

# Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas O Conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e boa governança

LUCAS DELGADO<sup>1</sup>

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Na disputa entre a competência correccional concorrente ou subsidiária, uma questão estrutural escapa pela tangente – 3. Poder Judiciário e Parcerias Público-Privadas. O Conselho Nacional de Justiça, acesso à Justiça e Boa Governança – 4. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Ainda não havia sido publicada a versão final da EC 45/2004, e, em 9 de dezembro daquele ano, o Conselho Nacional de Justiça foi recebido na comunidade jurídica nacional com as seguintes considerações:

“Mesmo diante dos pronunciamentos desse E. STF, revelando a impossibilidade jurídica da existência do denominado “controle externo” do Poder Judiciário, mediante a criação de um Conselho de formação heterogênea, entenderam os Poderes Legislativo e Executivo federais levar adiante a proposta de emenda constitucional que resultou na EC 45/2004.

(...) Nada justifica ou justificou, d.v., no plano político institucional do país, a criação do Conselho Nacional de Justiça, com a formação e a competência estabelecidas na EC 45/2004”.

A análise conjuntural que apontava para a desnecessidade do Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário brasileiro consta da petição inicial da ADIn 3.367/DF. Como é sabido, a referida ação constitucional foi julgada improcedente pelo STF em decisão na qual um dos principais temas de discussão foi justamente como compatibilizar a existência de um órgão nacional de controle com a estrutura marcadamente federalizada do sistema judicial brasileiro.

1. Pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Analista do Conselho Nacional de Justiça desde 2008.

O Poder Judiciário é composto por nada menos do que 91 (noventa e um) Tribunais com as mais diversas competências, seja sob o ponto de vista material ou territorial, todos eles dotados, também pela vontade constitucional, de autonomia administrativo-financeira e vinculados a pessoas políticas de Direito Público que também gozam de autonomia em relação ao ente federal central.

O aparente paradoxo foi sanado pela Suprema Corte por meio da constatação de que a forma federativa de Estado não implica na cindibilidade da função jurisdicional, mas esta, a exemplo do próprio Poder Judiciário, é una e nacional, comportando divisões competenciais que espraiam as diversas matérias por órgãos estaduais, federais e nacionais, como o próprio Conselho Nacional de Justiça.

O voto condutor, proferido pelo Min. Cezar Peluso, neste tema em particular, pode ser assim sintetizado:

“É antiga, aliás, em nosso sistema político-constitucional, a existência de órgãos federais a que se comete o papel de representar, arbitrar ou proteger os mais insígnis interesses das unidades federadas, como é o caso do Senado (art. 46) e, até, desta Suprema Corte, com competência para o julgamento de conflitos que envolvam a “União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros” (art. 102, I, f).

*A esse paradigma pode também reconduzir-se a instituição do Conselho, que, sob a rubrica das atribuições inerentes ao poder de controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário (art. 103-B, § 4.º), assume o dever jurídico de diagnosticar problemas, planejar políticas e formular projetos, com vistas ao aprimoramento da organização judiciária e da prestação jurisdicional, em todos os níveis, como exigência da própria feição difusa da estrutura do Poder nas teias do pacto federativo.* Como já acentuamos, somente um órgão de dimensão nacional e de competências centralizadas pode, sob tais aspectos, responder aos desafios da modernidade e às deficiências oriundas de visões e práticas fragmentárias na administração do Poder.

O Conselho não anula, antes reafirma o princípio federativo”. (Destaque não consta do original)

A função de órgão central de planejamento e elaboração de políticas judiciais antevista no voto do Min. Cezar Peluso se concretizou, na prática, com particular dinamismo. O Conselho Nacional de Justiça ainda claudicava sob o ponto de vista estrutural quando ousou adotar medidas enérgicas de defesa do princípio da moralidade no Poder Judiciário, com destaque para a edição das Res. 7, 13 e 14, que trataram da vedação à prática do nepotismo e da observância do teto remuneratório, respectivamente.

*Pari passu*, o órgão engajou-se em iniciativas necessárias para a concretização do princípio da eficiência da prestação jurisdicional, como o incentivo às formas consensuais de solução de conflitos, com ponto alto na realização das Semanas Nacionais de Conciliação e a realização de maciços investimentos em infraestrutura de Tecnologia da Informação, especialmente através do Projeto de Modernização do Poder Judiciário, por meio do qual foram adquiridos mais de 60.000 (sessenta mil) equipamentos de informática para os Tribunais de todo o Brasil entre microcomputadores, *scanners*, *nobreaks*, impressoras lasers, servidores, certificados digitais, *tokens*, aceleradores de *wan* e *softwares* de virtualização, totalizando mais de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) em doações.

Destaca-se, ainda, a realização dos Mutirões Carcerários e a posterior criação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas pela Lei 12.106/2009, como medidas necessárias para a efetiva proteção de direitos fundamentais da população carcerária brasileira e enfrentamento adequado de diversos problemas relacionados à política criminal.

