

# O PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 12/DF

Marcos Vinícius Martins Castro<sup>1</sup>  
Mariana Mello Santos

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Conselho Nacional de Justiça; 2.1. Dos Conselhos de Justiça; 2.2. Emenda Constitucional nº 45/2004; 2.3. Institucional; 3. O Poder Normativo do Conselho Nacional de Justiça; 3.1. Dos atos expedidos pelo Conselho; 3.2. Poder Normativo e Poder Regulamentar; 3.3. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12; 3.3.1. “Contemporização” do sistema; 3.3.2. O poder normativo primário do CNJ; 4. Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 31.12.2004 foi publicada a Emenda à Constituição nº 45/2004, que, dentre as inúmeras mudanças acarretadas no Poder Judiciário, destaca-se a instituição do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle administrativo das atividades dos órgãos e membros do Judiciário.

Porém, ao contrário do que ocorreu na Europa, a instituição do Conselho de Justiça não buscava apenas manter a independência já constitucionalmente prevista, mas garantir a unicidade do Poder Judiciário, através do controle das atividades administrativas e financeira, além da observância dos deveres funcionais por parte dos juízes, com o escopo de melhorar a atividade jurisdicional e sanar os vícios históricos que manchavam a sua imagem.

Apesar de ser um órgão ínsito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça não possui competência para exercer a atividade jurisdicional, dado seu caráter administrativo. Por essa razão, é que se permite na sua composição membros externos ao Poder Judiciário, sem que seja caracterizado violação ao princípio da separação dos poderes, já que este não exerce a função típica do Poder.

---

<sup>1</sup> Bacharelados em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS

Para que o Conselho atinja os fins para os quais foi proposto, o constituinte derivado facultou ao mesmo a possibilidade de expedir atos regulamentares no âmbito da sua competência, bem como adotar providências necessárias para o exato cumprimento da lei. Tais atos são dotados de força vinculante, ou seja, obrigam todos os órgãos e membros do Judiciário às suas determinações, exceto o Supremo.

Devido a maneira como vem sendo exercida essas prerrogativas, é que surge o problema a ser tratado no presente trabalho, qual seja, o poder normativo primário atribuído ao Conselho Nacional de Justiça.

Em decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/Distrito Federal, foi reconhecido (ou atribuído) ao Conselho Nacional de Justiça o poder de expedir atos de natureza normativa primária, ou seja, com mesma força de lei.

Ocorre que, pela leitura feita pelo Supremo, o poder regulamentar atribuído ao Conselho não se restringe apenas à complementar a lei, mas também a Constituição, devendo o mesmo zelar pela observância dos princípios que regem a administração pública.

Diante dessa nova atribuição e sob a chancela do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça vai alargando o campo de incidência dos seus atos, muitas vezes se arvorando de atribuições que não lhe competem, descaracterizando por completo a sua natureza administrativa e desvirtuando o seu papel de controle meramente administrativo, fato este quem vem causando grandes discussões na doutrina e na jurisprudência.

## **2 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ocorrência de uma série de acontecimento fortaleceu a corrente que defendia a criação de um órgão que exercesse controle sobre as atividades do Poder Judiciário.

Inspirados pelos Conselhos de Justiça originados na Europa, onde o surgimento deu-se em razão da busca por independência do Judiciário, o constituinte derivado

importou tal instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, com a esperança de que aqui o Conselho de Justiça remediasse os males que acometiam o Poder Judiciário.

Essa inserção não se deu de forma mansa, pois, antes de se instituir o Conselho a nível nacional, alguns Estados criaram os Conselhos Estaduais, os quais foram declarados inconstitucionais unanimemente pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, o mesmo entendimento não perdurou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF, tendo o Pleno do Supremo julgado totalmente improcedente a referida ação, mas não por unanimidade, confirmando a compatibilidade do Conselho Nacional de Justiça com a Constituição Federal de 1988.

Criado como um órgão judiciário de natureza administrativa, cuja função é exercer o controle externo do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça tem se mostrado cada vez mais atuante, razão pela qual suscita discussões acerca da forma como vem exercendo as atribuições que lhe foram outorgadas e os limites de sua atuação.

## 2.1 DOS CONSELHOS DE JUSTIÇA

O surgimento dos Conselhos de Justiça está estreitamente ligado a diversos fatores, principalmente pela busca da efetivação da independência do Judiciário, ante as relações estreitas com os demais Poderes.

Contudo, faz-se mister ressaltar que os Conselhos de Justiça são instrumentos para se atingir um objetivo, e não o próprio fim. Logo, o fato de não existir um Conselho de Justiça num ordenamento não significa dizer que haverá, necessariamente, dependência entre o Poder Judiciário e os demais Poderes. Conforme José Adércio Leite Sampaio (2007, p. 162):

A ausência de conselhos de Justiça pode não comprometer a independência do Judiciário, como pode revelar ainda vinculações com os outros Poderes, notadamente com o Executivo.

Os primeiros Conselhos de Justiça que se tem conhecimento tiveram sua origem na França e na Itália, sendo os mesmos reflexos do processo histórico da independência do Judiciário na Europa Continental.

Essa relação estabelecida entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo é o ponto de distinção dos modelos de Conselhos de Justiça que existem atualmente: o modelo latino-europeu e o modelo nórdico-europeu, assim definidos por Antônio Veloso Peleja Júnior (2009, p. 91):

Dois são os principais modelos de conselhos de justiça: modelo nórdico-europeu e latino-europeu (fraco-italiano).

O modelo nórdico-europeu caracteriza-se por uma relativa independência do Executivo e por assumir funções de autogoverno do Judiciário em sua quase plenitude.

No modelo latino-europeu, ou franco-italiano, dominam os laços do Judiciário com o Executivo, cuidando-se mais das formas de ingresso na magistratura e das questões disciplinares. Adotam-se na França, Portugal, Espanha e Itália. Em geral tem composição mista: juízes, advogados, promotores e representantes da sociedade.

Nos países em que se adota o sistema de governo parlamentarista, como é o caso da Itália, a instituição de um Conselho de Justiça é plenamente compatível com o sistema de governo, já que o Judiciário não é um Poder, mas um órgão de administração pública, atrelado na maioria das vezes ao primeiro ministro.

Porém, nos países que adotam o sistema de governo presidencialista, onde o Judiciário é um Poder, assim como o Executivo e o Legislativo, as características de independência e harmonia são mais evidentes. Por essa razão, alguns doutrinadores não vêem com bons olhos a inserção do Conselho Nacional de Justiça no ordenamento jurídico brasileiro, sob o argumento de que este representaria uma quebra na teoria da separação de poderes.

Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 instituir o Conselho Nacional de Justiça como órgão de controle externo com atuação em todo território, algumas unidades da Federação, no gozo da prerrogativa de autogovernar-se, já haviam estabelecido os Conselhos Estaduais de Justiça, o que gerou polêmicas e foi objeto de ações.

