

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO CONSTITUCIONAL II

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

NARA SUZANA STAINR

ZULMAR ANTONIO FACHIN

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Direito Constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Nara Suzana Stainr; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CONSTITUCIONAL II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O CONPEDI, importante sociedade científica da área do Direito, tem sido, ao longo do tempo, um espaço privilegiado para pesquisadores de Direito e mesmo de ciências afins. Esse auspicioso espaço acadêmico tem se desenvolvido cada vez mais. Residentes em todos os quadrantes do Brasil, pesquisadores (docentes, mestrandos e doutorandos) têm confluído para esse espaço, apresentando suas pesquisas desenvolvidas ou em fase de desenvolvimento.

Neste sentido, nos dias 12, 13 e 14 de outubro de 2023, realizou-se na Universidade de Buenos Aires, na Argentina, o “XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires”. Sob a temática central “Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración”, centenas de trabalhos científicos foram aprovados e apresentados oralmente, na forma presencial.

O GT “Direito Constitucional I” contou com inúmeros trabalhos de pesquisadores advindos de vários Programas de Doutorado e/ou Mestrado, localizados nas mais diversas regiões do Brasil. Após as apresentações, foram realizados debates, sempre envolvendo blocos de temas. Pode-se constatar que os debates foram tão enriquecedores quanto os textos apresentados.

Cumprindo suas missões institucional e científica, o CONPEDI publica os textos que, além de aprovados, foram também apresentados pelo(s) seu(s) autor(es), durante os 3 dias de realização do evento.

Ao tempo em que cumprimentamos a todos(as) os(as) autores(as), desejamos ótimas leituras!

Prof. Dr. Zulmar Fachin

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias”
das Escola de Direito das Faculdades Londrina

Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

Prof. Dr. José Antônio de Faria Martos

Doutor em Direito pela FADISP – SP. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor titular da graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito de Franca- SP. Advogado.

**JUÍZES FORA DO CONTROLE – A CONSTRUÇÃO DE LIMITES INFRALEGAIS
AO CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS PELO CONSELHO
NACIONAL DE JUSTIÇA; PARTE 1: ATOS “EVIDENTEMENTE
JURISDICIONAIS” E DEVERES FUNCIONAIS**

**JUDGES OUT OF CONTROL – INFRALEGAL LIMITS TO THE FULFILLMENT
OF CONSTITUTIONAL FUNCTIONS BY THE BRAZILIAN NACIONAL COUNCIL
OF JUSTICE; PART 1: “EVIDENTLY JURISDICTIONAL” ACTS AND
FUNCTIONAL DUTIES**

Volnei Rosalen ¹

Paula Gomes da Conceição ²

Eduardo Augusto Gonçalves Dahas ³

Resumo

O presente artigo apresenta resultados de pesquisa e análise sobre a construção, ao nível da jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça, de decisões que funcionam como limitações, de caráter infralegal, ao cumprimento das funções constitucionais pelo mesmo Conselho. A pesquisa revisita a ideia de separação de poderes de Montesquieu e mostra que, ao menos em parte, a interpretação, pelo Conselho, de todo e qualquer ato praticado por um juiz como um ato jurisdicional tem determinado a flexibilização ou mesmo a ratificação da atuação de juízes e tribunais fora dos limites da lei à qual deveriam estar submetidos. A ideia de independência do juiz sobrepujando a noção democrática de separação dos poderes está na base dessa flexibilização, tendo como o principal elemento a indistinção doutrinária entre atos jurisdicionais e atos que não podem e não devem ser considerados jurisdicionais. Conclui que essa precisão é necessária para assegurar o cumprimento da Constituição em uma dupla dimensão: tanto para a adequada conformação do Judiciário às condições da democracia e da soberania popular quanto para o cumprimento das funções constitucionais de controle por parte do CNJ.

Palavras-chave: Juízes, Ato jurisdicional, Deveres funcionais, Constituição, Conselho nacional de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents search results and analysis of the construction, at the level of the

¹ Doutor em Direito (Ufsc). Mestre em Direito Político e Econômico (Mackenzie/SP). Professor e pesquisador. Atua em pesquisas relacionadas ao constitucionalismo e separação de poderes, judiciário e política, e política judiciária.

² Advogada e Professora Universitária. Possui mestrado em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pela PUC-Campinas. Suas pesquisas estão relacionadas ao orçamento público, promoção de direitos sociais fundamentais e desenvolvimento.

³ Doutor em Direito Processual pela Pucminas; Mestre em Direito Privado pela Fumec; Mestrando em Science of Dispute Resolution pela Ambra University; Graduado em Mediação pela Unopar; Advogado, Mediador e Professor.

jurisprudence of the Brazilian National Council of Justice, of decisions that act as limitations, of infralegal nature, to the fulfillment of the constitutional functions for same Council. The research revisits the Montesquieu's separation of power idea and shows that, at least in part, the interpretation, by the Council, of any and all act performed by a judge as a jurisdictional act has determined the flexibility or even the ratification of the performance of judges and courts outside the limits of the law to which should be submitted. The idea of judge independence overcoming the democratic notion of separation of powers is the basis of this flexibility, having as main element the doctrinal indistinction between jurisdictional acts and acts that cannot and should not be considered jurisdictional. Concludes this precision is necessary for to ensure the fulfillment of Constitution in a double dimension: both for adequate conformation of the judiciary to the conditions of democracy and popular sovereignty and for the fulfillment of the constitutional functions of control by the CNJ.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judges, Jurisdictional act, Functional duties, Constitution, Brazilian national council of justice

Introdução.

O presente artigo foi elaborado com base em pesquisa desenvolvida pelo primeiro autor ao longo da construção de sua tese de doutoramento e submetida a análise e desenvolvimento conjunto pelos coautores.

O objetivo da pesquisa é analisar possíveis limites recorrentes ao Conselho Nacional de Justiça na realização de suas funções constitucionais a partir da construção de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da determinação dos atos praticados por órgãos do poder judiciário.

A análise parte de considerações acerca da teoria da separação dos poderes, buscando situar adequadamente a posição do judiciário, enfatizando o elemento democrático, geralmente encoberto, na teoria de Montesquieu, qual seja a submissão de juízes e tribunais ao limite estreito da lei pré-existente.

O método empregado é o dedutivo, combinando técnicas de revisão bibliográfica e análise de decisões do CNJ que se relacionam com o tema de estudo.

O trabalho se reveste de importância e atualidade dado que, embora haja profusão de trabalhos e pesquisas sobre jurisprudência e atuação do judiciário, muito poucos se dedicam a analisar o exercício constitucional de controle pelo CNJ e suas consequências na determinação de uma adequada inserção do judiciário no arranjo democrático.