Se considerado que, antes da criação do Conselho Nacional de Justiça, não havia sequer um diagnóstico da realidade da prestação jurisdicional no Brasil – dada a estrutura fragmentada do Poder Judiciário, com cada Tribunal adotando critérios próprios para a coleta de dados estatísticos e elaboração de indicadores de produtividade –, a simples elaboração do Relatório *Justiça em Números*, com a indicação do número de ações existentes em todo o sistema, sua natureza, e outras abordagens de uniformização, mostra-se como etapa necessária para a projeção de cenários e estratégias de atuação.

Isso tudo sem mencionar o ganho de eficiência proporcionados pela adoção de metas de nivelamento para todo o sistema judicial e pela criação do Centro de Formação e Aperfeiçoamento do Poder Judiciário – Ceajud, responsável pela elaboração e oferecimento de cursos de capacitação à distância para magistrados e servidores de todo o sistema de Justiça do País.

Ocorre que, a despeito de tantas e tão relevantes atividades e iniciativas, as competências do Conselho Nacional de Justiça relacionadas à gestão e ao planejamento do Poder Judiciário acabam deslocadas do debate dominante acerca das funções do órgão na opinião pública.

Na verdade, quando o foco das discussões acerca do Conselho Nacional de Justiça se concentra no exercício de suas competências correccionais ou disciplinares, a definição acerca de seu próprio papel, se mais proativo ou contido (*self-restraint*), acaba por desconsiderar alternativas importantes para o desempenho das precitadas funções de planejamento e gestão, levando, às vezes, à perda de boas oportunidades.

## 2. NA DISPUTA ENTRE A COMPETÊNCIA CORRECCIONAL CONCORRENTE OU SUBSIDIÁRIA, UMA QUESTÃO ESTRUTURAL ESCAPA PELA TANGENTE

Em 10.05.2011 iniciou-se, no Conselho Nacional de Justiça, o julgamento da Consulta 0002583-36.2010.2.00.0000 na qual a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão questionava acerca da possibilidade legal de realização, pelos órgãos do Poder Judiciário, de Parcerias Público-Privadas (PPPs).

Após o voto do Conselheiro relator, Paulo Tamburini, que respondia afirmativamente à Consulta, pediu vista o Min. Carlos Ayres de Britto, então Vice-Presidente do Conselho Nacional de Justiça.

Pouco mais de 2 (dois) meses depois, foi aprovada, pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, a Res.135/2011, que, ao tratar da uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, previu, em seu art. 12, a competência concorrente entre Tribunais e o próprio Conselho Nacional de Justiça para apurar, originariamente, faltas funcionais praticadas por membros da magistratura.

A entrada em vigor da referida Resolução foi o gatilho que acionou uma sucessão de eventos que levaram ao acirramento da disputa entre os que defendem que o Conselho Nacional de Justiça compõe, ao lado e acima dos Tribunais de Justiça, a estrutura de controle e responsabilização dos membros do Poder Judiciário e dos que advogam a tese de que o Conselho só deve ser acionado depois de exauridas as possibilidades de investigação pelos órgãos censores locais.

A discussão foi submetida ao STF pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB nos autos da ADIn 4.638/DF, proposta em 16.08.2011. O início do julgamento da Medida Cautelar pelo Plenário da Suprema Corte foi precedido por extenso e tenso debate entre juristas, cientistas políticos e membros do próprio Conselho Nacional de Justiça.

Em 27 de setembro daquele ano, a Corregedora Nacional de Justiça concedeu entrevista à Associação Paulista de Jornais na qual criticou a iniciativa da Associação de Magistrados por considera-la favorável à impunidade de magistrados.<sup>2</sup>

Ato contínuo, a maioria dos membros do próprio Conselho Nacional de Justiça assinou nota de repúdio às declarações da Ministra Corregedora sob a alegação de que elas lançavam *dúvidas sobre a honra de milhares de juízes que diariamente se dedicam ao ofício de julgar com imparcialidade e honestidade,*

2. Justiça sofre com 'bandidos de toga', afirma a corregedora. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2709201107.htm]. Acesso em: 19.03.2015.

garantindo a segurança da sociedade e a estabilidade do Estado Democrático de direito.<sup>3</sup>

O embate logo tomou conta da mídia e mobilizou outras entidades ligadas ao Sistema de Justiça brasileiro, como a Ordem dos Advogados do Brasil, a se posicionarem a favor da competência concorrente entre o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais.<sup>4</sup>

Sadek apontou que a tese da competência apenas subsidiária do CNJ em relação aos órgãos correccionais locais representava a manutenção do *status quo* de inoperância e impunidade que a criação do Conselho veio combater.

Barroso, por outro lado, defendia que a competência do Conselho Nacional de Justiça deveria, em regra, ser subsidiária, o que poderia ser excepcionado, em alguns casos, em favor da atuação direta do órgão mediante deliberação expressa, neste sentido, da maioria absoluta de seus membros.

Enquanto o debate acerca de uma ou outra interpretação dos dispositivos acrescentados ao texto constitucional pela EC 45/2004, era travado de forma renhida na imprensa e na comunidade jurídica, a discussão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário se valer das Parecerias Público-Privadas para remediar deficiências estruturais históricas escapava pela tangente.

