. Para Bresser Pereira, a reforma ocorrida durante a ditadura militar pode ser denominada de *Desenvolvimentista*, pois visava à distinção clara da administração direta e indireta, e assegurava às autarquias, fundações e empresas estatais uma maior autonomia de gestão (PEREIRA, 2006).

A referida reforma estabelecida pelo Decreto-lei 200/67, possuia três pilhares(pilares) básicos de implementação, (i) organização administrativa, (ii) coordenação e controle, (iii) planejamento e fiscalização financeira e orçamentária (DIAS, 2003).

Quanto ao primeiro ponto, o decreto reformador apresentou uma harmonização através da doutrina e do direito positivo, com as ideias de Administração direta e indireta, conceituando de maneira técnica a descentralização e a desconcentração administrativa. Já o segundo ponto, relativo à coordenação e controle, destinou-se a instituição de controles pela Administração Pública como forma de fiscalizar a descentralização administrativa e as outorgas de competências (DIAS, 2003).

E o último e terceiro ponto acima mencionado (planejamento e fiscalização financeira e orçamentária), refere-se à instituição de um sistema de planejamento de resultado por meio de uma conjuntura de atividades programáticas do âmbito da máquina pública, tendo em vista os diversos planos econômicos elaborados no período de criação do decreto 200/67 (DIAS, 2003).

Para Bresser Pereira a reforma administrativa de 1967 pode ser considerada como o primeiro momento da administração gerencial no Brasil, pois foi uma tentativa de superar a rigidez burocrática do Estado, bem como a implementação dos três pilares acima demonstrados (PEREIRA, 2006).

No entanto, assim apresenta o referido autor as duas consequências indesejáveis e inesperadas ocorridas com o Decreto-lei 200/67:

> "De um lado, por permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de praticas patrimonialistas e fisiológicas. De outro, por não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta ou central, que era vista pejorativamente como "burocrática" ou rígida, deixou de realizar concursos e de desenvolver carreiras de altos administradores. O núcleo estratégico do Estado, foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através da estratégica oportunista do regime militar, que, ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados através de concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais". (PEREIRA, 2006, 244p.)

E por fim conclui,

> "Desta maneira, a reforma administrativa embutida no Decreto-lei nº 200/67, ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar, que se iniciou já em meados dos anos 70, agravou ainda mais a situação da administração publica, na medida em que a burocracia estatal foi identificada com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração." (PEREIRA, 2006, 245p.)

Com o fim do regime militar, passando pelo período de transição democrática até o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, ocorreram diversos momentos antecessores à reforma gerencial de 1998. No entanto, o principal movimento ocorrido neste período foi o Programa Nacional de Desburocratização, idealizado em 1979 por Hélio Beltrão. O referido programa possuía a finalidade de reduzir a interferência do Estado nas relações dos cidadãos e dos empresários (DIAS, 2003).

Porém, Bresser Pereira afirma que o período de transição do governo Sarney, a Promulgação da Carta da República de 1988, e os governos de Collor e Itamar, foram um retrocesso relativamente à estruturação administrativa do Estado brasileiro, pois ressuscitaram os ideais burocráticos dos anos de 1930, com a influência política do populismo que marcou os anos 1950. O mencionado autor argumenta que os partidos de transição eram democráticos, mas populistas. Além disso, o autor afirma que a Constituição da República de 1988 ignorou as novas orientações da administração pública moderna, ao consagrar princípios administrativos arcaicos e burocráticos ao extremo (PEREIRA, 2006).

Todavia, a partir do primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, criou-se o Programa de Reforma do Estado com o objetivo de implementar e discutir a teoria gerencial da Administração Pública, direcionada para o controle de resultados, eficiência, descentralização, produtividade e qualidade do serviço público e o papel do servidor (DIAS, 2003).

Assim, durante o mencionado período, iniciou-se um processo intenso de reforma administrativa com o objetivo de romper com ideais burocráticos do Estado Social weberiano. Para realizar a reforma gerencial, a Administração Pública brasileira sofreu influências dos regimes ingleses e norte-americanos, os quais possuíam como fundamento o conceito de Governo Empreendedor, como forma de implementar novos recursos que visam a maximizar a produtividade e a eficiência (PEREIRA, 2006).