O problema norteador da pesquisa e análise pode ser assim resumido: Considerando que a existência de controles é um elemento chave para a determinação do funcionamento dos poderes em consonância com o princípio democrático, a imprecisão quanto ao alcance dos atos ditos jurisdicionais e deveres funcionais dos juízes pode representar um limite ao exercício das funções constitucionais determinadas para o Conselho Nacional de Justiça?

A primeira parte do artigo recupera breves noções sobre a teoria da separação dos poderes e constitucionalismo e seu impacto na definição da posição dos juízes e tribunais na organização estatal. Os capítulos 2 e 3 analisam, a partir de revisão bibliográfica e análise de decisões do CNJ, como essa posição vem sendo interpretada. A parte final é destinada às conclusões e resposta à pergunta/problema.

1. A independência como autoproteção da “cidadela da justiça”

Foi Montesquieu quem apresentou o “poder de julgar” como um poder “terrível entre os homens”, propondo então que, “não estando ligado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão” ele se tornaria “nulo”. (MONTESQUIEU, 1999)

A conformação atual da magistratura e da organização do judiciário, no entanto, pouco deve a esta ideia original de Montesquieu, mas quase tudo aos federalistas norte-americanos. No Federalista 78, John Hamilton construiu o escopo da estrutura organizativa do judiciário. Para ele ramo “menos perigoso” do Estado precisava ser compensado com proteções contra o “perigo contínuo de ser dominado, intimidado ou influenciado pelos seus ramos coordenados”:

[...] e como nada pode contribuir mais para sua firmeza e independência, do que a estabilidade no ofício, esta qualidade deve, portanto, ser considerada como um ingrediente indispensável em sua constituição; e em grande medida como a cidadela da justiça pública e da segurança pública. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2005, p. 413) (grifo nosso)

Apresentada como uma preocupação em proteger o judiciário contra a ação usurpadora dos demais poderes, o que ali se desenhou foi uma espécie de intocabilidade do judiciário pelos demais, vistos como poderes perigosos para as liberdades individuais. Ao judiciário caberia, então, a função de proteger aquelas liberdades. A fraqueza que requer compensações na retórica federalista, é transformada em força. De um poder “invisível e nulo” na visão de Montesquieu, a um poder que tem a função de proteger as liberdades contra os ataques dos demais poderes. O resultado final dessa proteção, no caso norte americano foi, para Bercovici (2013), uma inversão da Constituição e a atuação da Suprema Corte combatendo a ampliação da democracia.

A concepção de que os juízes (e o judiciário) devem ser protegidos deitou raízes profundas nas constituições, mesmo com consequências graves para o desenvolvimento e preservação da democracia e para o exercício da soberania popular, princípios base da Constituição. A expressão que melhor representa essa ideia de proteção é, sem dúvida, a palavra *independência*.

A independência dos magistrados ganhou posição de destaque, desassociando-se da ideia de imparcialidade. Enquanto a imparcialidade é exigida do juiz em relação às partes do processo, e o vincula funcionalmente aos demais poderes, a independência é uma proteção contra aqueles e seus agentes. Mas isso pode implicar em colocar o judiciário fora da submissão à soberania popular.

O raciocínio pode ser assim resumido: sendo o ramo mais frágil do arranjo de poderes estatais, o judiciário seria compensado em sua suposta fragilidade, pela atribuição

de garantias que são suas proteções contra o “assalto” dos demais poderes. A independência é uma pretensão, e ao mesmo tempo, um discurso ideológico e de força da magistratura. Qualquer ideia ou expectativa de controle sobre o judiciário teve ou terá que se debater com a invocação da independência. *Independência* e *controle* são apresentados então como antípodas, e em grande parte, a problemática do controle (qualquer que seja a adjetivação que se lhe dê: interno ou externo) sobre o judiciário, vai ter que se defrontar com essa questão.

2. Controle do cumprimento de deveres funcionais e atos “evidentemente jurisdicionais”

A possibilidade de controle sobre os juízes e órgãos do Judiciário foi, aparentemente, superada com a aprovação da Emenda Constitucional 45 e a criação do Conselho Nacional de Justiça. Mas a compreensão sobre a extensão do controle permanece problemática sobretudo quando confrontada com as visões acerca da independência do judiciário, que em grande extensão, afastam ou impedem a verificação de atos dos juízes, a partir da qualificação que se dê ao ato por eles praticado. Isto porque, de acordo com o § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal ao CNJ é dado o controle administrativo do judiciário e de cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes.

No entanto, há um terreno, sobre o qual a doutrina pouco tem se debruçado, a saber: a) o primeiro problema está em determinar quais atos dos órgãos do poder judiciário se inserem como atos de administração; b) o segundo em compreender o que, ou quais, são os deveres funcionais dos juízes. Foi no espaço vazio provocado pela imprecisão quanto a estes aspectos e sobre a base da independência dos juízes que se desenvolveu a jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça acerca dos atos chamados de “eminentemente jurisdicionais” ou “evidentemente jurisdicionais” e à afirmação de impossibilidade de controle dos atos assim denominados. Essa jurisprudência ofuscou o debate doutrinário sobre a natureza dos atos do juiz e o que deve ou não ser considerado jurisdicional¹.

¹ Gramaticalmente os advérbios têm a função de modificar a palavra que acompanham. No caso das expressões, os advérbios “evidentemente” e “eminentemente” atuam modificando o adjetivo “jurisdicional”. Assim, o adjetivo é reforçado pela presença do advérbio. Seria algo como dizer que alguma pessoa “é bonita” ou é “evidentemente bonita”. O uso parece um recurso retórico para fechar a porta a qualquer discussão. O que é “evidentemente jurisdicional” não pode ser questionado, não pode ser colocado em dúvida. Basta lembrar que a raiz do advérbio mencionado é o substantivo evidência, do inglês, *evidence*, que significa prova. Ou seja, o que é evidente, é o que está provado. É assim inclusive que o direito positivo brasileiro trata a questão, ao prever no Código de Processo Civil a Tutela da Evidência. Claro que podemos nos perguntar se, havendo um ato “evidentemente jurisdicional” há também um ato que não o seja. Mas o

Em estudo recente, Oliveira e Rosalen (2022) identificaram um “alargamento” do conceito de ato jurisdicional, cuja consequência é “uma redução e limitação significativa das competências constitucionais do CNJ”. Naquele estudo os autores analisaram um conjunto de procedimentos deflagrados no âmbito do Conselho Nacional de Justiça contra o juiz federal Sérgio Fernando Moro juiz responsável pelas principais decisões de primeira instância da conhecida Operação Lava Jato. Confirmando a tendência apontada acima, os 31 processos contra o juiz, analisados no estudo, foram arquivados, em decisões monocráticas. Boa parte deles com decisão em que o Corregedor considerou a existência ou não de infração disciplinar (a inexistência é causa de arquivamento), foram arquivados exatamente ao argumento que os atos questionados tinham natureza “judicial” ou “jurisdicional”, e por isso não estariam sujeitos a controle.