Em 08.11.2011 – entre a data da propositura da ADIn 4.638/DF e o julgamento da Medida Cautelar pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal –, quando o debate acerca do Conselho Nacional de Justiça se circunscrevia a saber se o órgão pode ou não, de forma originária, realizar a apuração de um malfeito praticado por magistrado, o Min. Carlos Ayres Britto proferiu, na 138.ª Sessão Ordinária, o Voto que acabou vencedor nos autos da Consulta 0002583-36.2010.2.00.0000, pela impossibilidade de realização de projetos de Parceria Público-Privada por órgãos do Poder Judiciário.

A matéria, pela sua importância estratégica, merece e comporta nova discussão.

### 3. PODER JUDICIÁRIO E PARECERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, ACESSO À JUSTIÇA E BOA-GOVERNANÇA

A discussão a respeito da possibilidade de realização de Parcerias Público-Privadas pelos órgãos do Poder Judiciário chegou ao Conselho Nacional de

3. CNJ repudia declarações da corregedora Eliana Calmon sobre "bandidos de toga". Disponível em: [http://oglobo.globo.com/politica/cnj-repudia-declaracoes-da-corregedora-eliana-calmon-sobre-bandidos-de-toga-2747413]. Acesso em: 19.03.2015.

4. Presidente da OAB diz que Adin contra resolução 135 do CNJ é grave retrocesso para o Judiciário. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/politica/presidente-da-oab-diz-que-adin-contr-resolucao-135-do-cnj-grave-retrocesso-para-judiciario-2747448]. Acesso em: 27.09.2011.

Justiça por meio de uma Consulta formulada pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão. O Relator originário da matéria proferiu Voto no sentido de admitir os projetos de Parcerias Público-Privadas no âmbito do Poder Judiciário.

Além da menção a experiências internacionais de sucesso na realização de PPPs, ele sustentou seu voto na dicção literal do art. 1.º da Lei 11.079/2004, que diz:

“Art. 1.º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

A referência aos *Poderes da União*, no plural, parece insinuar que, de fato, a lei traz previsão da utilização dos seus instrumentos não só pelo Poder Executivo – realizador, por excelência, de políticas públicas e responsável pela execução da maioria dos serviços públicos –, como também pelo Poder Legislativo e, por conseguinte, pelo Poder Judiciário.

Partindo da interpretação de outro dispositivo da mesma Lei 11.079/2004, mas ainda dentro da mesma premissa hermenêutica, o Min. Carlos Ayres Britto caminhou em sentido oposto. Destacou que o parágrafo único do próprio art. 1.º refere-se à Administração Pública com letras maiúsculas, como que numa indicação de que aponta exclusivamente para os órgãos do Poder Executivo da União, excluindo-se, assim, os demais Poderes quando investidos de suas funções atípicas de administração, grafada com letra minúscula.

Em seguida, o Min. Carlos Ayres Britto, no exercício da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, discorreu rapidamente acerca das modalidades de Parceria Público-Privadas previstas em lei e sua eventual incompatibilidade com o Poder Judiciário e encerrou seu voto alertando para a impossibilidade de o Poder Judiciário submeter-se ao órgão gestor das PPPs, criado, regulamentado e composto por membros do Poder Executivo.

Os autos da Consulta 0002583-36.2010.2.00.0000 foram baixados em diligência para aprofundamento dos estudos e realização de reuniões temáticas, retornando à Pauta do Conselho Nacional de Justiça somente em 11.03.2014, oportunidade na qual, sem maiores debates, a maioria dos Conselheiros seguiu o voto divergente do Ministro Presidente, já comentado em passagem anterior.

Na verdade, a exploração política e midiática da expressão Parceria Público-Privada e da sigla PPP acabou por gerar no imaginário coletivo a impressão de que a Lei 11.079/2004, trouxe para o direito administrativo brasileiro instituto absolutamente distinto de tudo o que já havia em nosso ordenamento jurídico em termos de cooperação entre Poder Público e iniciativa privada para a prestação de serviços públicos.

Ao contrário do que se passa na maioria dos países com relevante experiência na matéria, onde a expressão *Public-Private Partnership* é utilizada de maneira mais ampla para designar toda e qualquer forma de parceria entre o Estado e empresas privadas para a consecução de finalidades públicas, englobando todas as modalidades de delegação (concessões e permissões) de serviço público, no Brasil, a expressão *Parceria Público-Privada* refere-se tão somente a duas modalidades de concessão – complementares a já existente na Lei 8.987/1995 – introduzidas de forma expressa pela Lei 11.079/2004.

É a partir desse esclarecimento introdutório que se deve tentar encontrar resposta à questão posta em debate no Conselho Nacional de Justiça a respeito da possibilidade de o Poder Judiciário realizar Parcerias Público-Privadas. Ou seja, ao se indagar se o Poder Judiciário pode se utilizar do instrumento da Parceria Público-Privada, o que se questiona, na verdade, é se as espécies de parceria entre Poder Público e entidades privadas previstas na Lei 11.079/2004, podem ou não ser desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário.