No Brasil, a inserção de um Conselho a nível nacional não está diretamente relacionada apenas à busca da independência do Judiciário como Poder, reflexo de uma série de fatores históricos, culturais e políticos, mas, principalmente, aos anseios sociais de uma melhor prestação jurisdicional e moralização do Poder, impulsionados pelos fatores adiante expostos.

## 2.2 EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

Dentre as mudanças ocasionadas pela Emenda Constitucional nº 45, cumpre citar: a criação da Súmula Vinculante, sendo a mesma oriunda das reiteradas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional, com a finalidade de garantir a segurança jurídica e a multiplicidade de processos idênticos; a inserção do critério da repercussão geral para o exame de admissão do recurso extraordinário; eliminou os recessos nos tribunais e ampliou a competência da justiça trabalhista, entre outras.

Contudo, não desmerecendo as demais inovações ocorridas, merece atenção especial a instituição do Conselho Nacional de Justiça, cuja função precípua é de controlar a atuação administrativa e financeira do referido poder. Sobre o tema, importante citar Antônio Veloso Peleja Júnior (2009, p. 101):

A leniência do Judiciário com seus membros, explorada intensamente pela imprensa, impulsionou a “vontade social” contra tais abusos e eclodiu no Conselho Nacional de Justiça que tem, como uma de suas funções, a disciplinar. Pecou o Judiciário pelo corporativismo e leniência, que redundaram na falta de punição, descrédito e enfraquecimento.

Tal pensamento é corroborado por André Ramos Tavares (2007, p. 1040/1041):

O presente órgão viria a remediar os males que acometem o Poder Judiciário, a saber, a delonga em exercer função jurisdicional e a ausência de transparência, decorrente de sua natureza fechada, infenso que é às tentativas fiscalizatórias.

Seu mister seria, então, o de vigiar tal qual um sentinela. O axioma que embasa essa criação é bastante conhecido: a eficiência de determinado poder, bem como o de sua lisura, é mais facilmente obtida por meio da existência de um órgão fiscalizador. Afinal, o sentimento de impunidade, inexoravelmente, gera a acomodação e, pior, o sentimento de total liberdade, ou melhor, de arbitrariedade.

Pode-se dizer que, desde a Emenda Constitucional nº 7/77, nenhuma outra Emenda causou tantas mudanças na estrutura do Poder Judiciário como a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Apesar de terem sido expedidas em épocas distintas, as Emendas Constitucionais nº 7/77 e 45/2004 tinham um ponto em comum: ambas instituíram órgãos de controle das ações do Poder Judiciário. Enquanto que o Conselho Nacional de Magistratura tinha por finalidade fiscalizar a atividade funcional dos Juízes, o

Conselho Nacional de Justiça vai além, exercendo controle também sobre a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

Todavia, as atividades atuais do Conselho não se restringem apenas à seara administrativa, muito em razão do amplo poder que lhe está conferido pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2.3 INSTITUCIONAL

Segundo definição extraída do site do Conselho Nacional de Justiça esse é:

[...] um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Foi criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento no serviço público da prestação da Justiça.

A organização e competência do Conselho Nacional de Justiça estão tratadas no artigo 103-B da Constituição Federal de 1988. Inicialmente, cumpre destacar a natureza e competência do Conselho, com fulcro no § 4º do artigo 103-B da Magna Carta:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 02 (dois) anos, admitida 01 (uma) recondução, sendo:

[...]

§ 4º **Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes**, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe foram conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (grifos nossos)

Como se depreende do texto do § 4º supracitado, o Conselho Nacional de Justiça possui natureza administrativa, cujo papel é exercer o controle administrativo e financeiro do Judiciário, bem como da atividade funcional dos juízes.

De forma sucinta, José Adércio Leite Sampaio (2007, p. 263) define assim a natureza do Conselho Nacional de Justiça:

O Conselho Nacional de Justiça é órgão administrativo-constitucional do Poder Judiciário da República Federativa do Brasil com *status* semi-autônomo ou de autonomia relativa. A estatura constitucional decorre da sua presença no texto da Constituição. A natureza administrativa é dada pelo rol de atribuições previstas no artigo constitucional 103-B, § 4º, que escapam ao enquadramento, obviamente, legislativo, uma vez que não pode inovar a ordem jurídica como autor de ato normativo, geral e abstrato, e, por submeter-se ao controle judicial, ainda que pelo STF, escapa da feição jurisdicional.

Esse caráter fiscalizatório e sensório do Conselho, bem como a sua natureza administrativa, foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF.

Esse acórdão, inclusive, pode ser considerado um divisor de águas por duas razões: primeiro porque explicitou a mudança de entendimento do Supremo no que tange a inserção dos Conselhos de Justiça no ordenamento jurídico, segundo, porque dirimiu, pelo menos a nível judicial, toda e qualquer discussão acerca da constitucionalidade do órgão.

Ao todo, o Conselho Nacional de Justiça é composto por 15 (quinze) membros de diversos Tribunais e instâncias, com mandato de 02 (dois) anos, sendo admitida uma recondução.

Percebe-se que o Conselho possui em seu bojo uma composição mista, pois, há membros indicados pelo Legislativo, fato este que desagrada alguns profissionais da área jurídica. Contudo, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/Distrito Federal, o pleno do Supremo afastou o argumento da Associação dos

Magistrados Brasileiros de que a formação heterogênea do Conselho violaria o princípio da separação dos poderes. Segundo o Ministro Relator, a maioria dos membros do Conselho compõem o Poder Judiciário, os quais são nomeados sem interferência direta dos demais Poderes, cabendo ao legislativo apenas indicar dois membros, que, por sua vez, não compõem aquele Poder.

Para o Ministro Cesar Peluso, seria ilógico declarar a inconstitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça em razão da sua formação heterogênea, vez que há situações em que ocorre uma maior ingerência dos Poderes Executivo e Legislativo no Poder Judiciário, citando como exemplo o sistema de escolha dos Membros do Poder Judiciário, mais precisamente, dos Membros do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a composição heterogênea do Conselho Nacional de Justiça não poria em risco a atividade jurisdicional, função típica do Poder Judiciário, já que o Conselho possui natureza meramente administrativa, não tendo competência alguma para realizar julgamentos.

Destoando dos colegas, já que a maioria acompanhou o voto do Relator, com as ressalvas elencadas, o Ministro Marco Aurélio votou pela total procedência da Ação, declarando a inconstitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça.

Em relação à participação de membros de outros Poderes, o Ministro questionou a falta de controle de indicação dos membros, já que a escolha é feita de forma livre e direta pelo respectivo órgão.

Além disso, destacou que a criação do Conselho Nacional de Justiça, não irá solucionar os problemas do Judiciário automaticamente, pois, segundo o próprio, se priorizou a mudança de composição, fazendo parecer que o problema está nas pessoas que o compõem, não se preocupando em fazer a análise dos motivos reais que acarretaram tais mazelas.