Cravou-se a expressão “evidentemente jurisdicional”² para, ao mesmo tempo, extrair duas consequências: 1) afastar a competência do Conselho Nacional de Justiça, ao argumento de que o controle exercido pelo conselho só é admissível constitucionalmente em questões de natureza administrativa e impossível em atos de natureza jurisdicional. 2) impedir o controle de deveres funcionais de juízes pelo CNJ quanto a atos praticados no âmbito do processo vez que a jurisprudência do Conselho se estabeleceu sobre a premissa de que “o exame de matéria eminentemente jurisdicional não enseja o controle administrativo”³.

Cabe considerar, porém, sobre a primeira consequência, que, no âmbito do processo, há atos que não são jurisdicionais – e aqui fica claro que ainda se prescinde de precisão conceitual em relação a essas definições – e que ainda assim, são colocados nessa posição. O estudo de Oliveira e Rosalen (2021) cita como primeiro exemplo os despachos, entendidos na doutrina processualista como “atos de mera administração do processo”⁴(LAMY e RODRIGUES, 2019), remetendo ao art. 1.101 do Código de Processo Civil, que determina que “dos despachos não cabe recurso”. Um dos exemplos no caso do juiz Moro foi um “despacho-consulta” dirigido ao juiz Gebran Neto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinando uma sucessão de desdobramentos

sentido do recurso retórico e reforço gramatical parece certo. Aliás, os advérbios variam: “evidentemente”, “eminentemente”, “flagrantemente”. Sempre com o mesmo sentido e objetivo.

² Com dito acima as expressões variam: “evidentemente jurisdicional”, “eminentemente jurisdicional”, “flagrantemente jurisdicional”. O adjetivo “jurisdicional” também é substituído por “judicial”, por vezes.

³ A expressão entre aspas é do Corregedor Nacional de Justiça, Min. Humberto Martins, na decisão de arquivamento do PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0005020-69.2018.2.00.0000, decidido em 10.12.2018.

⁴ Conferir: LAMY, Eduardo de Avelar; e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Teoria Geral do Processo., 6ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2019. p. 172.

e decisões judiciais⁵. Sendo o despacho um ato de “administração do processo”, poderia então ser submetido ao controle administrativo como tal.

Como se sabe, despachos são um tipo de ato bastante comum no cotidiano de qualquer juízo ou tribunal. Despachos são atos de administração que em sua aparente singeleza, fazem lembrar algo bastante importante: juízes não apenas julgam processos, eles também os administram. É aquilo que Ingeborg Maus (2010) trata como “espaços livres de direito”, e margens de ação que são preenchidas por atos de administração. Outro exemplo disso, no estudo de Oliveira e Rosalen (2021) é a acusação de que o juiz Moro teria simulado a distribuição de um processo por dependência para atrair para si a competência processual. A distribuição de processos, para o que costuma haver extenso regimento no âmbito dos tribunais⁶, é, como se vê, uma questão de administração da justiça, um ato de administração. Nos dois exemplos citados no estudo mencionado, o Corregedor Nacional considerou os atos como atos jurisdicionais, negando possibilidade de atuação do Conselho.

Quanto à segunda consequência – que limita o controle dos deveres funcionais pelo viés de que a matéria jurisdicional não comporta controle administrativo – é preciso ter em mente que, se o Conselho Nacional de Justiça não atua como instância recursal de atos tidos como jurisdicionais, é certo também que não está impedido de verificar atos jurisdicionais praticados, quando neles estiver inserido descumprimento de deveres funcionais:

Ao CNJ não está confiado analisar todo e qualquer ato jurisdicional, é verdade. Sua competência, no entanto, o obriga a analisar todo e qualquer ato de descumprimento dos deveres funcionais, os quais, na maior parte do tempo só ocorrem através de atos jurisdicionais. (OLIVEIRA e ROSALEN, 2021, p. 30.)

Aliás, há um raciocínio curioso que precisa ser ainda considerado. Se de um lado a jurisprudência do CNJ bloqueia o controle do cumprimento de deveres funcionais pelo Conselho como função de controle administrativo, não é menos verdade que há também um bloqueio ao próprio controle jurisdicional do cumprimento dos deveres. Esse raciocínio foi desenvolvido no julgamento, pelo STF, do Inquérito 2699, em 12 de março de 2009. No inquérito discutia-se a prática de crime contra a honra, por parte de dois ministros do Tribunal. Em Questão de Ordem, o plenário do tribunal decidiu pela extinção do inquérito, alegando atipicidade de conduta. O fundamento foi o artigo 41 da Lei

⁵ Com base no “despacho-consulta” de Moro, Gebran Neto cassou uma decisão judicial de outro juiz do TRF 4.

⁶ Remeto, exemplificativamente, ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça de SC, ou ainda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Orgânica da Magistratura, segundo o qual “Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”. O argumento para a decisão está resumido em parte da ementa:

A "ratio" subjacente à norma inscrita no art. 41 da LOMAN decorre da necessidade de proteger os magistrados no desempenho de sua atividade funcional, assegurando-lhes condições para o exercício independente da jurisdição. É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do "officium iudicis", sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2699. Querelante: Carlos Frederico Guilherme Gama. Querelados: Carlos Augusto Ayres Freitas de Brito e Marco Aurélio Mendes de Farias Melo. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 12.03.2009)

A questão então pode ser recolocada da seguinte forma: um ato do juiz praticado em desrespeito à lei, segue sendo um ato jurisdicional? E aqui se retoma um pressuposto que presente em Rousseau (2006) e sua crucial distinção entre a lei, considerada um ato de soberania, e os atos de magistratura, naturalmente submetidos à lei. Um ato do juiz segue sendo um ato de jurisdição enquanto estiver conformado à lei preexistente, e deixa de ser um ato jurisdicional se ele perde essa conformidade⁷ (SCHMITT, 2007). Pode-se perguntar então se todo ato de um juiz, pelo simples fato de ter sido praticado por um juiz, deve ser considerado como um ato de jurisdição.

Sob os exemplos acima, pode-se ver que o caminho para o exercício da competência constitucional atribuída pelo Art. 103-B § 4º parece bloqueada nos dois caminhos. Tanto no caminho do controle administrativo, quanto no sentido de algum controle judicial. Mas para isso é preciso perguntar: o que seria então uma violação de deveres funcionais?