A própria Lei 11.079/2004, parece indicar caminhos que nos conduzem à resposta à questão posta perante o Conselho Nacional de Justiça. Vejamos o que dispõe o inc. III do seu art. 4º:

“Art. 4.º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

III – *indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado*”. (Destaque não consta do original)

Como se vê, a realização de Parcerias Público-Privadas pelo Poder Judiciário foi vislumbrada pelo legislador. Por um lado, poder-se-ia entender que, ao qualificar a atividade jurisdicional como indelegável, a *mens legis* foi a de excluir o envolvimento de parceiros privados nos negócios do Poder Judiciário.

Por outro prisma, afastando-se o pressuposto de que o legislador confundiu, atecnicamente, o Poder Judiciário com a função por ele desempenhada, a advertência acerca da indelegabilidade da função jurisdicional parece indicar que o intuito foi justamente destacar para os órgãos do Poder Judiciário interessados na realização de Parcerias Público-Privadas que, dentre todas as atividades desempenhadas pelo Judiciário, somente o exercício da jurisdição propriamente dita, ou seja, a solução de conflitos de interesses segundo o direito, não poderia ser concedida ao particular, estando permitida, por consequência, a realização de PPPs envolvendo serviços outros.

Essa segunda possibilidade parece mais razoável, pois seria no mínimo incoerente, que o legislador ordinário viesse a considerar todos os serviços públicos afetos ao Poder Judiciário indelegáveis, quando a própria Constituição preleciona que as atividades notariais e de registro público, por exemplo, devem ser exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público, fiscalizadas pelo Poder Judiciário.

Além disso, Sundfeld, ao comentar os propósitos da criação da chamada *concessão administrativa*, cogita textualmente que:

“Era necessário, em suma, permitir a aplicação da lógica econômico-contratual da concessão tradicional a *outros objetos* que não a exploração de serviços públicos econômicos (como são os serviços de água e esgoto, a distribuição de energia, a telefonia fixa etc.). Afinal, por que não usá-la em *serviços administrativos em geral*, isto é, os serviços de infraestrutura penitenciária, policial, educacional, sanitária, *judiciária* e etc.(...)”.<sup>5</sup> (Destaque não consta do original)

Sem embargo de todas essas evidências de que o legislador não excluiu a possibilidade de o Poder Judiciário realizar Parcerias Público-Privadas, o tema parece ensejar discussões mais profundas a respeito da realização do direito fundamental de acesso à Justiça no alvorecer deste novo Século e das condições materiais de que dispõe o Poder Judiciário para atender às demandas que lhe são apresentadas em número cada vez maior.

Segundo o Relatório Justiça em Números 2014,<sup>6</sup> somente em 2013 tramitaram no Poder Judiciário mais de 95 (noventa e cinco) milhões de ações. Ao alto índice de litigiosidade apresentado não correspondeu a capacidade de resposta do Poder Judiciário, basta ver que a taxa de congestionamento foi de 48,7% (quarenta e oito inteiros e sete décimos por cento) na Justiça do Trabalho, 67% (sessenta e sete por cento) na Justiça Federal e 74,5% (setenta e quatro e meio por cento) na Justiça Comum Estadual.

Destaque-se, dentro desta estrutura, a chamada Justiça Comum estadual, responsável por mais de 55% (cinquenta e cinco por cento) de todo o gasto, 69% (sessenta e nove por cento) do total de magistrados e 70% (setenta por cento) dos servidores do Poder Judiciário e também, em contrapartida não necessariamente proporcional, por 78% (setenta e oito por cento) de todos os processos em tramitação na Justiça brasileira, que correspondem, em números absolutos, a nada menos do que 74.234.555 (setenta e quatro milhões, duzentos e trinta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e cinco) feitos.

5. SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo. Malheiros, 2007. p. 21-22.

6. Disponível em [http://ftp.cnj.jus.br/Justica\\_em\\_Numeros/relatorio\\_jn2014.pdf](http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf).



Não sem razão, ao falarem de um "novo enfoque do acesso à Justiça", Cappelletti e Garth<sup>7</sup> apontam que a chegada de novas demandas oriundas de camadas da sociedade que antes não possuíam meios de provocar o Estado para tutela de seus direitos, somada à criação de mecanismos de proteção dos direitos metaindividuais, faria surgir uma verdadeira pressão sobre o Poder Judiciário por mais eficiência.

Câmara trata do tema sob a seguinte perspectiva:

"Tendo cumprido as duas primeiras ondas renovatórias do Direito Processual, o direito brasileiro foi capaz de responder a uma questão extremamente relevante: a de se saber o que o Estado (aqui cabendo a utilização da denominação Estado-juiz, já que trata do Estado no exercício da função jurisdicional) pode fazer para garantir o pleno acesso à justiça. Fica, todavia, uma pergunta ainda por responder: estará satisfeito o consumidor do serviço jurisdicional? Tal pergunta obriga o jurista a examinar a questão do acesso à justiça sob um outro enfoque. Não mais o enfoque do Estado, mas o do consumidor do serviço judiciário, ou seja, o jurisdicionado. Surge, assim, a chamada "terceira onda", em que se busca o chamado 'novo enfoque do acesso à justiça'.