Apesar de vencido, o voto do Ministro Marco Aurélio merece guarida pelo fato de ter tratado aspectos relevantes, principalmente acerca da competência do Conselho. Nessa senda, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro Marco Aurélio onde trata do assunto:

A autonomia do Poder Judiciário não será fruto da existência de um órgão que atue ao lado do próprio Poder Judiciário, exercendo influência implícita



nesse Poder, já que não podemos ser ingênuos a ponto de acreditar que a atividade a ser desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça não repercutirá no ofício judicante, exercido por seres humanos, e circunstâncias externas, como salientado por Barbosa Moreira, acabam por repercutir na formalização de decisões.

O Ministro não conseguia conceber como um órgão integrante do Judiciário não teria a função judicante, típica do Poder. Até parece que o mesmo já estava prevendo os efeitos que a instituição do Conselho Nacional de Justiça acarretaria no ordenamento jurídico brasileiro.

Realmente, em algum momento essa “im”possibilidade seria posta à prova, já que, após a declaração de sua constitucionalidade, o Conselho passou a atuar de forma cada vez mais incisiva no Judiciário brasileiro, chegando ao ponto de expedir atos regulatórios sobre a atividade judicial, sem que houvesse respaldo legal para tanto, conforme será tratado adiante.

### **3 PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

Em virtude de sua natureza administrativa, diz-se que o Conselho Nacional de Justiça é um órgão judicial, já que faz parte da estrutura do Poder Judiciário, mas não jurisdicional, já que não pode dizer as leis.

Ocorre que tal pensamento foi alterado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão proferido nos autos da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/Distrito Federal, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros em face da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça.

Ao decidir o pedido liminar feito na ação acima, o Supremo Tribunal Federal atribuiu ao Conselho poder normativo primário, sob o argumento de que o mesmo retirou o fundamento de validade do ato expedido diretamente da Constituição Federal de 1988.

Porém, essa atuação “atípica” não se dá de forma pacífica, sendo que a divergência inicia-se no próprio Supremo, com a oposição declarada do Ministro Marco Aurélio que, desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/Distrito

Federal, vem se manifestando contra a instituição e, agora, contra as atribuições do Conselho, para o qual o texto constitucional é claro, não restando dúvidas quanto a natureza administrativa do Conselho Nacional de Justiça.

Apesar de ser voto vencido nos dois julgamentos, os votos proferidos pelo Ministro Marco Aurélio chamam atenção por tratarem de aspectos que aparentemente são ignorados pelos seus colegas, mas que são relevantes para o entendimento sobre a matéria.

Ao determinar a competência do Conselho de expedir atos com força de lei, o Supremo Tribunal acabou por abrir um “caminho sem volta” para a atuação do Conselho, que por sua vez, ciente dessa possibilidade, cada vez mais expande os limites constitucionalmente impostos, a ponto de invadir a seara dos demais Poderes.

### 3.1 DOS ATOS EXPEDIDOS PELO CONSELHO

No exercício do seu controle, é permitido ao Conselho expedir atos normativos. Estes atos são, ou deveriam, serem essencialmente administrativos, estando os mesmos previstos no artigo 102 do Regimento Interno, quais sejam:

Art. 102. O Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações.  
[...]

Segundo definição extraída do sítio do Conselho Nacional de Justiça:

**Resoluções:** são os instrumentos regulatórios próprios de que se utiliza o CNJ, no cumprimento das leis, para exercitar seus atos e fatos de gestão.

**Enunciados Administrativos:** são exposições resumidas sobre assuntos já discutidos em Plenário.

**Instruções Normativas da Presidência:** são decisões tomadas pelo Presidente do Conselho sobre questões que dependem de resolução. São atos que determinam o comportamento para atender a determinada execução. Têm a função de agilizar o funcionamento interno do CNJ, a compreensão, a especificação de um ato ou ordem de hierarquia maior, por exemplo, uma resolução.

**Recomendações:** são atos que recomendam aos tribunais e magistrados a adoção de medidas para cumprir determinado objetivo. (grifos nossos)

Dois características atribuídas aos atos expedidos pelo Conselho chamam atenção: a força vinculante e irrecorribilidade. Com fulcro nos artigos 102, § 5º e 4º, § 1º do Regimento Interno, as Resoluções e Enunciados administrativos expedidos pelo

Conselho Nacional de Justiça terão força vinculante após serem publicados no Diário da Justiça eletrônico, bem como os atos e decisões do Plenário do Conselho não são suscetíveis de recurso.

Assim, não estaria errado em dizer que o Conselho Nacional de Justiça corresponde a uma versão administrativa do Supremo, tendo em vista que seus atos possuem força vinculante, tal qual as Súmulas Vinculantes, bem como suas decisões não comportam recurso, assim como as proferidas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Dentre os atos expedidos pela Presidência, os que mais suscitam discussões são as Resoluções, isso porque, são instrumentos regulatórios próprios, ou seja, mecanismos dos quais se utiliza o Conselho para atingir alguma vontade normativa.

Cumprir trazer à baila alguns comentários de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 363) acerca das resoluções:

Tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites, aplica-se, ainda, com maior razão, a instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo. É que na pirâmide jurídica, alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores. Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento.

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez, deu interpretação diversa (ou mais conveniente) a um dispositivo constitucional.

Ocorre que essa decisão do Supremo abriu um precedente para a atuação do Conselho Nacional de Justiça, bem como representa uma inovação no ordenamento jurídico, pois, acabou por elevar uma Resolução expedida pelo órgão ao mesmo patamar de lei.

### 3.2 PODER NORMATIVO PRIMÁRIO E PODER REGULAMENTAR

A origem da presente discussão está na interpretação dada pelo Plenário do Supremo ao artigo 103-B, § 4º e incisos da Constituição Federal, abaixo transcritos:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 02 (dois) anos, admitida 01 (uma) recondução, sendo:

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe foram conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, **podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência**, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou **fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei**, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (grifos nossos)

Como tratado alhures, a natureza do Conselho Nacional de Justiça é administrativa, sendo sua função exercer o controle administrativo do Judiciário, fazendo-o por meio de ações voltadas para garantia da autonomia do Poder Judiciário e otimização da função judicial.

Para tanto, foi outorgado ao Conselho o poder de expedir atos regulamentares, a fim de garantir que as suas atribuições sejam cumpridas, sendo que a própria constituição condiciona essa atuação ao âmbito de sua competência.

Assim como a administração pública, o Conselho Nacional de Justiça também foi dotado de alguns poderes, os quais servem de instrumento de efetivação para se fazer cumprir a vontade da lei. Dentre esses poderes, situa-se o poder regulamentar, o qual Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 89) se refere como sendo poder normativo:

Normalmente, fala-se em poder regulamentar; preferimos falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão [...]. Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos.

O poder regulamentar é um instrumento pelo qual a administração pública visa efetivar a aplicabilidade da lei, através da edição de atos gerais e complementares. Em razão disso é que se referem aos regulamentos como sendo derivados, enquanto as leis são originárias ou primárias.

Sobre o poder regulamentar, preleciona Carvalho Filho (2008, p. 47), “poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”.