1.1. Que deveres funcionais?

⁷ “Caso o juiz abandoe a base na qual realmente exista uma subsunção do fato típico a normas gerais e, com ela, uma vinculação material à lei, ele não mais pode ser juiz independente e nem um sinal de aparência de justiça pode protegê-lo dessa conclusão. 'A vinculação à lei, unicamente à qual o juiz está subordinado pelo artigo 102, não significa apenas o limite, mas a verdadeira justificação para a liberdade de decisão, por causa do poder da lei que se impõe unicamente pela sentença, todas as outras vinculações têm que cair perante o juiz'. Por isso, o problema do movimento do livre direito e da magistratura 'criadora' é, em primeiro lugar, um problema constitucional”. (Schmitt, 2007, p. 29)

De acordo com o artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura, são considerados deveres funcionais do juiz:

- I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;
- II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;
- [...]

Fixemo-nos, por hora, no inciso I do art. 35 da LOMAN, que determina como dever do juiz “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”. Numa perspectiva democrática, o que se espera do judiciário como instituição, e do juiz individualmente é, mais do que seu respeito à lei, sua rigorosa submissão a ela, e cujo sentido da aplicação é “proferir as palavras da lei” nos julgamentos concretos. Como lembra Ingeborg Maus, esse é o próprio sentido da separação de poderes nos moldes propostos por Montesquieu:

A diferenciação precisa do Judiciário, na divisão dos poderes, é determinada em Montesquieu de forma funcional: a justiça é um poder distinto por ter exclusivamente tarefas de aplicação do direito, mas não de criação. Essa divisão funcional é assegurada pela exigência de um método jurídico que sobrepuja rigorosamente a opção jurídico-positivista da vinculação judicial à lei: “O juízes são (...) apenas a boca que profere as palavras da lei, (eles são) seres destituídos de vontade (*des êtres inanimés*) (MAUS, 2010, p. 200) (grifo nosso)

Esse é o único sentido democrático em que se pode compreender a ideia de separação, a partir de Montesquieu. A rejeição à ideia de que o juiz é apenas o aplicador da lei implicaria também na rejeição da ideia de separação de poderes, porque é exatamente do fato que o juiz aplica a lei que não faz, que emerge o fundamento principal da separação. Jeremy Waldron especifica essa ideia, concebendo a separação dos poderes suportada na integridade de cada um deles, o que lhes assegura um papel próprio na estrutura do Estado:

A ideia é que em vez de uma decisão política indiferenciada para fazer algo sobre a pessoa X, há uma insistência que algo que nós devemos fazer a X ou sobre X deve ser precedido de um exercício de poder legislativo que estabelece uma regra geral aplicada para todos e não apenas para X, um processo judicial que determina que a conduta de X em particular se enquadra no âmbito daquela regra, e assim por diante. Assim como a integridade de cada uma dessas fases, há um sentido em que o poder é melhor exercido, ou exercido mais respeitosamente tanto quanto seus súditos estão preocupados, quando ele segue esta sequência ordenadamente. (WALDRON, 2016, p. 46)

No entanto a ênfase dada à ideia de independência tradicionalmente obscurece este ponto relevante da teoria, sobretudo em termos de controle democrático do poder e exercício democrático da soberania popular. A ideia de independência parece ter

sobrepujado a expectativa de que ao juiz esteja determinado cumprir a lei, aplicando-a; ou seja que um juiz só pode ser um juiz independente se ele atua em função de uma norma preexistente, subsumindo fatos a essa norma. Em síntese o juiz é independente sob a lei e não fora ou acima dela.

A problemática aparece em inúmeras decisões da Corregedoria Nacional. Por exemplo, a Reclamação Disciplinar **0002923-28.2020.2.00.0000** tem a seguinte ementa:

RECURSO ADMINISTRATIVO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. PRETENSÃO DE REVISÃO DE ATO JURISDICIONAL. ART. 103-B, § 4º, DA CF. NÃO CABIMENTO. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MAGISTRADO QUE REVERBERA EM GARANTIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL IMPARCIAL EM FAVOR DA SOCIEDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (grifo meu)

Com decisão idêntica, a Reclamação Disciplinar 0002438-91.2021.2.00.000 se refere a pedido de atuação disciplinar do Conselho em relação a desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. As acusações apresentadas foram de que o magistrado, ao julgar recurso, o fez “omitindo da câmara recursal a informação de que o aviso de recebimento referente à citação da empresa ré foi recebido por funcionário legítimo” com isso deixando de reconhecer a revelia; também que o magistrado ao receber exceção teria julgado ele mesmo, sem remeter a questão ao Órgão Especial do tribunal.

A decisão de arquivamento invoca novamente o argumento de que as reclamações levantadas remetem a aspectos “eminentemente jurisdicionais” do processo. Os fundamentos são postos assim:

A função do juiz não é decidir do modo como o reclamante entende adequado, mas sim decidir de acordo com o que resulta da sua livre convicção. Se, eventualmente, essa convicção está dissociada dos ditames legais, compete às demais instâncias jurisdicionais procederem aos ajustes devidos desde que provocadas mediante recurso. (BRASIL, 2021, p. 2)

Sob essa ótica, não há qualquer sentido no dever funcional previsto no art. 35, I da LOMAN. Se todo e qualquer ato jurisdicional, mesmo que implique o descumprimento da lei, só pode ser questionado como um recurso a outro juiz, na via judicial, então não há dever funcional em sentido administrativo ou de controle no Art. 35, I quando a lei determina que o juiz tem o dever de “cumprir e fazer cumprir (...) as disposições legais e os atos de ofício”.

Outro exemplo de decisão em que a fundamentação utilizada é de que “a independência funcional do magistrado reverbera em garantia de prestação jurisdicional

imparcial em favor da sociedade” é o da Reclamação Disciplinar 0000856-90.2020.2.00.0000. Nele as acusações são de que:

[...] o requerido está envolvido sistematicamente com criminosos, favorecendo-os com deferimento de *habeas corpus* e benefícios injustificáveis. Alega envolvimento com bandidos relacionados ao "jogo-do-bicho" e milicianos procurados internacionalmente por tráfico de internacional de mulheres e crianças. (BRASIL, 2021, p. 2)

Na conclusão do voto, a ministra Corregedora considera “não existirem elementos suficientes para a instauração de processo administrativo disciplinar” ao mesmo tempo que:

[...] a questão se reveste de natureza jurisdicional, matéria não afeta à competência do CNJ. Em tais casos, deve a parte valer-se dos meios processuais adequados, não cabendo a intervenção do Conselho Nacional de Justiça.