A preocupação do processualista deve ser descobrir meios capazes de garantir uma prestação jurisdicional capaz de satisfazer o titular das posições jurídicas de vantagem que busca, no Judiciário, abrigo para suas lamentações e pretensões. Nesse campo, porém, há um longo caminho a ser trilhado".<sup>8</sup>

Não há dúvidas de que essa nova dimensão do direito fundamental de acesso à Justiça provoca novas discussões acerca da própria estrutura estatal colocada à disposição da sociedade para a prestação do serviço jurisdicional. O acesso à Justiça passa a ser compreendido não apenas como possibilidade de se levar uma causa à Justiça-Instituição estatal, mas acesso à Justiça material, à efetiva tutela de direitos no mundo real, com reflexo na vida das pessoas.

Como revelam os dados contidos no Relatório Justiça em Números acima citados, o Poder Judiciário tem estado com as portas abertas para receber o jurisdicionado, porém, depois disso, não consegue apontar-lhe com segurança e presteza a porta de saída.

Embora não seja causa única desse fenômeno, por trás dessa dificuldade para prestar jurisdição em tempo razoável estão as dificuldades estruturais. Em geral, os fóruns são mal aparelhados e não apresentam condições mínimas de

7. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

8. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007. p. 39.

trabalho para servidores e magistrados, além de péssimas condições de acessibilidade e funcionalidade para o jurisdicionado.

Neste cenário, cabe indagar: é possível encontrar a solução para tantas e tão históricas mazelas nos mecanismos tradicionais de administração do Poder Judiciário?

Ao comentar o instituto das Parcerias Público-Privadas e sua correlação com as novas fórmulas de consecução do interesse público pelo Estado contemporâneo, Justino de Oliveira destaca que:

“Cumprir colocar em relevo ser primordial ao Estado permanentemente capacitar-se para evoluir em um processo de autorrenovação, por meio de ajustes e transformações, a serem concretizados de modo gradual.

Em virtude desse processo de constante adaptação que deve promover e ao qual deve se submeter, e a partir da noção de que o Estado contemporâneo há de assumir concomitantemente a posição de agente transformador e de paciente transformado, revela-se extremamente difícil identificar um modelo estatal específico e unificador de todas as organizações políticas desse início de século.

De todo modo, há indícios suficientes no sentido de que a tarefa principal do Estado contemporâneo não é a de realizar diretamente ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas. Ao menos não de modo monopolístico e universal”.<sup>9</sup>

A percepção de que não possui respostas para todos os anseios da sociedade parte, em certa medida, do reconhecimento, pelo Estado, da existência de um direito fundamental dos cidadãos à boa gestão dos recursos públicos, o que, por vezes, indicará a necessidade de convidar outros atores para cooperar na promoção do interesse público.

Canotilho chega a falar de uma nova camada de direitos fundamentais em sedimentação na estrutura geológica do constitucionalismo moderno, decorrentes do que ele chama de *good governance*:

“*Good governance* significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado. Trata-se, pois, não apenas da direcção de assuntos de governo/administração mas também da prática responsável de actos por parte de outros poderes do Estado como o poder legislativo e o poder jurisdicional. Em segundo lugar, a *good governance* acentua a interdependência internacional dos estados, colocando as questões de governo como proble-

9. JUSTINO DE OLIVEIRA. Gustavo Henrique. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 85.

ma de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais. Em terceiro lugar, a "boa governança" recupera algumas dimensões do *New Public Management* como mecanismos de articulação de parcerias público-privadas, mas sem ênfase unilateral das dimensões econômicas. Por último, a *good governance* insiste novamente em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (*accountability*) e da legitimação".<sup>10</sup>

Ora, se há a necessidade de penetração dos princípios decorrentes da boa governança nas atividades típicas do Legislativo e do Judiciário – imunizadas da influência das questões políticas e econômicas do Estado pela ideia de separação de poderes –, parece óbvio que tais princípios ou aspectos devem estar presentes quando o Legislativo e o Judiciário estão investidos de competências exclusivamente administrativas.

É dizer, segundo a formulação de Canotilho, o desafio da boa governança não seria exclusivo do Poder Executivo ou da Administração Pública com letras maiúsculas, mas se estenderia ao Poder Judiciário quando no exercício de atividade administrativa, não se podendo cogitar que este estaria dispensado ou mesmo impedido do dever de buscar mecanismos de gestão mais eficientes, transparentes e sustentáveis.

Tendo por norte que, no atual contexto, é o Poder Judiciário o grande guardião dos direitos fundamentais, parece ser um contrassenso admitir que ele, Poder Judiciário, quando do exercício de atividade administrativa, não esteja conectado ou mesmo vinculado à ideia de boa governança que, no caso sob análise, está a indicar a necessidade de encontrar novas soluções para os velhos problemas.

A ideia de boa governança tem como ponto de partida e linha de chegada a promoção dos direitos fundamentais. Eles lhe são pressuposto necessário e finalidade última. Ao transpormos tais lições à realidade do Poder Judiciário brasileiro, resumidamente debatida neste escrito, verifica-se que é necessário construir o conceito de governança judiciária para que o acesso à Justiça possa se realizar com plenitude.