Com o advento da Emenda Constitucional número 19/98, consagrou-se a implementação no Estado Brasileiro da Administração Pública Gerencial, que assim melhor se apresenta nas palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira:

> "Novos paradigmas gerenciais: a ruptura com estruturas centralizadas, hierárquicas, formalizadas e piramidais e sistemas de controle 'tayloristas' são elementos de uma verdadeira revolução gerencial em curso, que impõe a incorporação de novos referenciais para as políticas relacionadas com a administração pública, virtualmente enterrando as burocracias..." (PEREIRA, 2006, 252p.)

Diante desse novo contexto gerencial da Administração Pública Brasileira, o Estado buscou instrumentos do direito privado para aprimoramento do desempenho estatal, de forma a introduzir no Direito Administrativo uma renovada ligação com o direito privado. O conceito clássico de contrato administrativo evoluiu, assim, para novas "ferramentas" de parceria e colaboração entre o público e o privado (GUIMARÃES, 2012).

Nesse sentido, verifica-se que os indicadores de eficiência da administração pública são fundamentais e possíveis de utilização pela função administrativa do Poder Judiciário.

4- CONCLUSÃO

Diante de todo o conteúdo acima desenvolvido, no que se refere ao marco teórico desenvolvido foi identificado, com base no conteúdo pesquisado, que a teoria da separação dos poderes possui estreita ligação na repartição de funções dos poderes estatais e que atualmente não é mais compreendida à época de sua criação, pois cada poder necessita exercer, em determinados casos, as funções de outro tendo em vista a sua própria autonomia de gestão e independência, que são, por consequência, assegurados pela própria CR/88.

Por essa razão foi identificado que o Poder Judiciário possui, além de sua função eminentemente jurisdicional, atividades administrativas que são exercidas pelo próprio órgão como forma de gerir e propiciar aos cidadãos a melhor prestação dos serviços por ele realizado.

Para se demonstrar o paralelo entre a função administrativa do Poder Judiciário com os novos paradigmas para a Administração Pública foi necessário apresentar a evolução do Estado de Direito. Neste estudo foi abordado a evolução de tais paradigmas desde o início do século XX representado pelo poder oligárquico controlado pelos grandes senhores de terras em que o particular se apropriava do Poder do Estado por possuir patrimônio considerável. Passou pela primeira reforma administrativa brasileira, responsável por uma grande mudança no país, por necessidade da ampliação da atuação estatal, em meados de 1936 com a implementação da Administração Pública burocrática moderna que visava uma separação clássica entre o público e o privado, momento este de direta relação com a implementação do Estado Social de Direito porém feita de maneira impositiva e autoritária, preocupava-se mais em controlar a Administração Pública do que com a prestação de serviço público.

Com o fim do regime militar, o principal movimento foi o Programa Nacional de Desburocratização que tinha a finalidade de reduzir a interferência do estado nas relações dos cidadãos e empresários e que com emenda 19 da CR-88 foi possível implementar na estrutura da Estado Brasileiro os paradigmas do Estado Gerencial.

Diante do pesquisado a hipótese identificada no início da pesquisa foi confirmada no sentido de que é juridicamente possível a utilização dos paradigmas do Estado Gerencial na função administrativa do Poder Judiciário como mecanismo de aplicação do princípio da eficiência assegurado no artigo 37 da Constituição da República de 1988.

REFERENCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos; NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Direito Administrativo e seus paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

BARBERA, Augusto. *Le* **Basi Filosofiche del Constituzionalismo**. Lecce: Laterza, 2011. 314 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 410 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1512 p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 270 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 876p.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado.**Coimbra: Almedina, 2009, 408p.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1997. 55p.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. **Storia del diritto amministrativo**. 4. ed. Roma: Laterza, 2006. 551 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1127 p.

MODESTO, Paulo. **Nova Organização Administrativa Brasileira**. Belo Horizonte: Forum, 2009. 346p.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2010. 481p.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. 314 p.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Crise do Estado. Ensaios Sobre a Economia Brasileira.** São Paulo: Nobel, 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia Brasileira**. São Paulo: Ed. 34, 1998 224 p.

SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. 256p.

SILVA, José Afonso. **Comentários Contextual à Constituição**. 5ªed. São Paulo: Mandamentos, 2007. 1027p.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924p.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Pereira da Silva. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. 777p.