O mesmo juiz reclamado nesse procedimento estava, naquele momento, sendo processado administrativamente sob alegações idênticas, por decisão na Reclamação Disciplinar 0005648-92.2017.2.00.0000. No caso acima, na ementa da decisão da ministra corregedora consta:

3. A independência funcional do magistrado reverbera em garantia de prestação jurisdicional imparcial em favor da sociedade, expressamente prevista no art. 41 da LOMAN, somente podendo ser questionada administrativamente quando demonstrado que, no caso concreto, o órgão judicial atuou com parcialidade decorrente de má-fé, o que não se verifica no caso. (grifo nosso)

O problema não é necessariamente a gravidade das acusações, ou mesmo o fato de que o magistrado reclamado havia, já em 2019 – antes portanto desta decisão – sido afastado cautelarmente pelo Conselho Nacional de Justiça, com base em idênticas acusações⁸. É preciso considerar que os fatos narrados na denúncia podem não ser verdadeiros, e até mesmo que poderia haver o uso indevido do instrumento de reclamação. O que se pretende é chamar a atenção para o uso indistinto da ideia de “independência” do juiz como um anteparo a justificar a impossibilidade de se analisar infrações, ao argumento de que decisões “eminentemente jurisdicionais” não podem ser objeto de controle. E mais, a nítida superposição da “independência” do juiz ao dever funcional de cumprimento da lei estampado no inciso I do Art. 35 da LOMAN. Posta a independência

⁸ Conferir: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/12/17/cnj-afasta-desembargador-do-rio-e-decide-investigar-decisoes-do-magistrado.ghtml>

acima do dever funcional de cumprimento da lei, não haverá conteúdo jurídico a se extrair daquele dispositivo.

Ingeborg Maus (2010) identifica com precisão a centralidade da ideia de independência no processo de “autoprogramação” do aparelho estatal judiciário, como independência em relação às diretivas – normativas acrescentamos aqui – dos demais poderes.

Mas a afirmação geral de Montesquieu de que “não há (...) liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo”, tem desde o século XX, sob o signo da crescente autoprogramação da jurisdição e da volta da justiça ao centro da evolução do direito, poucas chances de uma compreensão adequada. Essa frase de Montesquieu é hoje lida não somente no sentido da independência judiciária de diretivas concretas dos outros poderes [...], mas também como postulado da autarquia judiciária voltado diretamente contra o legislativo. (MAUS, 2010, p. 200-201) (grifo nosso)

A independência sustenta a “cidadela de justiça” de Hamilton, sobre uma “estabilidade no ofício” praticamente intocável, protegida pelo manto do “ato jurisdicional”. Giorgio Agambem (2007) tem uma expressão que pode ser elucidativa aqui. Ele afirma que a exceção é um tipo de exclusão e o justifica dizendo que “a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta”. Algo similar ocorre no cruzamento da independência com o dever do juiz de cumprir a lei: o dever de cumprimento da lei se aplica à independência, desaplicando-se, retirando-se da independência; deixando-lhe livre o campo.

Essa é a conclusão a que chega um juiz e doutrinador⁹ acerca do dever de cumprir a lei previsto no inciso I do art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN):

Diz o inciso sob estudo que é dever do magistrado cumprir e fazer cumprir as disposições legais e os atos de ofício. É preciso bom senso na interpretação do dispositivo em questão. Juiz que profere decisão fundamentada, ainda que contra as disposições legais, não descumpra qualquer dever funcional. Aliás, no âmbito da atuação jurisdicional, dificilmente haverá infração a dever funcional por conta do descumprimento de texto legal, visto que o trabalho do juiz é justamente analisar a lei para aplicá-la ao caso concreto. (ALVES, 2014, p. 346) (grifo nosso)

⁹ Essa é uma questão que não cabe neste estudo, mas merece atenção: a conversão dos juízes em “construtores do direito” de dupla dimensão. De um lado formando a jurisprudência, e de outro, estruturando visões doutrinárias a respeito – tornando-se doutrinadores de sua própria jurisprudência – inclusive a respeito de seu próprio papel, reforçando a “autoprogramação”. Surgem então juízes “doutrinadores”, cuja autoridade é sistematicamente invocada nos debates jurídicos, que manejam com duas das chamadas “fontes” do Direito, cruzando aplicação e interpretação da lei como um ato monolítico. Não deixa de ser curioso que isso ocorra também a partir de iniciativas acadêmicas, como aquelas de criação de cursos de pós-graduação especialmente dirigidos a juízes.

Se da Lei Orgânica da Magistratura extraem-se tais conclusões, melhor sorte não se tem quando analisado o Código de Ética da Magistratura, previsto na Resolução 60 do CNJ. O art. 2º da resolução proclama: “Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos”. O dever de “cumprir e fazer cumprir [...] as disposições legais” é substituído pelo “respeito” às leis. O comando normativo positivo – que como se vê já não leva muito longe – é substituído por um comando de ordem moral.

Então, o que em uma perspectiva de democracia levada a sério deveria representar um limite para a ação do juiz, passa a determinar um impulso para fora das disposições legais, na direção da atuação argumentativa e hermenêutica, sempre sob o manto da independência. Essa relativização aparece inclusive em publicações institucionais da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, onde a conclusão sobre a independência como princípio ético da ação dos juízes, tem como desaguadouro a argumentação e o exercício hermenêutico¹⁰:

A hermenêutica, atrelada à sensibilidade e aos conhecimentos do juiz, resultará, quase sempre, numa escolha que busca convencer pela argumentação. Nesse processo de concretização da norma, manifesta-se a necessidade do exercício hermenêutico recorrer à ética para poder inspirar uma decisão justa. (SEREJO, 2011, p. 33)

A independência dos juízes é discursivamente ligada pelo umbigo à democracia, para afirmar que “sem juiz independente não haverá democracia” (NALINI, 2012). Mas esse tipo de afirmação torna-se uma tautologia se não se explica o que quer dizer um juiz ser independente. A explicação de Nalini, da qual se diverge aqui, é um exemplo desse tipo de argumento formal: “Um juiz só pode ser um profissional independente. Senão, não será juiz”. (NALINI, 2012, p. 67) Mas qual o significado da *independência* do juiz?

¹⁰ A dimensão da questão é emblematizado por uma decisão do Corregedor Nacional de Justiça do ano de 2018, na Reclamação Disciplinar 0010147-22.2017.2.00.0000: RECURSO ADMINISTRATIVO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. MATÉRIA DE NATUREZA JURISDICIONAL. DESVIO DE CONDUTA. INEXISTENTE. ABUSO E TERATOLOGIA DAS DECISÕES JUDICIAIS. INSUFICIENTE. ART. 35, I, LOMAN. CONCEITOS GERAIS E DE CONTEÚDO ABSTRATO. ELEMENTOS SUBJETIVOS. NÃO DEMONSTRADOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O liame objetivo entre ato jurisdicional e desvio funcional foi traçado tão somente em relação ao conteúdo de decisões judiciais e na subjetiva convicção de que são abusivas e teratológicas; 2. É necessário que se demonstre concretamente o ato abusivo do magistrado, ou seja, falha de postura do julgador que se coadune a uma das infrações disciplinares tipificadas no Lei Orgânica da Magistratura – LOMAN. 3. É necessário que se demonstre dolo ou desídia grave do magistrado, pois o art. 35, I, da LOMAN é constituído de conceitos gerais e de conteúdo abstrato. 4. A natureza exclusivamente administrativa das atribuições conferidas ao Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, da CF/88) impede a apreciação de questão jurisdicional. 5. Recurso não provido. (grifo meu)

Em seu *The politics of the Judiciary*, John Griffith (1997) reserva um ponto à análise da “criatividade judicial”. Prescrutando a “criatividade judicial” no “desenvolvimento da *common law*” e ao mesmo tempo na interpretação de “estatutos legais” na Inglaterra, Griffith chega à conclusão de que “juízes são frequentemente mais relutantes em ser criativos no desenvolvimento da *common law*” mas “frequentemente não são relutantes em interpretar estatutos legais em um caminho diverso daquele que o Parlamento teria pretendido fazê-los”. (GRIFFITH, 1997, p. 289). Este é um dos espaços do que John Griffith denomina como “políticas do judiciário”¹¹.

O ponto de fundo da problemática, como já dito, está em considerar que tudo aquilo que o juiz realiza no processo é um ato de jurisdição. E jurisdição tudo aquilo que o juiz realiza no processo. Sem que se pergunte o que distingue um ato tido como “jurisdicional” de outro ato de governo. Carl Schmitt desenvolveu uma crítica bastante precisa a essa definição formalista de justiça e seu fundamento na independência do Juiz:

Esse tipo de lógica se processa, em contínuas trocas, da seguinte maneira: justiça é o que um juiz faz, ou seja, tudo o que um juiz faz é justiça, o juiz é independente, ou seja, toda pessoa que é independente é um juiz, assim tudo o que um órgão independente faz sob a proteção da sua independência é justiça [...]. Nesses tipos de conceitos formais, tudo pode ser imputado a todos, tudo pode se tornar justiça [...]. (SCHMITT, 2007, p. 57)

A independência do juiz, tal como foi definida doutrinariamente no Brasil, e fortemente reforçada na jurisprudência do CNJ, bloqueia qualquer tentativa de controle do judiciário, e por consequência o cumprimento de funções constitucionais pelo próprio conselho, porque obscurece e impede a tentativa de definição adequada do que é jurisdicional – e do que não é – e produz uma imprecisão quanto à própria ideia de legalidade e ilegalidade na atuação dos juízes.

Se o controle que o Conselho pode exercer se dá apenas sobre atos administrativos e tudo o que um juiz faz no processo é ato jurisdicional, então, o que o CNJ controla?

Talvez alguma precisão conceitual auxiliasse a desenrolar o imbróglio, mas é necessário dizer que na jurisprudência do CNJ (e, também, naquela do STF) não se colocam fronteiras conceituais ou de definição entre “atos jurisdicionais” e outros “atos”, e a solução dos processos permanece presa ao círculo formal identificado por Carl Schmitt (2007). O ato jurisdicional que descumpra a lei modifica ato do legislador e, portanto,

¹¹ A questão da política judiciária ou políticas do judiciário é objeto da mesma pesquisa, mas será apresentada em outros artigos.

deixa de ser ato jurisdicional, e passa a ser um ato político. Assim como um ato de gestão do processo é um ato de administração.

No caso das decisões do CNJ parece que, além do alargamento do sentido de ato jurisdicional, há uma confusão entre revisão de ato jurisdicional e questionamento de descumprimento de deveres funcionais na prática de ato jurisdicional. São coisas diferentes.

2. Excesso de prazo: o que o CNJ controla?

Outro exemplo de limite ao exercício da função constitucional pelo CNJ parece surgir da análise do controle sobre o excesso de prazo.

O artigo 78 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ) prevê a possibilidade de que “qualquer pessoa com interesse legítimo” apresente representação contra magistrado por “excesso injustificado de prazo para a prática de ato de sua competência jurisdicional ou administrativa”.

A preocupação com a questão do tempo do processo acompanhou os debates antecedentes à reforma do judiciário de 2004, e nela se manifestou com a introdução do inciso LXXVIII ao artigo 5º. da Constituição, incluindo o direito à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” como um direito fundamental.

A razoável duração do processo se assenta na premissa de que não só o resultado da decisão judicial, mas também o tempo em que ela chega é uma questão relevante à justiça. Mas ela também serve para reforçar a natureza administrativa de uma boa parte a atuação dos juízes. Administrar justiça é, em grande parte das vezes, administrar o tempo do processo. E, a despeito do que se disse antes, ao menos esse tema foi considerado uma questão de natureza administrativa por sua inclusão na esfera de competências do Conselho Nacional de Justiça, integrando a ideia de controle dos deveres funcionais do juiz.

Entre 2007 e 2017 houve aproximadamente 27.000 (vinte e sete mil) representações por excesso de prazo junto ao CNJ, representando praticamente metade (48,5%) de todas as representações do grupo de processos de natureza “correicional” no Conselho. Não há dúvida, portanto, que a questão do tempo de realização dos atos do processo além de ter conquistado estatura constitucional com a inclusão no artigo 5º, da CF também está reconhecido como uma questão de natureza administrativa ou do campo dos deveres funcionais dos juízes a justificar a atuação do Conselho Nacional de Justiça.

O “excesso de prazo” no julgamento de demandas representa, isoladamente, o maior conjunto de demandas de controle de deveres funcionais levado ao CNJ. E tem uma incidência forte sobre o problema do cumprimento das normas jurídicas por parte dos juízes, haja visto que os prazos de atuação no processo são, em grande parte das vezes, definidos legalmente. O artigo 226 do Código de Processo Civil (CPC) determina como prazos específicos do juiz:

Art. 226. O juiz proferirá:
I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias;
II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;
III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias¹².

O artigo 235, por sua vez, prevê a representação por excesso de prazo, nos seguintes termos: “Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno”.

Poderíamos exemplificar ainda com os art. 800 e 801 do Código de Processo Penal, que seguem no mesmo caminho, inclusive prevendo penalidades ao juiz pela ultrapassagem do prazo.