Por sua vez, Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 337) conceitua regulamento como sendo:

Ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.

Os atos regulamentares diferem dos atos legislativos em virtude dos seguintes aspectos: os atos regulamentares são expedidos por órgãos da administração pública, visam complementar a lei e não possui o poder de alterar o ordenamento jurídico; já os atos legislativos provêm do Poder Legislativo e tem a capacidade de inovar em caráter inicial a ordem jurídica, já que retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição.

Contudo, ao expedir atos regulamentares, a administração pública está exercendo função normativa, pois, assim como as leis, os atos expedidos possuem as características de abstratividade e impessoalidade, entretanto, seu fundamento é extraído diretamente da lei a qual está a complementar. Caso percam essa característica, pode-se dizer que está a administração pública praticando abuso de poder regulamentar.

Sobre o tema, cumpre citar Carvalho Filho (2008, p. 47):

A prerrogativa, registre-se, é apenas para **complementar** a lei; não pode, pois, a Administração **alterá-la** a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá **abuso de poder regulamentar**, invadindo a competência do Legislativo. (grifos do autor)

Nessa senda, percebe-se que o Estado possui duas funções, uma de criar a lei e outra de executar a lei, sendo que esta última é a função administrativa, já que depende da primeira.

Na expedição dos atos, devem-se observar os princípios que regem o ordenamento jurídico e, mais precisamente, a administração pública, tendo em vista a natureza administrativa do Conselho.

Dentre esses princípios, a expedição dos atos tratados no artigo 103-B supracitado está intimamente ligada ao princípio da legalidade. Logo, cumpre tecer alguns

comentários acerca deste princípio, presente no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inamovibilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

Pelo princípio da legalidade, o que não está proibido presume-se permitido. Contudo, tal máxima se aplica apenas aos particulares, pois, em relação à administração pública aplica-se o inverso, sendo o silêncio entendido como vedação.

Por essa razão, o referido princípio é de suma importância, haja vista que o poder regulamentar conferido à administração pública, e também ao Conselho Nacional de Justiça prescinde de previsão legal.

Apesar de não ser tarefa fácil, para se entender o propósito do princípio da legalidade, faz-se mister tratar do conceito de lei.

Há várias definições para o termo lei, contudo, André Ramos Tavares (2007, p. 1088/1089) se valendo de todos os conceitos, sintetiza:

[...] pode-se validamente extrair uma definição de lei como sendo, em sentido estrito, a expressão do direito, emanada sob a forma escrita, de autoridade competente surgida após tramitar por processos previamente traçados pelo Direito, prescrevendo condutas estabelecidas como justas e desejadas, dotada ainda de sanção jurídica de imperatividade.

Pela teoria da separação de poderes, a função normativa é competência típica do Poder Legislativo, mas, como já tratado anteriormente, os outros poderes podem exercer tal função de forma atípica, desde que previsto expressamente na Constituição.

A Constituição, que para Kelsen é a materialização da norma hipotética fundamental, é o vetor de uma sociedade organizada, sendo definida da seguinte maneira por Tércio Sampaio Ferraz (2008, p. 195):

Entendemos usualmente por Constituição a lei fundamental de um país, que contém normas respeitantes à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público (legislar, julgar, governar).

É na Constituição que se tira todo fundamento de validade do ordenamento jurídico. Contudo, algumas normas são capazes de gerar efeitos imediatos na conduta dos indivíduos, enquanto outras apenas condicionam como deverão ser feitas as demais normas.

As leis, segundo ensinamento de Tércio Sampaio Ferraz (2008, p. 199), “é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento”. Para isso, deve-se observar os procedimentos necessários para que as normas tenham caráter legal.

Doutrinariamente, as leis são divididas em: lei no sentido material, que está relacionado ao conteúdo; e lei em sentido formal, que é a lei no sentido de produção de normas.

Tércio Sampaio Ferraz (2008) destaca que antigamente, por força do liberalismo, as leis tinham por característica o fato de serem gerais e universais, como forma de barrar privilégios. Atualmente, já há ocorrência de normas individualizadas, embora ainda tenha quem as negue.

Em virtude desse caráter geral, algumas leis necessitam serem detalhadas, razão pela qual surgem os regulamentos, que, como já dito, tem por função regular a incidência de uma lei, o que lhe acarreta a característica de subsidiariedade.

Contudo, há no direito uma espécie de regulamento, chamado de regulamento autônomo, os quais, nas palavras de Carvalho Filho (2008, p. 53), se caracterizam pela possibilidade de “criar e extinguir primariamente direitos e obrigações, vale dizer, sem prévia lei disciplinadora da matéria ou, se preferir, colmatando lacunas legislativas”.

O poder regulamentar autônomo surgiu em razão do enfraquecimento das Monarquias na Europa, decorrência da “transferência” para os Paramentos, os quais passaram a deter o poder legislativo. Só que os reis reservaram para si o direito de dispor sobre matérias administrativas, excluindo as mesmas de necessidade de lei, já que na época, as leis versavam sobre liberdade e propriedade.

Por essa razão, determinados assuntos eram editados pelo Poder Executivo, independente de lei, os quais, por essa razão, passaram a ser chamados de regulamentos autônomos, ante o seu caráter inovador.

A instituição dos regulamentos autônomos não é tão simples como aparenta ser. O artigo 84, VI da Constituição teve seu texto alterado pela Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001. No texto original, a atuação do Presidente da República estava condicionada à lei, porém, a Emenda Constitucional 32 suprimiu esse requisito, passando o dispositivo a ter a seguinte redação:

Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
 VI – dispor, mediante decreto, sobre:  
 a) e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;  
 b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos

No ordenamento jurídico brasileiro, a instituição dos regulamentos autônomos divide opiniões. Para alguns doutrinadores, o artigo 84, VI da Constituição Federal de 1988, após a alteração feita pela Emenda, é um exemplo de regulamento autônomo. Como exemplo, cumpre citar os comentários de Carvalho Filho (2008, p. 53):

Não obstante, mesmo diante da alteração processada na Constituição, permanecemos fiel ao pensamento que expressamos acima. Aliás, a questão dos decretos e regulamentos autônomos deve ser colocada em termos mais precisos. Para que sejam caracterizados como tais, é necessário que os atos possam criar e extinguir primariamente direitos e obrigações, vale dizer, sem prévia lei disciplinadora da matéria ou, se se preferir, colmatando lacunas legislativas.

Na via inversa, há aqueles que entendem que, por força do princípio da reserva legal, presente no artigo 5º, II também da Magna Carta, não há possibilidade de se falar em regulamento autônomo no ordenamento brasileiro. Nesse pensamento, cumpre citar Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 337), que, com muito pesar, reconhece a letra *b* do artigo supra como sendo único e restrito exemplo de regulamento autônomo, sob os seguintes argumentos:

Anote-se, por fim, que neste mesmo art. 84, VI, já agora na letra “b”, está contemplado um caso em que é permitido ao Executivo expedir ato concreto de sentido contraposto a uma lei, pois ali se prevê a possibilidade do Presidente da República extinguir cargos vagos. Como os cargos públicos são criados por lei, sua extinção por decreto, tal como ali prevista, implica desfazer o que por lei fora feito.