Outros países com dificuldades estruturais incomparavelmente menores que as do Brasil se aperceberam disso e já adotaram Parcerias Público-Privadas para realização de investimentos em infraestrutura do Poder Judiciário.

Além da Corte do Condado de Victoria, sediada em Melbourne, citada pelo Relator da matéria no Conselho Nacional de Justiça, poderíamos mencionar, ainda no Novíssimo Mundo, a experiência a Corte do Distrito do Oeste da

10. CANOTILHO, J. J. Gomes. *"Brançosos" e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 327.

Austrália, em Perth, cidade litorânea do noroeste australiano. A sede da corte local foi construída em 3 (três) anos e atualmente conta com 24 (vinte e quatro) salas de julgamento, incluindo 20 (vinte) salas de júri, 5 (cinco) salas de audiência e 18 (dezoito) salas de mediação, sistemas de circulação separados e independentes para jurados, presos, crianças e testemunhas vulneráveis e magistrados, sistema de videoconferência, circuito fechado de televisão, sistema de monitoramento e segurança similar ao de aeroportos, salas de detenção com sistema de segurança *high-tech*, e um jardim de terraço a céu aberto.

As Cortes da Província de Alberta, em Calgary, no Canadá, também foram construídas por meio de uma parceria público-privada. O projeto foi concluído em 5 (cinco) anos e a sede da Justiça local, composta por duas torres paralelas e interligadas por passarelas, uma com 20 (vinte) e outra com 24 (vinte e quatro) andares, concretiza um desejo da comunidade local de ver três cortes de sistemas diferentes e cinco edifícios reunidos num único *campus*.

Para encerrar os exemplos externos, caberia citar que a *Superior Court of Los Angeles* será sediada num só edifício em Long Beach, num projeto de Parceria Público-Privada avaliado em aproximadamente US\$ 490.000.000,00 (quatrocentos e noventa milhões de dólares).

Tendo em vista todas essas considerações, é de se concluir que não se pode negar, *a priori*, a possibilidade de o Poder Judiciário realizar Parcerias Público-Privadas, porquanto elas representam alternativas aos modelos tradicionais e comprovadamente ineficientes para dar impulso a uma revolução estrutural na Justiça brasileira.

Contudo, as referências internacionais acima citadas apenas a título exemplificativo não podem ser simplesmente internalizadas sem os devidos temperamentos. É preciso ter em mente as diferenças histórico-culturais que nos separam dos países comumente mencionados como paradigmas de sucesso em termos de Parcerias Público-Privadas. O Brasil traz em sua história a marca do compadrio, da troca de favores e da indistinção entre público e privado por parte de gestores públicos.

Barroso esclarece que:

“Em Portugal e, como consequência, também no Brasil, houve grande atraso na chegada do Estado liberal. Permaneceram, assim, indefinida e indefinidamente, os traços do patrimonialismo, para o que contribuiu a conservação do domínio territorial do rei, da Igreja e da nobreza. O colonialismo português, que, como o espanhol, foi produto de uma monarquia absolutista, legou-nos o ranço das relações políticas, econômicas e sociais de base patrimonialista, que predis põem à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção. Os administradores designados ligavam-se aos monarcas por laços de lealdade

peçoal e por objetivos comuns de lucro, antes que por princípios de legitimidade e dever funcional. A gestão da coisa pública tradicionalmente se deu em obediência a pressupostos privatistas e estamentais".<sup>11</sup>

Zaffaroni, a seu turno, explica como essa marca do colonialismo ibérico contaminou as estruturas de poder na América Latina e, em especial, o Poder Judiciário:

"Proceder a comparações no direito constitucional latino-americano em matéria de poderes judiciários não é nada fácil, particularmente porque seu panorama parece em princípio desconcertante e, de fato, o é se nos ativermos à anarquia das disposições muitas vezes caprichosas. As disposições tornam-se até certo ponto compreensíveis – quase nunca racionais – se, como vimos fazendo, as encararmos dinamicamente, ou seja, mediante sua explicação histórica do jogo de poder.

(...)

Nossos operadores políticos de todos os tempos perceberam, claramente, que para submeter mais eficazmente os cidadãos o melhor procedimento de domesticação consistia em fortalecer seu corporativismo verticalizante e hierarquizado, assegurando ao mesmo tempo o domínio da cúpula da corporação. A lógica de nossos executivos foi pelo caminho mais simples: é mais simples controlar um pequeno corpo de amigos que mandam sobre os demais do que controlar diretamente todo um poder judiciário, isto é, juízes de todas as instâncias".<sup>12</sup>

Não se pode negar que as relações estreitas com os detentores do poder político, o clientelismo e o corporativismo fazem parte da herança genética dos nossos órgãos judiciais, os quais poderão fazer uso da Parceria Público-Privada para o atingimento de interesses pessoais.