Os prazos não são todos de responsabilidade do juiz, bem sabemos. Muitos prazos processuais implicam a realização de atos pelas partes envolvidas no litígio. E há atos cujos prazos não estão expressamente definidos na lei. Há tempos sem uma definição normativa: não há prazo, por exemplo, para designação de audiência de instrução e julgamento no processo civil. Mas há definições expressas e muito precisas de tempo para realização de atos por parte do juiz tanto no processo civil quanto no processo penal, como se vê.

Temos visto que uma parte importante da atuação dos juízes que foge às tentativas de controle se dá em “espaços vazios” de direito, sob a lógica da independência do magistrado. Mas o que ocorre quando os espaços vazios foram fechados e existe norma exigindo determinada conduta, como no caso dos prazos legalmente estabelecidos? Como o Conselho trata o “excesso de prazo”?

Há quatro tipos de resposta com alguma regularidade na atuação correicional do CNJ quando o assunto é excesso de prazo por parte de juízes e tribunais. Essas respostas

¹² E o artigo 227: Art. 227. Em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos a que está submetido.

aparecem com frequência na pesquisa da jurisprudência do Conselho acerca do termo “excesso de prazo”:

1ª. A primeira resposta retoma a já mencionada ideia de que ao CNJ não cabe controlar ato “ eminentemente jurisdicional”. Esse tipo de resposta tem sido frequentemente aplicado quando na representação por excesso de prazo o representante busca questionar uma decisão de primeiro grau da qual há recurso ao tribunal. É o exemplo do Recurso Administrativo 0007985-15.2021.2.00.0000. De acordo com o relatório o processo original, que deu origem à representação, foi sentenciado em 12.04.2017 e houve apelação em 11.10.2017 com contrarrazões em 05.12.2017. O processo foi digitalizado e enviado ao tribunal apenas em 09.06.2020, portanto dois anos e meio depois, sendo distribuído por sorteio no tribunal em 21.10.2021 – quando já havia transcorrido mais um ano e quatro meses. O recurso no CNJ não reconheceu o excesso de prazo, por considerar que o processo foi “concluso” à relatora no tribunal menos de um mês antes da representação. E considerou que nada poderia fazer em relação à manutenção, durante quase quatro anos, da decisão de primeiro grau questionada, por se tratar de matéria eminentemente jurisdicional.

Vejam as consequências. O tempo segue sendo uma questão de natureza administrativa, mas a decisão que a passagem do tempo não modifica segue sendo jurisdicional. Como compreender isso? Consideramos que em situações como essa não só a passagem de tempo (excesso de prazo) deve ser considerada controlável mas também a decisão se torna controlável porque ela perdeu sua condição de ato jurisdicional pela passagem do tempo. Ora a determinação legal de prazos se presta exatamente a assegurar que uma decisão ilegal dure o mínimo tempo possível e possa ser revista, para que a ilegalidade não se torne perene. Uma decisão contra a lei perde a condição de ato jurisdicional e só o mantém pelo tempo mínimo necessário à sua revisão. Por isso ela só pode durar o tempo máximo que a lei estabelece; entender diferente seria permitir a perenidade de uma ilegalidade, bastando apenas dar-lhe a feição de uma decisão judicial (um ato jurisdicional) e impedir, pelo transcurso do tempo, a sua modificação.

Em segundo exemplo, no Recurso Administrativo 0001785-89.2021.2.00.0000, a decisão da corregedoria tratou o próprio excesso de prazo como “assuntos carregados de conteúdo eminentemente jurisdicional”:

A irrisignação do representante não prospera, porquanto a configuração, ou não, de excesso de prazo na fase de instrução penal, assim como eventuais vícios, por erro de procedimento ou julgamento (error in procedendo e error in judicando) são assuntos carregados de conteúdo eminentemente jurisdicional, os quais devem ser debatidos por meio dos instrumentos processuais consagrados no ordenamento jurídico nacional. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recurso Administrativo 0001785-89.2021.2.00.0000. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=53196&indiceListaJurisprudencia=6&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=1> (acesso em 12.06.2022)). (grifo meu)

2ª. O segundo tipo de resposta que surge com regularidade considera a inoportunidade de excesso de prazo, sob o argumento de que sua caracterização demanda “desídia dolosa ou negligência reiterada” por parte do magistrado ou “situação de caos institucional”:

A representação por excesso de prazo prevista no art. 78 do RICNJ tem por finalidade a detecção de situações de morosidade excessiva na prestação jurisdicional, causadas pela desídia dolosa ou negligência reiterada do magistrado no cumprimento de seus deveres ou por situação de caos institucional, que demandem providências específicas por parte deste Conselho, o que não se verifica neste caso. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recurso Administrativo 0002858-96.2021.2.00.0000. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=53198&indiceListaJurisprudencia=8&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=1>, acesso em 12.06.2022). (grifo meu)

Essa resposta se repete com regularidade em inúmeros processos recentes no Conselho originados de representações por excesso de prazo. Nesse caso a jurisprudência do CNJ instaurou uma norma inexistente no RICNJ ao impor que a apuração do excesso de prazo só demanda providências do Conselho quando houver “desídia dolosa” ou “negligência reiterada”.

Em outros casos a Corregedoria também considerou de forma ainda mais explícita que a configuração do excesso de prazo demandaria “elemento subjetivo” da conduta para sua caracterização, introduzindo disposição normativa inexistente nos códigos de processo civil e penal:

Em âmbito administrativo-disciplinar, é necessário que se leve em conta o caso concreto, a situação logística do juízo e o elemento subjetivo da conduta do magistrado para demonstração de excesso de prazo injustificado¹³.

É importante considerar que os artigos 226 e 235 do Código de Processo Civil integram o mesmo capítulo da norma, e não se referem a desídia ou negligência, mas tão

¹³ Essa foi particularmente a linha de decisão adotada pelo Ministro Humberto Martins, do STJ, quando ocupante do cargo de Corregedor Nacional, do que são (apenas) alguns exemplos as Representações por excesso de prazo: 0009248-53.2019.2.00.0000, 0005652-61.2019.2.00.0000, 0008977-44.2019.2.00.0000, 0005753-35.2018.2.00.0000, 0001513-32.2020.2.00.0000 e 0003210-88.2020.2.00.0000.

somente ao excesso “injustificado”. Ou seja, a regra é o prazo de 30 dias para o juiz proferir uma sentença, a partir do momento que o processo esteja pronto para tal. Portanto, apenas justificadamente poderia ultrapassar tal prazo. Leitura diferente significaria dizer que a lei não se impõe.

Então o próprio Conselho, invertendo a ótica da função de controle produziu espaços vazios para a atuação dos juízes. O CNJ não só produziu norma onde não havia, como produziu norma contra a lei existente. Ao invés de controlar a submissão do juiz à lei, abriu espaços consideráveis para que ela não aconteça. E, contraditoriamente, reforçou o desrespeito ao comando constitucional (e direito fundamental) do Art. 5º LXXVIII da Constituição Federal.

3ª. Uma terceira linha de resposta assentada na jurisprudência do Conselho – na qual também são reiteradas as ideias de desídia dolosa e negligência reiterada – produziu uma norma baseada na definição dos prazos para os juízes no CPC como “prazos impróprios” e na aplicação da “razoabilidade” para o excesso de prazos, fixando o período de “100 dias” como prazo regular para prática de atos pelo juiz.

4ª. Uma quarta linha de resposta, bastante comum, é considerar, com base em decisões do STF, que a competência do CNJ é “original, autônoma e concorrente” com a das corregedorias dos Tribunais, de modo que é possível a “delegação à corregedoria local” da apuração de excesso de prazo, sendo essa delegação “forma cooperativa de atuação” das corregedorias locais e da corregedoria nacional.

Em síntese, embora as representações por excesso de prazo sejam o maior quantitativo isolado de procedimentos administrativos iniciados no CNJ, muito raramente elas chegam à instauração de processo administrativo e há pouquíssimos achados de sanções aplicadas a juiz por excesso de prazo no julgamento ou andamento de processos¹⁴.

Conclusões

¹⁴ Um dos casos em que houve punição do excesso de prazo chegou ao CNJ na Revisão Disciplinar 0001057-19.2019.2.00.0000. O magistrado – um desembargador do Tribunal de Justiça do Sergipe – fora punido pela corregedoria local com a pena de aposentadoria compulsória. Na revisão, encabeçada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a decisão do Conselho considerou tal pena desproporcional e aplicou a sanção de advertência ao juiz.

O Conselho Nacional e Justiça do Brasil foi criado, a partir da Emenda Constitucional 45/2004 para a realização de funções institucionais de controle administrativo e de cumprimento dos deveres funcionais por parte dos juízes.

Constata-se, no entanto, na doutrina constitucional acerca dessas funções, a ausência de definição, ou grande imprecisão acerca de conceitos fundamentais para a determinação do alcance da atividade do Conselho.

A ausência de definição precisa sobre o que sejam “atos jurisdicionais” e o que sejam “atos de administração” pelos magistrados conduziu a uma generalização formal de todo ato praticado por juiz como um ato jurisdicional. Essa ausência ou imprecisão se mostra na formação da jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça tendente a afastar de sua competência constitucional a análise de atos ilegais praticados por juízes, ao simples argumento de que invadiriam a esfera “jurisdicional” sem fixar fronteiras entre atos jurisdicionais ou atos de outra natureza.

Tal tendência aparece em pelo menos três posições destacadas: 1) considerar todo ato de juiz como jurisdicional e portanto desconsiderar atos políticos ou de administração como atos submetidos ao controle do CNJ por determinação constitucional; 2) submeter o controle do cumprimento dos deveres funcionais a essa mesma indistinção, bloqueando o caminho para a análise de atos ilegais de juízes, em descumprimento aos seus deveres funcionais, por considerá-los como atos jurisdicionais puros; 3) flexibilizar comandos normativos claros e precisos no tocante aos prazos, e seu excesso, inserindo-os no mesmo fundamento de “ato jurisdicional” não sujeito ao controle pelo Conselho.

A consequência essencial e de fundo, no tocante à expectativa de inserção adequada do Judiciário no arranjo democrático institucional, à qual se chega, é que, sob uma aparência singela, exurge a percepção de que juízes podem agir fora do limite estrito da lei sempre que puderem dar a essa atuação a aparência de um “ato jurisdicional” coberto pela consigna da independência.

Em arranjos democráticos da separação de poderes a única expectativa possível para o exercício adequado da jurisdição é que juízes estejam submetidos à lei previamente estabelecida.

Para tanto é necessário que se estabeleça com maior precisão a fronteira entre um ato de jurisdição e um ato político ou de administração, entre um ato legal e um ato ilegal, entre a realização de deveres funcionais e seu acintoso descumprimento, ainda que sob a aparência de “ato jurisdicional”.

Respondendo à questão problema formulada, a permanência dessa imprecisão, se não bloqueia, limita em grande medida o exercício de funções constitucionais pelo CNJ, ao menos numa perspectiva democrática quanto ao papel e posição do judiciário. Essa precisão é necessária para assegurar o cumprimento da Constituição em uma dupla dimensão: tanto para a adequada conformação do Judiciário às condições da democracia e da soberania popular quanto para o cumprimento das funções constitucionais de controle por parte do CNJ.

Referências Bibliográficas

AGAMBEM, Giorgio. Homo sacer. O poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ALVES, Alexandre Henry. Regime jurídico da magistratura. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR – 0005648-92.2017.2.00.0000. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Conselho Nacional de Justiça, 07.05.2021.

BRASIL. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR - 0010147-22.2017.2.00.0000. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Conselho Nacional de Justiça, 15.05.2018. BRASIL.

RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR - 0000856-90.2020.2.00.0000. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Conselho Nacional de Justiça, 07.05.2021. BRASIL.

Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2699. Relator: Ministro Celso de Melo. 12.03.2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências 0005955-90.2010.2.00.000. Relator: Walter Nunes da Silva Júnior. Brasília, DF, 05.11.2011.

BRASIL. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR - 0002438-91.2021.2.00.0000. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Conselho Nacional de Justiça, 07.05.2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ 10 Anos. 1ª Edição. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. Resolução 60 de 19.09.2008. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 2008.

FOUCAULT, Michel. As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução: Salma Tannus Muchail. 8ª. Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRIFFITH, John A. G. The politics of the Judiciary. Fifth Edition. London: Fontana Press, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; The federalist. Edited with historical and literary annotations and introduction by J. R. Pole. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.

LAMY, Eduardo de Avelar; e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Teoria Geral do Processo., 6ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2019.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. Coleção Conexões Jurídicas. Trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. 6ª. Edição. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. 4. Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

NALINI, José Renato. Ética da magistratura: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; ROSALEN, Volnei. Competências constitucionais do Conselho Nacional de Justiça do Brasil: atos “evidentemente jurisdicionais” e controle dos deveres funcionais – o caso dos processos contra o juiz Sérgio Moro. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, no prelo, 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios do direito público. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 186p.

SARAVIA, Enrique. Introdução à política pública. In.: Políticas Públicas – Coletânea – Vol. 1. Org.: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. Brasília: ENAP, 2006.

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEREJO, Lourival. Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional. Brasília, DF: ENFAM, 2011.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAYLOR, Mathew. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, no 2, 2007, pp. 229 a 257.

WALDRON, Jeremy. Political political theory. Cambridge: Harvard University Press, 2016.