Tal pensamento é corroborado por Di Pietro (2009, p. 88):

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32/01. [...] A



competência, quanto a alínea *a*, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional nº 32. Quanto à alínea *b*, não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria.

Nessa senda, pelos argumentos trazidos, o artigo 84 acima transcrito não seria uma espécie de regulamento autônomo pelas seguintes razões: as atribuições outorgadas prescindem de lei; para que fosse considerado regulamento autônomo, a Constituição deveria trazer expressamente a viabilidade de edição por parte da Administração Pública e, por fim, a própria Constituição delimitou as atribuições, descaracterizando por completo o regulamento autônomo.

Pelo entendimento dos doutrinadores supra e por força do princípio da legalidade, não se vislumbra a possibilidade de haver regulamentos autônomos no ordenamento jurídico e sim, apenas regulamentos executivos, que são voltados para o exato cumprimento da lei, sendo a única exceção o caso acima.

Nesse desiderato, cumpre lembrar Pontes de Miranda citado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 348/349): “se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional”.

Isso porque, em razão do princípio da separação dos poderes, é vedado ao Poder Legislativo delegar sua função típica de legislar, salvo os casos previstos na Constituição, que é o caso do artigo 68, por exemplo. Caso o fizesse, estaria configurada a delegação disfarçada.

Ocorre que o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.564/DF, acabou por atribuir à alínea *a*, inciso II do artigo 84 da Constituição Federal poder regulamentar autônomo, já que a referida ação foi julgada improcedente.

Assim, apesar da melhor doutrina declarar veementemente que a Constituição Federal de 1988 não comporta regulamentos dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, entendeu que, naquele caso, trata-se de ato equiparável a ato normativo primário, ou seja, a lei.

Mas, o que até então era uma excepcionalidade, está perdendo tal característica. Em um esforço ímpar de interpretação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em um ato expedido pelo Conselho Nacional de Justiça natureza de regulamento autônomo, e, conseqüentemente, poder normativo primário.

### 3.3 MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 12

Até o dia 16 de fevereiro de 2006, data do julgamento da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/Distrito Federal, apenas o regulamento previsto no artigo 84, VI da Constituição Federal de 1988 era considerado a única possibilidade de regulamento autônomo do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, reconhecido pelo Supremo.

Entretanto, naquele dia, o Supremo Tribunal Federal aumentou o rol das exceções, acrescentando a este o artigo 103-B, § 4º, II da Constituição, conforme voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa:

[...] o ato normativo objeto da presente ação ter sido expedido sem fundamento em lei, mas baseado diretamente na Constituição Republicana. Esse ponto tem sido repisado por aqueles que se opõem à validade da resolução, e isso em virtude de dois dogmas administrativo-constitucionais intrinsecamente ligados e de suam relevância: o da inexistência de regulamento autônomo no direito brasileiro e o de que é vedada qualquer inovação normativa pela via infralegal. Noutras palavras, somente a lei, como ato normativo primário, teria a primazia de criar direitos e obrigações. Contudo, esses dogmas já foram anteriormente excepcionados, pela Emenda Constitucional nº 32/2001 [...]. Nova exceção foi criada pela Emenda Constitucional 45/2004, no artigo 103-B, § 4º, II, da Lei Maior, que atribui ao Conselho Nacional de Justiça competência para “zelar pela observância do art. 37”.

O Presidente do Conselho Nacional de Justiça, no exercício de suas atribuições e com fulcro no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, publicou a Resolução nº 07, que disciplinava o exercício de cargos, empregos e funções por parentes cônjuges e companheiros de magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento nos órgãos do Poder Judiciário.

Por não haver lei que disciplinasse a prática de nepotismo, e por ser vedado o regulamento autônomo, a Associação dos Magistrados Brasileiros propôs a presente

ação com o objetivo de ter declarada a constitucionalidade da referida Resolução, pautada nos seguintes fundamentos:

I – o Conselho Nacional de Justiça – CNJ tem competência constitucional para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (inciso II do § 4º do art. 103-B da CF/88);

II – a vedação ao “nepotismo” é regra constitucional que decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa;

III – além de estar subordinado à legalidade formal, o Poder Público está adstrito à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui a própria Constituição;

IV – a Resolução nº 07/2005, do CNJ, nem prejudica o necessário equilíbrio entre os Poderes do Estado – por não subordinar nenhum deles a outro -, nem vulnera o princípio federativo, dado que também não estabelece vínculo de sujeição entre as pessoas estatais de base geográfica.

A Associação dos Magistrados Brasileiros requereu, liminarmente, a suspensão do julgamento dos processos que ensejam a aplicação da Resolução, com efeito erga omnes, bem como, com eficácia ex tunc, os efeitos das decisões proferidas que tenham afastado a aplicação da Resolução.

Mais uma vez, a maioria dos Ministros acompanharam o voto do Relator, dessa vez o Ministro Carlos Ayres Britto, concedendo a liminar nos termos acima requeridos, tendo sido vencido apenas o Ministro Marco Aurélio que, fiel as suas convicções, votou pelo indeferimento da liminar.

Segundo os Ministros, a Resolução nº 07 do Conselho se reveste dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade. O caráter de generalidade encontra-se no fato da norma evidenciar proibições administrativas; já a impessoalidade, se dá em razão da ausência de indicação nominal, por fim, em relação a característica da abstratividade, assim trata o relator:

Quanto ao requisito da abstratividade, fácil é perceber que a Resolução nº 07, do Conselho Nacional de Justiça, veio ao mundo das positividades jurídicas para enlaçar de modo permanente o descriptor e o prescriptor dos seus dispositivos. É como dizer: cuida-se de modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos.

Quanto a característica de ato normativo primário, deu-se em virtude do fundamento da Resolução ter sido extraído do § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal de 1988, além de explicitar os princípios que regem a administração pública, previstos no artigo 37 da Magna Carta, razão pela qual não cabe falar em antinomia.

Entende o Supremo que o modelo normativo objeto da demanda não viola o princípio da separação dos poderes, já que o Conselho Nacional de Justiça é órgão integrante do Judiciário, não submetendo esse à autoridade de nenhum dos outros dois.

Ocorre que, como visto no julgamento da ADIN 3.367-1/Distrito Federal, um dos pontos discutidos foi a composição mista do Conselho. Naquela oportunidade, a maioria dos ministros votaram pela não procedência do argumento, justificando que o Conselho Nacional de Justiça possui atividade meramente administrativa, não desempenhando a atividade típica do Poder Judiciário.

Logo, o pensamento atual de que o modelo normativo não viola a o princípio da separação dos Poderes não se coaduna com o entendimento anterior, pois, conforme frisado, o Conselho é composto por membros que não integram nenhum dos Poderes do Estado, como é o caso dos membros do Ministério Público, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os indicados pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados.