Para evitar o mau uso das Parcerias Público-Privadas pelos órgãos do Poder Judiciário, é necessário delimitar em que termos seria possível a realização de tais empreendimentos. Num primeiro passo, parece nítido que a chamada *concessão patrocinada* deve ser, desde logo, excluída, porquanto incompatível com as atividades inerentes ao Poder Judiciário.

É que, nos termos do § 1.º do art. 2.º da Lei 11.079/2004, a modalidade *patrocinada* de PPP é aplicável àqueles casos em que a remuneração do parceiro privado é parcialmente obtida mediante a cobrança de tarifas do usuário do serviço público, a qual é acrescida do aporte de recursos pelo Poder Público.

11. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

12. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 119-120.

Ora, como o que se vislumbra é a utilização das PPPs para melhoria da infraestrutura do Poder Judiciário, não há como se pensar na cobrança de uma tarifa do jurisdicionado pela utilização das dependências do fórum e muito menos na possibilidade de o Poder Judiciário destinar parte do seu orçamento para complementar a receita do parceiro privado.

Pela sua própria natureza, o Poder Judiciário só poderia lançar mão da chamada *concessão administrativa*, prevista no § 2.º do dispositivo legal acima citado. Contudo, é necessário atentar para a advertência feita por Binjenbojm acerca dos riscos de desvirtuamento do instituto:

“O grave risco ensejado pelas concessões administrativas de serviços ao Estado é o do uso com *desvio de finalidade*. De fato, é possível – ou mesmo previsível – que administradores públicos descompromissados com a moralidade administrativa venham a pretender usar a disciplina jurídica da Lei das PPPs, na modalidade de concessão administrativa de serviços ao Estado, para as mesmas situações em que seria exclusivamente aplicável a disciplina dos contratos administrativos da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993). É de todo inconcebível que simples contratos de vigilância, de limpeza, de manutenção de equipamentos, ou outros que tais, possam ter prazos de vigência de até 35 (trinta e cinco) anos, sem que qualquer investimento inicial de vulto o justifique.

Assim, além da nota da complexidade (combinação de obras, fornecimento de bens ou equipamentos e prestação de serviços), é mister que se exija necessariamente o investimento inicial do parceiro privado na criação, ampliação ou recuperação de alguma infraestrutura (obras e/ou equipamentos), no montante mínimo estabelecido em lei, como justificativa jurídica a constar da fase interna da licitação para a contratação de PPP, na modalidade de concessão administrativa de serviços ao Estado. Aqui, como nas concessões patrocinadas, o uso da PPP deve ser excepcional e especificamente motivado, como o tipo de contratação que melhor atende ao interesse público, consideradas as circunstâncias do caso concreto (Lei 11.079/2004, art. 10, I, a)”.<sup>13</sup>

Note-se, portanto, que a PPP é modalidade subsidiária de concessão pública que não pode ser manejada para abarcar situações para as quais a Lei 8.666/1993, apresente solução mais simples e consentânea com os princípios da isonomia e economicidade. Isto é, no caso específico do Poder Judiciário, há de se exigir do parceiro privado investimentos iniciais maciços, especialmente em infraestrutura, o que, na prática, significa dizer: o parceiro privado

13. BINENBOJIM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. vol. 17. p. 95. 2006.

seria chamado a realizar, de pronto, investimentos vultosos na construção e aparelhamento de sedes para o Poder Judiciário.

A partir desta constatação revela-se que, além da questão atinente à modalidade de Parceria Público-Privada aplicável ao Poder Judiciário, há outros aspectos da Lei 11.079/2004, capazes de gerar algumas perplexidades. Ou seja, ao se exigir um aporte de partida da ordem de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) do parceiro privado, surge uma primeira dificuldade praticamente intransponível: a garantia do investimento.

No âmbito do Poder Executivo da União, a Lei criou o FGP – Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas sem, contudo, apaziguar o tema. Aliás, neste sentido, Justen Filho pondera que:

“As informações disponíveis indicam que os investimentos a serem realizadas por meio das PPPs, na esfera federal, devem ultrapassar a trinta bilhões de reais (numa avaliação conservadora). Portanto, um fundo integrado por valores patrimoniais da ordem de seis bilhões de reais será insuficiente para assegurar a realização dos investimentos necessários. Uma questão prática a ser enfrentada reside, então, na localização de bens, títulos e outros valores suficientes para assegurar a garantia pretendida”.<sup>14</sup>

Se os projetos de Parceria Público-Privada idealizados pelo Poder Executivo vêm enfrentando um problema de atratividade em razão da insuficiência do Fundo Garantidor previsto em lei, o que se dirá dos empreendimentos de interesse do Poder Judiciário que não possuem qualquer mecanismo que garanta financeiramente a iniciativa privada?

A solução de tal entrave reserva alguns percalços que não se superam facilmente sem a devida intervenção legislativa, ou seja, não seria possível dar destinação diversa às verbas destinadas ao Poder Judiciário no orçamento público para garantia dos projetos de Parceria Público-Privada sem que haja lei em sentido formal e material que permita tal operação.