Apenas o Ministro Marco Aurélio Mello tornou a frisar a característica administrativa e não jurisdicional do Conselho, argumento este que serviu de base para o seu voto, indeferindo a liminar requerida.

Por fim, foi necessário um esforço hercúlo de interpretação por parte do Ministro Relator para extrair o poder normativo do Conselho, já que consta expressamente no § 4º do artigo 103-B que os atos expedidos pelo Conselho terão caráter regulamentar. Para isso, o principal argumento utilizado foi a da contemporização do sistema, adiante especificado.

### **3.3.1 “Contemporização” do sistema**

Como já demonstrado, o § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal de 1988 possibilita ao Conselho expedir atos regulamentares, bem como adotar providências para o exato cumprimento da lei.

Ora, analisando o quanto exposto no artigo 103-B e o conceito de poder regulamentar, claro está que os atos expedidos pelo Conselho deverão explicitar o que já está previsto em lei.

Ocorre que esta não foi a interpretação feita pelo Supremo. Para os Ministros da Suprema Corte, o ato expedido pelo Conselho detém a mesma força normativa das leis, não havendo assim que se falar em ato meramente regulamentar, mas em ato normativo primário, já que, assim como aquelas, extrai seu fundamento diretamente da Constituição.

Para isso, o Ministro Carlos Ayres Britto, relator da presente demanda, fundamentou que o Estado-legislador possui duas vontades normativas características, uma primária e outra derivada, a saber:

A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do Ordenamento Jurídico, sabido que a Constituição não é diploma normativo destinado a tal inovação, mas à própria fundação desse Ordenamento. Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa, vontade tão-somente secundária, ela é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que adota com esteio de validade um diploma jurídico já editado, este sim, com base na Constituição. Logo, vontade que não tem aquela força de inovar o Ordenamento com imediatidade.

Nesse pensamento, continua o Relator a dizer que a própria Constituição elege a lei como ato normativo primário, considerando lei o ato normativo expedido por órgão ou órgãos do Poder Legislativo, já que é atividade típica do mesmo.

Contudo, o Ministro aduz que essa lógica admite contemporização, assim descrita:

Comportam atenuação, exatamente para ceder espaço a valores e interesses outros que, embora de menor compleição material, são relevantes o bastante para merecer um tratamento heterodoxo. Um tratamento peculiar, despadronizado, por se traduzir numa nota de relativização àquela mais abrangente racionalidade sistêmica.

Segundo o Ministro Carlos Ayres Brito, é por essa razão que a Constituição, em seu artigo 52, incisos VII a IX conferiu ao Senado Federal, excluindo a Câmara dos Deputados, a possibilidade de expedir atos normativos de igual hierarquia as leis, bem como foi outorgado ao chefe do Poder Executivo no artigo 62, adotar medidas provisórias com força de lei, embora lei não sendo.

Além das hipóteses acima descritas, o Ministro incluiu também a competência privativa atribuída aos Tribunais, no artigo 96, I da Constituição, de elaborarem seus próprios regimentos internos, dando interpretação própria ao dispositivo:

Fazendo de tais regimentos – é a minha leitura – um ato normativo ambivalente primário e secundário: primário, no que tange à competência e ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos de cada qual deles (tribunais); secundário, pertinentemente ao dever de “observância das normas de processo e das garantias processuais das partes” [...]

Sobre o assunto, o Ministro Eros Grau destaca que a Constituição consagra a legalidade como reserva da lei e reserva da norma, podendo essa última ser legal ou regulamentar. O que distingue uma da outra é que na primeira, a vinculação ocorre em razão das definições previstas na própria lei, enquanto que a segunda é decorrente da lei.

Por decorrer da lei, o Ministro Eros Grau entende que o ato expedido pelo CNJ não viola o princípio da legalidade, pois, neste caso, o princípio da legalidade expressa reserva da lei em termos relativos, ou seja, reserva da norma.

Nesse pensamento, segundo o Ministro, o princípio da legalidade é adotado em termos relativos, razão pela qual admite-se ato normativo não legislativo, mesmo que a atribuição para tanto seja explícita ou implícita.

Dessa forma, o Ministro Eros Grau reconhece que o Conselho Nacional de Justiça possui função normativa regulamentar, conforme trecho abaixo:

Dizendo-o de outra forma: se há um princípio de reserva da lei – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei – evidentemente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos do Poder Executivo e regimentos do Judiciário; quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias, não cabem regulamentos e regimentos.

Pelos argumentos acima, percebe-se que a preocupação do Supremo em atribuir poder jurisdicional ao Conselho Nacional de Justiça era tanto que os Ministros acabaram por atribuir interpretação própria a trechos expressos da Constituição Federal. É o que ocorre nos exemplos utilizados pelo Ministro Relator para demonstrar a sua tese de contemporização do sistema.

Com a máxima vênia, os exemplos apresentados pelo mesmo não foram os mais apropriados, já que todos os artigos citados correspondem a autorizações expressas

da Constituição Federal de 1988, não havendo assim, a característica de inovação tratada pelo Ministro.

A inovação está na interpretação atribuída ao § 4º do artigo 103-B da Constituição, onde o poder regulamentar e o exato cumprimento da lei foram convertidos em outorga para expedir atos regulamentares autônomos, subrogando-se ao Congresso Nacional.

### 3.3.2 O poder normativo primário do CNJ

O Ministro Carlos Ayres Brito, considerando o papel relevante do Conselho, num esforço sem igual de interpretação, verificou que a Constituição Federal de 1988, no inciso II do artigo 103-B, § 4º conferiu, implicitamente, poder normativo primário ao Conselho Nacional de Justiça.

Segundo o Ministro Relator, tal inciso é composto de mais de um núcleo normativo, sendo quatro expressos e um inexpresso, a saber:

I – núcleos expressos: a) “zelar pela observância do art. 37” [...]; b) “apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário”; c) “podendo desconstituí-los”, “revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei”; d) “sem prejuízo da competência dos Tribunal de Contas da União” [...]

II – **o núcleo inexpresso é a outorga de competência para o Conselho dispor, primariamente, sobre qual dos quatro núcleos expressos**, na lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e ainda baixa os atos de sanação de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é uma forma de prevenir a irrupção de conflitos. O poder de precaver-se ou acautelar-se para minimizar a possibilidade de transgressões em concreto. (grifos nossos)

Assim, ao contrário dos exemplos trazidos à baila, onde o texto constitucional é claro e preciso quanto a possibilidade de se expedir atos normativos com força de lei, a atribuição do Conselho para tanto é fruto da interpretação dada ao dispositivo pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Como se não bastasse, aduz o Relator que o Constituinte Reformador condicionou o regime jurídico do Conselho da Justiça Federal e o Conselho Superior da Justiça do

Trabalho à forma da lei, com fulcro no artigo 105, II do parágrafo único e artigo 111-a, § 2º II, respectivamente.

Contudo, ao tratar das competências do Conselho Nacional de Justiça, não houve um “condicionamento” como nos outros dois Conselhos, entendendo haver ali, uma autorização legal para que o Conselho Nacional de Justiça expedisse atos sem que houvesse, necessariamente, a expedição de lei.

Por fim, ressalta que pelo caráter importante do Conselho e em face das competências que lhes foram outorgadas, negar ao Conselho a possibilidade de aplicar a Constituição, seja de forma concreta ou abstrata, acabaria por limitar a atuação do Conselho e, conseqüentemente, a busca para atingir os seus objetivos.

Ademais, ao que tange ao conteúdo, informa que a Resolução nº 07 apenas explicitou algo que já estava constitucionalmente proibido, elevando, assim, o Conselho Nacional de Justiça ao papel de guardião dos princípios que regem a administração pública.

Mais uma vez, o Ministro Relator tratou de afastar o argumento de que a Resolução objeto da demanda feriria o princípio da separação dos poderes, observando que o Conselho é órgão integrante do Poder Judiciário, logo, não está a submeter esse aos demais poderes.

Quanto a esse último argumento, cumpre citar o voto do Ministro Eros Grau nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/Distrito Federal:

[...] Sua presença, como órgão do Poder Judiciário, no modelo brasileiro de harmonia e equilíbrio entre os poderes, não conformará nem informará – nem mesmo afetará – o dever-poder de decidir conforme a Constituição e as leis que vincula os membros da magistratura. O controle que exercerá está adstrito ao plano “da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes”. Embora órgão integrante do Poder Judiciário – razão pela qual desempenha autêntico controle interno – não exerce função jurisdicional.

Por derradeiro, o Ministro Marco Aurélio, mais uma vez foi a voz destoante e racional do Supremo. Para o Ministro, o Conselho Nacional de Justiça não foi dotado de competência legiferante, ou seja, de poder normativo a ponto de substituir o Congresso Nacional na expedição de tais atos, tendo em vista que o texto do § 4º do artigo 103-B é claro quanto a tal impossibilidade.



Para ele, a liminar requerida por si só já seria uma forma de atingir a concretude da norma em todo o território nacional, já que a mesma, conforme requerido pela Associação dos Magistrados Brasileiros, surtiria efeitos diretamente na atividade jurisdicional, inclusive de atos já praticados, conforme explana em seu voto:

Se o Conselho Nacional de Justiça, como proclamado pelos integrantes da Corte que me antecederam, legislou – e a ação declaratória é uma ação de mão dupla, tanto é possível chegar-se à declaração de constitucionalidade como também à declaração de inconstitucionalidade -, ele o fez totalmente à margem das atribuições previstas de forma exaustiva, na Constituição Federal. E não posso, estou impossibilitado de – muito embora o pronunciamento viesse a conferir envergadura maior à Resolução do Conselho Nacional de Justiça -, ante essa premissa, deferir uma liminar que acabe potencializando, a mais não poder, a Resolução do Conselho.

No julgamento do Mérito, ocorrido em 20 de agosto de 2008, o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 – Distrito Federal, tendo acordado, por unanimidade de votos pela procedência da ação, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio e Menezes de Direito.

Naquela oportunidade, o Ministro Menezes de Direito (que não fazia parte do Supremo à época do julgamento da medida cautelar) destacou que as atividades do Conselho restringem-se às matérias administrativas, não tendo o mesmo ter atividade jurisdicional.

Adverte o Ministro que: “[...] é da competência do Conselho Nacional de Justiça fazer a disciplinação dos princípios insculpidos na Constituição no que tange ao poder administrativo que detém no âmbito do Poder Judiciário”.

Porém, entende o Ministro Menezes de Direito que os princípios presentes no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 possuem força normativa própria, não precisando, assim, de lei para produzir seus efeitos, quiçá de complementação, razão pela qual, a Resolução expedida pelo CNJ, objeto da demanda, da forma como foi redigida, teria um alcance demasiadamente ampliado.

E realmente foi o que ocorreu. Em virtude da concessão da liminar, o advento da Resolução nº 07 do Conselho acabou por suspender o julgamento dos processos cujo objeto questionava a constitucionalidade da Resolução, bem como interferiu na atividade judicante, vê que impediu que juízes e Tribunais proferissem decisões que impedem ou afastem da mesma.

A título de informação, no mesmo dia em que foi julgado o mérito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/Distrito Federal, o Pleno do Supremo julgou o Recurso Extraordinário nº 579.951-4/Rio Grande do Norte.

O referido recurso foi interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que afastou a aplicação da Resolução nº 07 do Conselho Nacional de Justiça ao Executivo e ao Legislativo, sob o fundamento de que a vedação à prática do nepotismo nesses poderes prescinde de lei.

O Supremo Tribunal Federal não acolheu o pedido, conforme ementa:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

I – **Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo dos demais Poderes é ilícita.**

II – A vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.

III – Proibição que decorre diretamente dos princípios contido no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

IV – Precedentes.

V – RE reconhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante de cargo em comissão. (grifos nossos)

A decisão acima reforça o argumento do Ministro Menezes de Direito de que não há necessidade de edição de lei formal para fazer cumprir os princípios estabelecidos no artigo 37 caput.

Por fim, com o fito de encerrar tal questão, logo após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951-4/Rio Grande do Norte, o Supremo acabou por converter a Resolução nº 07 do Conselho na Súmula Vinculante 13, estendendo seus efeitos à toda administração pública, conforme texto:

Súmula Vinculante 13

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Por tudo quanto foi exposto, o julgamento da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade merece especial atenção da doutrina e da jurisprudência, por ser um precedente, sem limites, para a atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Ao estabelecer que o Conselho possui competência para expedir atos gerais, o Supremo não apenas abriu uma exceção à expedição de regulamentos autônomos, tão refutados no ordenamento, como também acabou por atribuir mais uma competência ao Conselho, só que sem contornos expressos, pois se baseia em um mandamento implícito.

Por mais que os atos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça retirem seu fundamento de validade diretamente da Constituição, principalmente nos princípios que regem a administração pública, não há como prever o alcance da atuação do Conselho, já que, conforme tratou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto: “a Constituição, ao atuar por meio de princípios, determina fins sem indicar expressamente os meios”.

Ademais, a Constituição traz expressamente os casos em que serão permitidos a expedição de atos com força de lei não oriundos do Poder Legislativo, o que não foi outorgado ao Conselho. Sobre o assunto, cumpre citar o comentário de Antônio Veloso Peleja Júnior (2009, p. 144):

Veja-se bem que aí reside o nascimento do poder normativo primário do CNJ. Ressalte-se que, nitidamente, engloba o ativismo judicial, porque, ao contrário dos demais casos elencados categoricamente pelo Ministro (medidas provisórias, resoluções do TSE, v.g), no caso do CNJ, foi o próprio quem erigiu a atuação do órgão ao status dos demais entes textualmente arrolados, legitimados e expressos na Constituição Federal. Sob o argumento de uma existência “inexpressa”, implícita, concedeu-se ao CNJ poder de editar normas abstratas, com o condão de sobrepujar todas as demais que, se forem contrárias, ainda que produzidas legitimamente pelo legislador. Em síntese, concedeu-se a um órgão de natureza administrativa o poder de elaborar leis.

Dessa forma, já que a Constituição não estabelece os fins, o Conselho Nacional de Justiça, sob o aval do Supremo Tribunal Federal, vem atuando de forma livre e discricionária, muitas vezes ao arrepio do quanto exposto na Constituição.

#### **4 CONCLUSÃO**

De fato, o Poder Judiciário carecia de um órgão como o Conselho Nacional de Justiça, na sua concepção original, cujas atividades estão voltadas para o cumprimento fiel e eficaz da lei no âmbito administrativo.

Analisando o fim para o qual foi proposto, o Conselho Nacional de Justiça merece louvor, pois, até então, nunca houve no Judiciário nenhum órgão voltado para o aperfeiçoamento da prestação judicial como o mesmo.

Por um longo tempo, o Judiciário foi utilizado como instrumento de manobra para que uma pequena parcela da sociedade tivesse seus interesses tutelados, sendo os processos julgados sem o mínimo de transparência, muitas vezes até contrários à lei.

Associado a isso, tinha-se a figura dos juízes como Deuses, seres inatingíveis e inacessíveis, detentor do poder de modificar a vida dos cidadãos através da aplicação das leis.

A criação do Conselho Nacional de Justiça veio para quebrar esses paradigmas arraigados no Poder Judiciário, que perduraram até a Constituição de 1988, resquícios ainda do período de controle exercido pelos outros poderes e do caráter dual da Justiça.

Através de ações externas, voltadas para a população, em especial aos mais carentes, o Conselho tem buscado “quebrar” a parede erguida durante anos que separavam seus membros do restante da população.

Por essas razões, agiu bem o constituinte reformador ao atribuir caráter nacional às ações do Conselho. Essa incidência ampla, faz-se importante para que as ações do órgão possam repercutir em todos os Tribunais e instâncias, extirpando os resquícios ainda oriundos do modelo dual da justiça.

O mesmo a dizer sobre sua a composição heterogênea. Ao estabelecer, de forma limitada, a participação de membros dos demais Poderes, o Constituinte agiu em conformidade com o sistema de freios e contrapesos, corolário do princípio da separação dos poderes.

Contudo, essas características são importantes sob o viés da atuação administrativa do Conselho, qual seja, de exercer controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Isso porque a teoria da separação dos poderes encontra seus limites na ação típica de cada poder. Para transpor tal barreira, é preciso que haja expressa autorização constitucional.

Esse limite imposto é importante para a manutenção do princípio da separação dos poderes, pois, se não fosse assim, haveria um conflito de atuações entre os Poderes, o que prejudicaria a liberdade dos cidadãos.

Assim, considerando sua atuação meramente administrativa, não há que se falar violação ao princípio da separação dos poderes, nem ofensa ao pacto federativo, conforme decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/Distrito Federal.

Os argumentos utilizados naquele julgamento “caíram por terra” com a decisão proferida na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/Distrito Federal.

O poder para expedir atos normativos de natureza primária é constitucionalmente atribuído ao Poder Legislativo e, em algumas exceções, ao Poder Executivo, não sendo o Legislativo, em nenhuma hipótese, contemplado com tal.

Contudo, sob a máxima de que “os fins justificam os meios”, foi atribuído ao referido órgão, poder de expedir atos com mesma força normativa das leis. Ocorre que a natureza administrativa e a composição heterogênea do Conselho Nacional de Justiça não se coadunam com o poder legiferante que lhe foi atribuído.

Primeiro, porque os atos administrativos se caracterizam pela subsidiariedade, logo, elevar uma resolução administrativa ao patamar de lei, comprometeria a segurança jurídica. Segundo, apesar da maioria dos seus membros integrarem o Poder Judiciário, há no Conselho membros alheio aos três Poderes, o que representaria uma ruptura total da teoria da separação dos poderes, bem como de todo procedimento legislativo.

No mais, ao contrário dos demais casos, o poder legiferante do Conselho Nacional de Justiça é fruto da interpretação feita pelo Pleno do Supremo ao dispositivo constitucional. Pelo voto dos Ministros, não resta dúvidas de que os mesmos se

esforçaram arduamente para extrair do dispositivo legal, o poder do Conselho para expedir atos normativos primário, atribuindo, assim, mais uma prerrogativa ao órgão.

Essa ampliação de competências é fruto da importância demasiada que o Supremo Tribunal Federal vem dispensando ao Conselho Nacional de Justiça. Na verdade, percebe-se que há proteção recíproca entre o Conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

A relação íntima entre o Conselho e o Supremo não se limita apenas ao Presidente em comum. Além de caber ao Supremo Tribunal Federal indicar a maioria dos membros do Conselho, os atos expedidos pelo órgão não submetem os membros do Supremo, por ser esta Corte a instância competente para processar e julgar ações contra o Conselho.

Por tudo quanto exposto, associando tais ocorrências ao fato das decisões proferidas pelo Plenário serem irrecuráveis, bem como seus atos gozarem de força vinculante, pode-se dizer que o Conselho Nacional de Justiça está mais para órgão administrativo do Supremo do que do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIN 3.367-1 Distrito Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ: 17 mar. 2006, D.REP: 22 set. 2006, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=DF%283367%2EENUME%2E+OU+3367%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADI 135-3 Paraíba, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ: 21 nov. 1996, D.P: 18 ago. 1997, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=pb%28135%2EENUME%2E+OU+135%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADC 12-6 MC Distrito Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ: 12 fev. 2006, D.P: 01 set. 2006, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>> Acesso em 04 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, ADC 12-6 Distrito Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ: 28 ago. 2008, D.P: 18 dez. 2009, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em 04 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 649. DJ: 24 set. 2003, D.P: 10 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=649.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 11 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. CNJ. **Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça**. DP: 05 abr. 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5110&Itemid=685](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5110&Itemid=685)>. Acesso em: 30 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. CNJ. **Resolução nº 07**, de 18 out. 2005. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=100:resoluno](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=100:resoluno)>

7-de-18-de-outubro-de-2005-&catid=57:resolucoes&Itemid=512>. Acesso em: 04 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. CNJ. **Resolução nº 13**, de 21 mar. 2006. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=107:resoluno13-de-21-de-marde-2006-&catid=57:resolucoes&Itemid=512](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=107:resoluno13-de-21-de-marde-2006-&catid=57:resolucoes&Itemid=512)>. Acesso em: 11 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. CNJ. **Resolução nº 14**, de 21 mar. 2006. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=108:resoluno14-de-21-de-marde-2006-&catid=57:resolucoes&Itemid=512](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=108:resoluno14-de-21-de-marde-2006-&catid=57:resolucoes&Itemid=512)>. Acesso em: 11 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 45, de 30 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.