Outro tema que trouxe desconforto ao Min. Carlos Ayres Britto diz respeito à submissão dos projetos de Parceria Público-Privadas do Poder Judiciário a um Órgão Gestor composto exclusivamente por membros do Poder Executivo. Com efeito, não há como se pensar na submissão dos projetos de Parceria Público-Privada do Poder Judiciário ao crivo e ingerência de órgão pertencente a outro Poder sem aviltamento da cláusula da separação dos poderes.

De toda sorte, há de se ter em mente que à época da edição da Lei 11.079/2004, não havia ainda sido instituído o Conselho Nacional de Justiça

14. JUSTEN FILHO, Marçal. Avaliação geral sobre as Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 493.

e nem se havia descortinado a posição de ente central de planejamento do Poder Judiciário que vem sendo desempenhada pelo órgão.

Neste novo contexto, caberia ao CNJ, em paralelo ao que prevê a Lei para o órgão gestor das PPPs no Poder Executivo, definir os programas prioritários para execução de parcerias, disciplinar os procedimentos para celebração dos contratos pelos órgãos do Poder Judiciário, autorizar a abertura da licitação, aprovar o respectivo edital e apreciar os relatórios de execução dos contratos.

Afinal de contas, no modelo de gestão judiciária concebido pelo legislador constituinte reformador, o Conselho Nacional de Justiça apresenta-se, indubitavelmente, como a agência de promoção da boa-governança judiciária, cabendo-lhe funcionar como porta de entrada para "as transformações políticas, sociais, culturais, ambientais e aos novos saberes" (Bochenek, Dalazoana e Rissetti).

Não há dúvidas, contudo, de que o exercício desse papel de coordenação e supervisão das Parecerias Público-Privadas pelo Conselho Nacional de Justiça encontrará seus percalços. Sampaio adverte que:

"É, exatamente, a transformação em centro de gestão de excelência, sem trocadilho, o ponto nevrálgico do CNJ, por meio da racionalização das estruturas e do funcionamento dos serviços auxiliares, gerenciando objetivos e metas, definindo diretrizes da política administrativa e planos de desenvolvimento dos recursos humanos, físicos e logísticos. Transformação que, certamente, encontrará resistências na prática do autogoverno dos tribunais administrados em células de autoconfiança e improviso".<sup>15</sup>

Para contornar os entraves decorrentes desse delicado concerto das competências nacionais e de centro de formulação de políticas judiciárias do Conselho Nacional de Justiça com a autonomia dos Tribunais talvez haja necessidade de um novo marco regulatório específico para a espécie.

O que nos parece descabido é que o Conselho Nacional de Justiça negue sua função de planejamento e gestão, negligenciando a aplicação de mecanismos de *good governance* para concretização do direito fundamental de acesso à Justiça em razão de (ir)relevantes discussões acerca da extensão de suas competências correccionais e disciplinares.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.367/DF, Brasília, DF, 13.04.2005. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283367%2E%2E+OU+3367%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n2ylywq]. Acesso em: 15.05.2015.

15. SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 275.

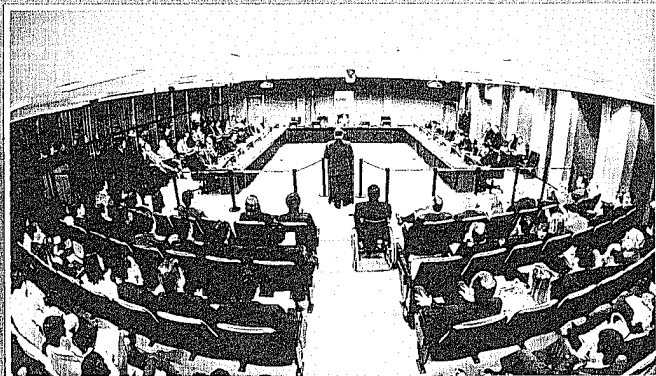


- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Consulta 0002583-36.2010.2.00.0000, Brasília, DF, 11.03.2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br/Infojuris12/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialJuris=47292&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0]. Acesso em: 15.05.2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2014. Disponível em: [ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica\_em\_Numeros/relatorio\_jn2014.pdf]. Acesso em: 15.05.2015.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Só em colegiado o CNJ deveria instaurar processos. *Conjur*. 01.02.2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-fev-01/apenas-decisao-colegiada-cnj-deveria-permitir-avocacao-processos]. Acesso em: 15.05.2015.
- BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. vol. 17. 2006.
- BOCHENEK, Antônio César, DALAZOANA, Vinícius, RISSETTI, Vinícius Rafael. Good Governance e o Conselho Nacional de Justiça. *Revista DireitoGV*. São Paulo, jul.-dez. 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *"Branquinhos" e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Avaliação geral sobre as Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e Parceria Público-Privada. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- SADEK, Maria Tereza. CNJ se mostrou mais eficiente e cada vez mais incômodo. Artigo originalmente publicado na edição de 28.08.2011 no *Jornal Folha de S. Paulo*.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

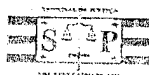
RUI STOCO  
JANAÍNA PENALVA

Organizadores

DEZ ANOS DE REFORMA DO  
JUDICIÁRIO E O NASCIMENTO DO  
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA



THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS**



Cópia extraída no  
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo