

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL

Programa de Pós-Graduação

Mestrado

O PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Hamilton Rafael Marins Schwartz

CURITIBA

2009

1

HAMILTON RAFAEL MARINS SCHWARTZ

O PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil - UNIBRASIL - como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito
Orientador: **Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève**

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

HAMILTON RAFAEL MARINS SCHWARTZ

O PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Escola de Direito e Relações Internacionais, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL -, pela seguinte banca examinadora:

- Orientador:** Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (**Orientador**)
Curso de Direito, Escola de Direito e Relações Internacionais, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.
- Membros:** Prof. Dr. Jorge de Oliveira Vargas
Curso de Direito, Escola de Direito e Relações Internacionais, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.
- Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de
Direito,
Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Curitiba, 9 de setembro de 2009

Dedico esta obra à Priscila, minha esposa, e à Elisabeth, minha mãe, que me inspiraram a progredir e a atingir meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Clèmerson Merlin Clève, pela amizade, pela sabedoria e pelo exemplo de seriedade acadêmica e profissional.

Aos Professores do Programa de Mestrado da UNIBRASIL, pela transmissão do conhecimento e inspiração.

À Professora Ana Lucia Pretto Pereira, pelo auxílio no aprimoramento desta dissertação.

À minha irmã Lorena e meu pai Loreni, que me acompanharam durante todo o caminho.

À minha família, pelo apoio.

Aos meus amigos, por toda a torcida.

Aos colegas de profissão, Juízes, Promotores e Serventuários, pelas discussões acaloradas.

Às bibliotecárias do Tribunal de Justiça, que atenderam a todos meus pedidos com presteza e eficiência.

“It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is...If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each...This is of the very essence of judicial duty”.

Marbury vs. Madison, 1803.

John Marshall (1755 – 1835)

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS.....	xi
RESUMO	xii
ABSTRACT.....	xiii
INTRODUÇÃO	01
Capítulo 1º. – DO PODER REGULAMENTAR	20
1.1 Da Produção Normativa	21
1.2 Do Poder Regulamentar Administrativo	25
1.2.1 Natureza do poder regulamentar	31
1.3 Titularidade e Competência Regulamentar	31
1.4 Procedimentos para a Elaboração de Disposições de Caráter Geral	34
1.5 Dos Regulamentos	35
1.5.1 Características dos regulamentos	39
1.5.2 Princípios dos regulamentos em relação à lei	40
1.5.2.1 Princípio da primazia ou da preeminência da lei	41
1.5.2.2 Princípio da precedência da lei	41
1.5.2.3 Princípio da acessoriedade dos regulamentos	41
1.5.2.4 Princípio do congelamento da categoria	42
1.5.2.5 Princípio da identidade própria do regulamento	42

1.5.2.6 Princípio da autonomia da atribuição regulamentar	42
1.5.2.7 Princípio da colaboração necessária entre a lei e o regulamento	42
1.5.2.8 Princípio da autonomia da lei	43
1.5.3 Tipos de regulamentos	43
1.5.3.1 Quanto aos efeitos do regulamento	43
1.5.3.2 Quanto a seus destinatários	44
1.5.3.3 Quanto a suas relações com a lei	44
1.5.3.3.1 regulamentos autônomos	45
1.5.3.3.2 regulamentos independentes	55
1.5.3.3.3 regulamentos de necessidade	55
1.5.3.3.4 regulamentos de execução	56
1.5.3.4 Regulamentos delegados ou autorizados	57
1.6 Agências Reguladoras	59
Capítulo 2º. – DO PODER REGULAMENTAR DO CNJ	64
2.1 Dos Conselhos de Justiça e seu Poder Regulamentar no Direito Comparado	65
2.2 Do Conselho Nacional de Justiça	75
2.2.2 Da natureza do CNJ	76
2.2.3 Composição e estrutura do CNJ	77
2.2.4 Princípios do CNJ	78
2.2.4.1 Princípio da oficialidade	78

2.2.4.2 Princípio do formalismo mitigado	78
2.2.4.3 Princípio da gratuidade	79
2.2.4.4 Princípio da ampla defesa e do contraditório	79
2.2.4.5 Princípio da publicidade	79
2.2.4.6 Princípio da participação social	80
2.2.4.7 Princípio da celeridade	80
2.2.4.8 Princípio da motivação	81
2.2.5 Dos procedimentos	81
2.2.5.1 Do procedimento de elaboração dos regulamentos	81
2.2.5.2 Do procedimento para a elaboração dos demais atos	82
2.2.6 Das atribuições do CNJ	82
2.2.6.1 Das atribuições políticas	84
2.2.6.2 Das atribuições administrativas	86
2.2.6.3 Das atribuições correcionais e disciplinares	86
2.2.6.4 Das atribuições informativas	89
2.2.6.5 Das atribuições propositivas ou opinativas	89
2.3 Dos Limites do Poder Regulamentar do CNJ	90
2.3.1 Limites formais	96
2.3.2 Limites materiais ou substanciais	97
2.3.2.1 Limites conferidos pelos princípio gerais do Direito	100
2.3.2.2 Técnicas de controle da discricionariedade	101

2.3.2.3 Matéria regulamentária	104
2.3.2.4 Irretroatividade	105
2.3.3 Impugnabilidade e sanções	105

Capítulo 3º. – DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO PODER REGULAMENTAR..... 108

3.1 Resoluções Publicadas até 06.06.2009	108
--	-----

3.2. Do Cumprimento das Atribuições do CNJ	113
--	-----

3.3 Das Resoluções	115
--------------------------	-----

3.3.1 Resoluções números 3, 24 e 28: Férias coletivas nos Juízos e Tribunais de Segundo Grau	116
--	-----

3.3.2 Resolução 6, DE 13.09.2005: Aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º Grau	118
--	-----

3.3.3 Resolução 7, DE 18.10.2005: Antinepotismo	121
---	-----

3.3.4 Resolução 8, DE 29.11.2005: Recesso natalino	130
--	-----

3.3.5 Resolução 11, DE 31.01.2006: Atividade jurídica para o ingresso na carreira da Magistratura nacional	132
--	-----

3.3.6 Resoluções 13, DE 21.03.2006 e 14, DE 21.03.2006: Aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da Magistratura	134
---	-----

3.3.7 Resolução 35, de 24.04.2007: Disciplina a aplicação da Lei 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro	136
---	-----

3.3.8 Resolução 59, de 09.9.2008: Procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e de telemática	137
--	-----

3.3.9 Resolução 60, de 19.9.2008: Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional	139
3.3.10 Resolução n.º 75, de 12.5.2009: Concursos públicos para ingresso na carreira da Magistratura	140
3.4 Ponderações Finais Sobre os Regulamentos do CNJ	142
CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

APA – Administrative Procedure Act

CF - Constituição Federal

CGPJ - Consejo General del Poder Judicial

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CSM - Consiglio Superiore della Magistratura

EC – Emenda Constitucional

LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional

LOPJ - Ley Orgánica del Poder Judicial

MC – Medida Cautelar

PGR – Procuradoria-Geral da República

RE – Recurso Especial

RICNJ – Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

Esta dissertação discorre sobre o poder regulamentar do CNJ, que é definido por seu titular e os limites atribuídos ao mesmo.

Estuda o poder regulamentar, especialmente quanto à sua justificação, sua natureza, seus titulares e características. Traz conceitos e classifica o regulamento, suas características, princípios e tipos. O regulamento autônomo mereceu especial destaque, por prescindir de autorização legislativa.

Analisa o poder regulamentar específico do CNJ, embasado na Emenda Constitucional nº. 45/2004, delineando sua existência no direito comparado, o Conselho que o exerce, suas atribuições, seus princípios e seu procedimento de elaboração. Aprofunda no estudo dos limites da utilização do poder regulamentar pelo novo órgão constitucional, uma questão central, pois serve para definir referido poder e controlar sua utilização.

A dissertação finda com a verificação prática da utilização do poder regulamentar, através do estudo das resoluções do CNJ, suas decisões administrativas e a jurisprudência da Suprema Corte do Brasil. Deu-se maior atenção à resolução 07/2005, denominada antinepotismo, por conter o regulamento que mais claramente limitou direitos.

Conclui que a restrição de direitos e a criação de obrigações deve ocorrer por meio de lei.

Palavras-chave: poder regulamentar; regulamentos autônomos, Conselho Nacional de Justiça; limites do poder regulamentar, resoluções do CNJ.

ABSTRACT

This dissertation addresses the regulatory power of the National Council of Justice, which is defined by its titular and limits attributed.

Study the regulatory power, especially about its justification, its nature, its holder and characteristics. Bring concepts and classifies the regulations, its characteristics, principles and types. The autonomous regulations deserved special highlight, because dispense legislative authorization.

Continues to the analysis of the regulatory power specific of the CNJ, based at the Constitutional Amendment No. 45/2004, outlining its existence in the comparative law, the Council that exercises it, its attributions, its principles and its procedure of elaboration. Deepens in the study of the limits of the utilization of the regulatory power by the new constitutional Council, one central question, because is useful to define its power and control its utilization.

The dissertation ends with the practice verification of the utilization of the regulatory power, through the study of the resolutions of the CNJ, its administrative decisions and the jurisprudence of the Supreme Court of Brazil. Has been given more attention to the resolution 07/2005, called “anti-nepotismo”, because contains the regulation that most clearly has limited rights.

Concludes that the restriction of rights and the creation of obligations should happen by law.

Key-words: regulatory power, autonomous regulations; National Council of Justice, limits of the regulatory power; resolutions of the CNJ.

INTRODUÇÃO

A presente obra foi delineada objetivando a análise do Conselho Nacional de Justiça, órgão que se tem mostrado censor do magistrado e sua atividade, e especialmente o meio pelo qual vem realizando essa censura: a utilização do poder regulamentar constitucionalmente concedido.

Cristalizou Sampaio sobre o magistrado, de maneira simples e direta:

O magistrado não é dono do cargo ou senhor da verdade, não é Hércules posando no Olimpo, mas servidor da sociedade, e, por dizer o Direito nessa sociedade, há de alargar, com a sua decisão e fundamentos, o processo dialógico que une a todos em torno de uma comunidade jurídica e política concreta. Diálogo sério e leal sob compromisso de aprofundar a credibilidade nas instituições, sem temor de represália nem tentação pelo estrelato, sem sucumbir a poderosos ou à força da *noblesse* do cargo. Seu palco são os autos; seus holofotes, o sentido comum de justiça aplicada, definido, sem muito rebuscamento teórico, mas complicado a valer na prática, pelo binômio da causa bem resolvida e da – vigilante – consciência tranquila¹.

Para que os dizeres acima sejam concretizados deve ocorrer uma análise do novo órgão constitucional – criado para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, sendo que precipuamente deve 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: apresentando breves considerações sobre a evolução do constitucionalismo; conceituando seu objeto primeiro, que é a efetivação dos Direitos humanos; delineando um dos meios da efetivação desses Direitos, que é através do Poder Judiciário independente, e com a defesa dessa independência; evidenciando as características do novo ativismo judicial adotado explicitamente pela Suprema Corte; enaltecendo a origem do órgão

¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de justiça e a independência do Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 157.

centralizador da citada defesa da independência do Poder Judiciário, que é o Conselho Nacional de Justiça.

Após o grande desenvolvimento dos Direitos Humanos surgidos com o findar da Segunda Guerra Mundial, as duas últimas décadas do Século XX são marcadas pela crise do Estado Social, especialmente na Europa, e o crescimento do Estado na regulação. A Globalização Econômica, na sua tangente, traz a proposta do esvaziamento da Constituição, devolvendo-se aos corpos políticos legislativos uma ampla liberdade de conformação, criando um paradoxo: o Constitucionalismo se expande e há o aumento dos movimentos constitucionalistas na América Latina redemocratizada, em diversos países africanos e nos antigos Estados comunistas do Leste Europeu. Cresce o número de países que adotam algum tipo de jurisdição constitucional.²

Nesse cenário, marcado por processo de amplo debate envolvendo os mais variados setores da sociedade surgiu, então, no Brasil, a Constituição Cidadã, onde se multiplicam os legitimados ativos para a iniciativa na deflagração do controle abstrato de constitucionalidade.

O legislador já não é o único a dizer o Direito, o juiz não é mais um mero aplicador das leis e a moral volta a penetrar no Direito através das decisões legais, pelos valores, princípios constitucionais e a prática jurídica.

Ackerman evidencia que a liberdade tem importância especial, pois não podemos viver com a opressão e a tirania do poder, mas as obrigações políticas devem permitir que a nossa liberdade pessoal e individual não oprimam outrem, e aí é de especial importância o ativismo estatal para correção dessas falhas. Devemos buscar a luta por um novo recomeço ao invés de celebrar a morte da cidadania. A hermenêutica constitucional proposta pelo autor, qualquer que seja a conjuntura histórica – cidadania mobilizada ou ausência dela – deve estar orientada, ou pela salvaguarda dos valores forjados pelo povo nos momentos decisivos de sua história constitucional, ou pela

² BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

adoção de soluções constitucionais compatíveis, como os novos valores que representam a renovação da sua identidade política.³

A razoabilidade poderia ser o lema da justiça constitucional tanto na sua tarefa de controle da lei como de proteção dos Direitos fundamentais, mas representa, sobretudo, o leito para a aplicação da cláusula da igualdade, que é sem dúvida uma das atuações mais políticas passível de se realizar pelo Tribunal Constitucional. A Constituição proclama a igualdade, mas obviamente não estabelece quando determinada circunstância fática pode ou deve ser levada em consideração para operar uma diferenciação normativa. Para que exista violação do princípio de igualdade é preciso que o tratamento desigual esteja desprovido de uma justificação objetiva e razoável.⁴

A Constituição Federal de 1988 incorpora o neoconstitucionalismo. Adota princípios e regras, carga axiológica, compromissória, plural e não-ideológica. Prevê um Estado imparcial em relação às várias filosofias, sendo dirigente, substantiva e erigindo a legalidade substantiva. Tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, trazendo os Direitos fundamentais e conformando uma sociedade republicana, ao promover uma conexão com a moral e professando um “patriotismo constitucional”. Diante desse quadro, impõe-se a perseguição da “eficácia derivada subjetiva”, com a satisfação progressiva dos Direitos fundamentais por um mínimo existencial, com vedação do retrocesso histórico.⁵

Já não se pode pensar na Constituição como centro de que tudo deriva por irradiação através da soberania do Estado em que se apoiava, senão como “centro sobre o que tudo deve convergir”, ou seja, mais como “centro a alcançar que como centro do qual partir”⁶.

³ A suprema Corte não é um companheiro conservador do *status quo*, mas um representante atual de um povo mobilizado, durante os períodos de apatia e ignorância e egoísmo que marcam a vida coletiva dos cidadãos de uma república democrática liberal. (ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos de Direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 370).

⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y Positivismo. Coyoacán: Fontanamara, 1999.

⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Nota de aula. Programa de Mestrado da UNIBRASIL. Curitiba, 10 out. 2007.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Trotta: Madrid, 2007, p. 13

Nesta introdução, necessário brevemente conceituar e delimitar os Direitos humanos, porque objeto do Constitucionalismo, especialmente na visão adotada nesta obra. Müller conceitua os Direitos fundamentais como “garantias materiais, determinadas de maneira positiva mediante seu conteúdo e eficácia”.⁷ Dentre os Direitos fundamentais, encontramos os Direitos humanos – *human rights* -, como a “dignidade humana, a liberdade de religião e a liberdade de expressão”⁸ e os Direitos civis – *civil rights*. Todos os seres humanos são titulares dos Direitos humanos.

Os Direitos humanos de 1^a. geração são Direitos que impõem ao Estado dever de abstenção (liberdade negativa), do que surgem os Direitos políticos e extinguem-se os privilégios do clero e da nobreza. O Constitucionalismo inicia processo de juridicização dos processos econômico e social, surgindo os Direitos humanos de 2^a. geração, os Direitos sociais, que exigem do Estado prestações positivas. Inicia a intervenção do Estado na economia e o Constitucionalismo marca a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Os Direitos humanos de 3^a. geração são caracterizados pela transindividualidade, com titulares ligados por vínculo de solidariedade e Direitos coletivos.

Recentemente, verificou-se o início do debate internacional quanto à 4^a. geração de Direitos humanos: “um Direito à democracia fundamentado nos Direitos humanos”.⁹

As constituições entraram em uma nova era, pois visam a fazer justiça à diversidade, ao invés de “expelir a diferença para além da comunidade de justiça”.¹⁰ As novas constituições têm sido “revigoradas pelas demandas das mulheres, dos povos

⁷ MÜLLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na Ótica da Teoria Estruturante do Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coordenadores). Direitos Humanos e Democracia. Rios de janeiro: Editora Forense, 2007. p. 47.

⁸ Idem.

⁹ MÜLLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na Ótica da Teoria Estruturante do Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coordenadores). Direitos Humanos e Democracia. Rio de janeiro: Editora Forense, 2007. p. 48.

¹⁰ HUDSON, Barbara. Direitos Humanos e “Novos Constitucionalismo”. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coordenadores). Direitos Humanos e Democracia. Rios de janeiro: Editora Forense, 2007. p. 17.

nativos e minoritários, dos imigrantes, dos pobres e dos sem propriedade, dos religiosa e sexualmente diferentes”¹¹, ou seja, as constituições contemporâneas “são instrumentos vivos que necessitam ser continuamente reinterpretados conforme as situações e demandas que surgem e se modificam”.¹²

Evidenciando o Direito de igualdade como fundamento, o papel do Judiciário é aplicar um Direito que tem conexão com a moral, do que pode resultar uma leitura diferente da tida pelo Legislativo, mas reconstruindo o Direito pode-se produzir uma teoria para a realidade. Deve haver uma visão construtivista do Judiciário, e este, por sua vez, participa da atualização da Constituição. Em síntese, a substância igualitária última da Constituição somente será encontrada pelo juiz através de um processo de reconstrução do constitucionalismo.¹³

É razoável discernir que a constitucionalização seja também o resultado do aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira, o que provocou a ascensão institucional do Poder Judiciário, no Brasil, e uma intensa judicialização das relações políticas e sociais. É inegável a necessidade da implantação dos Direitos fundamentais advindos do neoconstitucionalismo, surgindo tal responsabilidade também para referido Poder. Este, para sua correta atuação, deve ter não só mantidas suas garantias, mas também ampliadas. Um dos caminhos para o fortalecimento do Poder Judiciário o de uma maior e melhor atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Relativiza-se a teoria da autocontenção do Poder Judiciário e o ativismo judicial, seja com virtuais leis emanadas do STF, seja através da função exercida pelo juiz de Primeiro Grau, que tem sido necessária para a implantação dos Direitos, até por ser esta a sua função primordial. De nada adiantaria ter Constituição Federal de 1988 criado inúmeros Direitos – também de 3ª. geração -, em um país onde o Poder Executivo ainda tem a preocupação de realizar apenas obras aparentes, e o Poder Legislativo a preocupação da criação de leis simbólicas, se a mesma Constituição não tivesse dotado o Poder Judiciário de meios de garantir a implantação dessas decisões.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Nota de aula. Programa de Mestrado da UNIBRASIL. Curitiba, 10 out. 2007.

A evolução da jurisprudência e do texto legislativo possibilitou a criação de novas técnicas de decisão. Foram expostos novos argumentos que envolvem a última palavra, a qual não pode ficar a cargo do Poder Judiciário, sendo necessária a existência de uma retroalimentação, na forma da abertura processual que já existe, justificando o caráter contramajoritário que é atribuído ao controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário. No Brasil, a jurisdição constitucional se torna um elemento fundamental.

Nino pressupõe que o constitucionalismo requer um processo democrático, o respeito pelos Direitos individuais e a preservação de uma prática jurídica estabelecida tal como se articulou pela primeira vez na constituição histórica. A constituição histórica seria identificada como uma convenção social que se originaria em certo contexto histórico e pode ser materializada em um texto, e está constituída por modelos de ação e atitudes críticas sobre esses modelos.¹⁴

A constituição entendida como uma convenção social adquire relevância do ponto de vista interno do raciocínio justificatório se for assumido que as decisões dos agentes políticos não são ações individuais isoladas, se não que sua eficácia deriva de um sistema de ações, atitudes e expectativas mutuamente interconectadas. A decisão do juiz não é mais do que uma contribuição a uma prática social em constante evolução e é obedecida só se convertida em parte de uma rede de condutas e atitudes que compreendem essa prática.¹⁵

O novo constitucionalismo objetiva o reconhecimento e a efetivação dos Direitos fundamentais. O judiciário vem atuando de forma importante e fundamental na efetivação de tais Direitos e no desenvolvimento do constitucionalismo, primeiramente por ser sua função como Poder do Estado, mas também pelas características próprias da sociedade brasileira, cuja judicialização das relações sociais é uma característica marcante.

Para a concretização dos Direitos Humanos pelo Judiciário, todavia, é necessária a independência do Poder Judiciário. Essa independência é pressuposto para

¹⁴ NINO, Carlos Santiago. La Constitución de la Democracia Deliberativa. Barcelona: Gedisa, 2001. pp. 296-302.

¹⁵ Idem.

a limitação efetiva dos poderes e a garantia dos Direitos. Sem essa prerrogativa de Poder, o Judiciário não poderia exercer livremente o controle de constitucionalidade e de legalidade dos atos do governo, comprometendo seriamente o Estado de Direito e, com ele, as liberdades. Da mesma maneira, a independência do Poder Judiciário vem permitindo a concretização e verdadeira implementação dos Direitos fundamentais, ficando desde já ressalvado que no Brasil este é um caminho que ainda está sendo percorrido, sem esquecer das várias mazelas que permeiam tal Poder.

Na doutrina, há a visão de que o Judiciário brasileiro possui garantias suficientes e já alcançou características de plena independência a permitir plena isenção e idoneidade ao cumprimento de sua missão. De uma perspectiva prática, pensa-se que essa visão é incorreta, justificando tal afirmação na realidade do juiz, que enfrenta desde uma estrutura deficiente, até ingerências indevidas de parcelas organizadas da sociedade, muitas vezes sem o necessário respaldo dos órgãos superiores.

A ideia de um Judiciário independente cria expectativa generalizada de confiança de que a propriedade e os contratos serão garantidos contra as intromissões do governo, estimulando o investimento e o crescimento econômico. Há a expectativa dos políticos em relação à permanência e à lisura das regras do jogo eleitoral, preservando também a possibilidade de se reelegerem. Fato é que, sem a independência do Poder Judiciário, não há como se falar em Estado de Direito. A garantia de independência do Poder Judiciário é também princípio geral de Direito Internacional.¹⁶

A independência do Judiciário tem um aspecto institucional, orgânico e externo ou coletivo, ao lado de outro dito subjetivo, particular e interno. Seus parâmetros e até mesmo regras, com alto grau de definição, estão estabelecidos no texto constitucional, sendo, geralmente, autoaplicáveis. A independência externa

¹⁶ Principais documentos internacionais sobre a independência do Judiciário: artigo 10 da Declaração dos Direitos Humanos da ONU; a Carta das Nações Unidas, em seus arts. 1, '3' e art. 55, 'c'; o Artigo 13 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos; e, pertinente ao tema, os Princípios Básicos das Nações Unidas sobre a independência do Judiciário, que foram aprovados pela Assembléia-Geral em dezembro de 1985.

concerne à autonomia do Judiciário como Poder em face das forças exteriores, sejam elas os outros Poderes, os partidos políticos, a imprensa e mesmo a sociedade civil organizada. Engloba o autogoverno judiciário e a independência do Juiz¹⁷. A independência interna é a que diz respeito ao juiz em relação a seus pares (de mesmo nível ou superior), e as entidades ou outros órgãos do próprio Poder. Está a se proteger a independência da decisão.¹⁸

Partindo do pressuposto de que é para garantir a independência do Poder Judiciário que foi criado o CNJ, procurar-se-á analisar o papel do novo órgão constitucional, sua gênese, natureza jurídica, características, competência, procedimentos, atuação e limites, bem como advogar passe referido órgão a desempenhar também seu objetivo primeiro, que é garantir a independência do Poder Judiciário. Então, também, por via indireta, o CNJ se torna necessário para a verdadeira realização da dignidade da pessoa humana e da democracia, pois objetiva primeiramente a manutenção da independência do Poder Judiciário.¹⁹ Narre-se brevemente a origem do CNJ, sendo que o assunto será aprofundado no segundo capítulo.

O novo panorama criado com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, emanadora da reforma do Poder Judiciário, criou importantes novos instrumentos que provocaram a necessidade de seu estudo e delimitação, especialmente diante de sua utilização como instrumento visando a garantir a efetividade dos Direitos Humanos e o aprimoramento do sistema democrático.

Sampaio²⁰ leciona que:

¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 129.

¹⁸ Ibidem, pp. 140-141.

¹⁹ “O Conselho Nacional de Justiça deve ter como primado a independência dos magistrados no exercício da função jurisdicional, o que significa dizer que a preservação das atribuições do Judiciário em sua inteireza é pressuposto essencial, na medida em que a atuação deste Conselho não poderá implicar interferência na atividade jurisdicional, controlando decisões judiciais, tampouco suprimindo as matérias à apreciação judicial ou às instâncias recursais” (CNJ – PP 1402 – Rel. Cons. Paulo Lôbo – 42ª. Sessão – j. 12.06.2007 – DJU 29.06.2007).

²⁰ Continua Sampaio que:

A Constituição reserva ao Judiciário, como corolário de sua independência, o poder exclusivo de apresentar ao Poder Legislativo projetos de lei sobre matérias relacionadas a seu autogoverno. Em certos casos, essa competência é atribuída apenas a um tribunal, especificamente o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça. A Lei complementar que versa sobre o Estatuto da Magistratura tem

A Constituição de 1988 terminou por valorizar o pleno governo do Judiciário, como nunca acontecera antes, na simbologia de um momento de ruptura com as formas autoritárias do passado, especialmente as mais recentes. Ampliavam-se as preocupações com a lentidão judiciária e com a política institucional de “porco espinho” aliadas a teses de eficiência econômica bem no figurino dos cultores neoliberais. Notícias de nepotismo, corrupção e desmandos administrativos estimulavam a ideia de criação de uma instância, órgão ou conselho de controle, dito ora social, ora democrático, às vezes, externo. Os anos 1990 iniciaram-se com essa dualidade.²¹

O Judiciário, porém, não é imune a controle externo, tendo o controle orçamentário realizado pelo Tribunal de Contas e agora também pelo Conselho Nacional de Justiça.

Cite-se caber ainda ao CNJ o controle interno do Poder Judiciário, podendo apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei (art. 103-B, §4º., II).²²

Ressalte-se que a Constituição de 1988 tentou acomodar, por um lado, as reivindicações de independência do Judiciário com as exigências de controle de sua atividade e, por outro lado, as demandas de concretização dos comandos constitucionais com as exigências democráticas de autocontenção judicial. A independência do Judiciário foi destacada pela manutenção da garantias institucionais

iniciativa reservada ao Supremo Tribunal Federal, pelo que, são inconstitucionais: atos normativos que disciplinem férias coletivas (STF, ADIMC n. 202-BA); promoção (STF, ADIMC n. 1.837-CE); remoção (STF, ADIMC n. 468-PR) e n. 1970-TO) e aposentadoria de magistrado (STF, ADI n. 98-MT); as que definam critérios de concurso público para preenchimento de cargos de juízes na magistratura (STF, ADIMC n. 1.080-PR) – embora haja decisão em sentido contrário (STF, ADI n. 585-AM), e a forma e os requisitos da eleição e a duração do mandato dos cargos de direção dos tribunais (STF, ADIMC n. 841-RJ; n. 1.168-AM; n. 1.422-RJ; n. 1.503-RJ e n. 1.385-PE), bem como seu preenchimento (STF, ADIMC n. 1.385-PE) e a escolha do desembargador substituto para os casos de gozo de licença, como preterição do colegiado (STF, ADIMC n. 1.481-ES)²⁰. A iniciativa para a criação das Comarcas deve ser sempre dos Tribunais de Justiça e há reserva de lei formal para estabelecimento da organização judiciária. É reservada aos Tribunais também a iniciativa de projetos de leis que se destinam à criação de novas Varas Judiciárias (ADIMC n. 1.069-DF). (SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de justiça e a independência do Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 137).

²¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 242.

²² Ibidem, p. 139.

antes existentes com o acréscimo da autonomia orçamentário-financeira, dando a conformação final de autogoverno.²³

A base do Estado Moderno se encontra na separação de poderes, prevista na Magna Carta, sendo os poderes independentes, independência esta mitigada apenas pelo sistema de *checks and balances*. A inclusão no texto constitucional de um “conselho externo” – formalmente falando - restaria impossibilitada, sendo assim acertada a opção de o legislador criar tal órgão de controle como ente interno do Poder Judiciário, tese assumida por esta obra.

José Afonso da Silva fala que a expressão “controle externo do Poder Judiciário” peca por má significação, porque transmite ideia de que o Poder Judiciário seria controlado por um órgão externo. Tal órgão seria benéfico por sua colaboração na formulação de uma política judicial, bem como para que o Poder Judiciário não se converter em um corpo fechado e estratificado. Conclui ser a composição de nove magistrados e seis não-magistrados, a configuração de um órgão interno do Poder Judiciário, sendo, inclusive, inserido em um dos incisos do artigo 92 da Constituição Federal, ao lado dos demais órgãos do referido Poder²⁴. Ressalte-se que a presente obra igualmente defende a tese de que o Conselho Nacional de Justiça representa “controle interno”.

A Emenda Constitucional 45/2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça com composição heterogênea, incluindo membros de fora da magistratura, com poderes de controle administrativo, orçamentário-financeiro e disciplinar, dava ensejo à tese da sua inconstitucionalidade, pois comprometia o autogoverno dos Tribunais. A presença de conselheiros alheios ao Poder Judiciário, com função disciplinar, subverteria a lógica da independência, com riscos de converter-se tal função em um controle mais político do que técnico, sem se descartarem eventuais perseguições. Também a possibilidade de juízes de instâncias inferiores julgarem juízes de categorias superiores desvirtuava o princípio da hierarquia judiciária.²⁵

²³ Ibidem, p. 101.

²⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 563-564.

²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 251.

Não se nega, ainda, ser o uso do poder regulamentar atribuído ao CNJ um exercício de função normativa. Sobre a matéria, Justen Filho narra que “a crise da distinção entre fontes normativas também refletiu a crise da concepção clássica da tripartição de poderes”²⁶, pois a “ampliação dos encargos estatais, o desenvolvimento da proposta do Estado de Bem Estar Social, a assunção de funções empresariais por parte do Estado geraram novos problemas, novas circunstâncias e produziram configuração distinta para a questão política da partilha de poderes ao interno da órbita estatal”.²⁷

Assevera, ainda, que “a evolução sociopolítico-econômica traduz-se na configuração das relações internas entre os diversos poderes estatais. Assim, o próprio princípio da tripartição de poderes vai sendo impregnado por novas vivências normativas e axiológicas, reflexo da variação das novas realidades sociais”.²⁸ Mais adiante, leciona que “a evolução do tempo impede a manutenção da configuração tradicional da teoria da tripartição dos poderes”.²⁹ Por fim, não admite “a substituição da heteronomia do Direito pela autonomia do intérprete ou pela *força normativa dos fatos*”.³⁰

Quanto à legitimidade do CNJ, destaque-se, cabe narrar nesta introdução ter a matéria sido discutida e julgada pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367-DF³¹. O Tribunal, por unanimidade, afastou o vício formal de

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. P. 491.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito, p. 503, grifos no original.

³¹ ADI 3367 / DF - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 13/04/2005 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno
REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB - REQDO.(A/S):
CONGRESSO NACIONAL

EMENTAS: 1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº. 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº. 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina.

inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 45/2004, como também não conheceu da ação quanto ao § 8º. do artigo 125. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou totalmente improcedente a ação.

Sampaio³² narra ter havido quem pensasse diferente, sendo que a separação dos poderes sairia reforçada com o conselho, pois os poderes, no presidencialismo ou

Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º. e 60, § 4º., III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº. 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº. 45/2004. Pendência de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional. (Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.+E+3367.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em 6.6.2009)

³² Cumpre constar que sobre o CNJ a principal obra que existe na doutrina, segundo nossa visão, é a de José Adércio Leite Sampaio, sendo ainda escassa a produção literária quanto a este tema.

no sistema parlamentarista não podiam estar isolados ou em compartimentos estanques, mas vinculados entre si e à soberania popular, sendo que o “princípio da separação se nutria mais na ideia de controle do que de independência ou autonomia de cada um deles”.³³ Conclui que “a previsão de um mecanismo a mais de contenção do poder, ainda que de um poder, não podia ser considerada a ele contrária”.³⁴

Continua advogando que a “inserção de um órgão intermediário, interno em sua definição estrutural e externo ou quase isso em sua composição, destinado a controlar o Judiciário, mostra coerência com o sistema de repartição de poderes estabelecido pelo constituinte originário, inspirado na ideia de *checks and balance*”.³⁵ Excepcionada a liberdade de julgar, a independência do Judiciário tem sua limitação nas suas origens. Existem vínculos com os demais poderes para nomeação de diversos cargos judiciais, como no Supremo Tribunal, “para a elaboração dos orçamentos, a criação ou a extinção dos tribunais ou de seus cargos e membros, o estabelecimento de vencimentos e subsídios ou a disciplina da organização judiciária”.³⁶

Prossegue quanto a eventual desequilíbrio entre os poderes ou restrição à autonomia dos tribunais que, com acerto, o CNJ “é um órgão da estrutura do Judiciário sem função jurisdicional, especialmente formado por maioria de magistrados, com a tarefa exata de zelar pela autonomia do Poder, não atentar contra ela, sobretudo porque a autonomia é conferida ao Poder e não aos órgãos isoladamente”.³⁷ Termina asseverando que:

(...) não houve atentado às competências privativas dos tribunais, enumeradas no artigo constitucional 96, podendo ainda agora plenamente elaborar e aprovar seus regimentos internos, eleger os corpos diretivos, organizar secretarias e serviços auxiliares, prover cargos de juiz e serventuários, bem como os demais atos de gestão administrativa.³⁸

³³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 252.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

A competência heterogênea também não infringe a independência judiciária, primeiro porque a maioria é oriunda da magistratura, depois, porque os demais são oriundos das funções essenciais à Justiça ou de membros do povo selecionados pelo Congresso.³⁹

Quanto à preocupação de o exercício do poder disciplinar pelo Conselho atingir a independência do julgador, Sampaio distingue que tal disposição possui semelhança com disposições de diversos sistemas constitucionais, bem como devem ser reconhecidas deficiências nos sistemas correicionais dos Tribunais, inclusive com punições apenas simbólicas, bem como o espírito do corporativismo, que afetam a credibilidade do Poder. O poder disciplinar do CNJ deve ter sua base na Constituição e no Estatuto da Magistratura, sendo que qualquer abuso pode ser revisto pelo STF.⁴⁰

Também é nesse sentido o entendimento do CNJ:

A teor do disposto no § 4º. do Art. 103-B da Constituição Federal de 1988, ao Conselho Nacional de Justiça compete, precipuamente, ‘o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes’. Neste contexto, a competência fixada para o referido Conselho é restrita ao âmbito administrativo do Poder Judiciário, não podendo ocorrer intervenção em conteúdo de decisão judicial, para corrigir eventual vício de ilegalidade ou nulidade (CNJ – RD 2008100000015082 – Rel. Min. Corregedor Nacional Gilson Dipp – 70ª. Sessão – j. 23.09.2008 – DJU 13.10.2008 – Ementa não oficial).

No mesmo contexto se levantou a questão de o CNJ ser ou não superior hierarquicamente aos Tribunais. Quanto à hierarquia judiciária, tem-se que esta não se confunde com a subordinação administrativa, bem como o conselheiro assume posto específico e a decisão é colegiada.⁴¹

No que concerne à violação do princípio federativo (pois os Tribunais e Juízes estaduais estariam sob a supervisão de um órgão nitidamente federal), tem-se que o Judiciário é uno, sendo inclusive nominado como tal na CF, e tal unicidade orgânica

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ibidem, p. 253.

⁴¹ Ibidem, p. 254

inclui o CNJ que, mesmo sendo órgão federal, atende a exigência do princípio federativo.⁴²

Neste sentido já reconheceu o próprio CNJ:

O controle de legalidade dos atos administrativos é realizado por este Conselho em harmonia com o princípio da preservação da autonomia dos Tribunais. Esse é o único caminho que a hermenêutica jurídica fornece ao intérprete de um sistema jurídico complexo, de sorte que somente a harmonização de regras e princípios protege Direitos sem autoritarismos (CNJ – PP 6696 – Rel. Cons. Rui Stoco – 50ª. Sessão – j. 23.10.2007 – DJU 09.11.2007 – Ementa não oficial).

Verifica-se ser o Judiciário visto como o Poder menos democrático, Porquanto sua investidura independe do voto popular e não estaria sujeito ao controle popular. Ante sua atuação quanto ao controle de constitucionalidade das leis e, até mesmo, da legalidade dos atos administrativos, “ampliam-se as vozes que relembram o seu isolamento institucional e o seu caráter contra majoritário, exigindo comedimento e *self-restraint*, o que poderia comprometer sua credibilidade”.⁴³

Um fato relevante é de o judiciário retirar sua legitimidade diretamente da Constituição, Carta compromissória maior, sendo que a forma técnica de escolha de seus membros não retira seu caráter democrático.

A criação de um conselho judiciário não representa por si só a solução para garantir a efetividade do Poder Judiciário. Assim, o CNJ sozinho não é a solução, mas pode se tornar “um dos meios de diálogo da sociedade com o Judiciário, um instrumento de auxílio, ao apresentar respostas para as demandas da sociedade”.⁴⁴ Quer-se, a que, verificar como isso é possível, analisando-se um de seus aspectos, o poder regulamentar.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal assumiu o que entendia ser o clamor popular e reconheceu restringir o Conselho a independência do Judiciário, mas é necessário para a democratização da Justiça, chancelando tal órgão quando de Ação Direta de Inconstitucionalidade contestadora da sua criação, conforme citado.

⁴² Ibidem, p. 256.

⁴³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 256.

⁴⁴ Idem.

Delineada a origem do CNJ, bem como seu reconhecimento pelo sistema judiciário brasileiro, resta tratar do ativismo judicial, que parece ter sido também adotado pelo CNJ, como referência para a análise da própria possibilidade de edição de regulamentos pelo referido órgão.

Penso-se haver forte influência do Poder Judiciário na evolução do constitucionalismo, de forma especialmente ativa, até mesmo superando as suas obrigações básicas como Poder, ante as já citadas particularidades próprias de nossa Pátria. Tal atuação não tem passado despercebida da sociedade brasileira, seja pelo respeito à Instituição – veja-se o cumprimento das decisões judiciais sem contestação até pelos mais altos escalões dos demais Poderes, com óbvias exceções -, seja pela ampla autonomia e autogoverno atribuídos ao Judiciário. De fato, há indicações de que o Poder Judiciário possui a confiança da Nação, seja por sua função de aplicar as Leis, seja por outras funções tipicamente administrativas, como a realização das eleições de forma eficaz e idônea, dizendo-se sempre ao final, a responsabilidade tem sido depositada no Poder Judiciário.

Vale recordar Hart, ao verificar duas condições para a existência de um sistema jurídico: as regras de comportamento válidas devem ser obedecidas; as regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e suas regras de alteração e julgamento devem ser tomadas e aceitas como padrão público e comum de comportamento oficial pelas autoridades. Importantíssimo, portanto, a constatação da textura aberta do Direito, significando que muitas coisas, em áreas de conduta, devem ser deixadas para ser desenvolvidas pelos Tribunais e pelas autoridades, que determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em valor, segundo o caso em concreto.⁴⁵

Como barreira à atuação do Poder Judiciário, vem sendo aventada a ideia do “legislador positivo, pelo qual o juiz pode, nos moldes do pensamento iluminista, apenas declarar a vontade concreta da lei ou, no máximo, atuar como legislador

⁴⁵ HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

negativo declarando a inconstitucionalidade de uma lei contrária à Constituição, não tendo ampla liberdade para a concretização de Direitos”.⁴⁶ Cambi narra que:

Tal compreensão se dirigia ao Estado Liberal, quando se impunha ao agente estatal apenas deveres negativos (de não-fazer), não se compatibilizando com o modelo de Estado previsto na Constituição brasileira de 1988, que requer, além das prestações negativas para a garantia dos Direitos de liberdade, também prestações positivas inerentes à implementação de Direitos fundamentais à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à educação, à saúde e à moradia.⁴⁷

Em sentido contrário, Gisele Cittadino entende que:

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtiva das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre Direitos fundamentais – têm necessariamente o caráter de "decisões de princípio".⁴⁸

Assevera ainda:

No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente "criativa" da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação dos poderes -, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o Direito escrito, devem proferir "decisões corretas" e não se envolver na tarefa de "criação do Direito", a partir de valores preferencialmente aceitos.⁴⁹

Lenio Luiz Streck, por sua vez, discorre:

Por tais razões, entendo que o órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *cheks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os Direitos fundamentais-sociais, estabelecidos em regras e princípios exurgentes do processo democrático que foi a

⁴⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Panóptica, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia. Alceu, vol.05, n.09, dez. 2004.

⁴⁹ Idem.

Assembléia Constituinte de 1986-88, têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares.⁵⁰

Em complementação, cabe registrar a fala do Ministro Celso de Mello no discurso da posse de Gilmar Mendes na Presidência da Corte Suprema:

A omissão do Estado — que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional — qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição.⁵¹

Incumbe, aos Juízes e Tribunais, notadamente a esta Corte Suprema, o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos Direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal.⁵²

O embasamento que permitirá a intervenção do Poder Judiciário, com base na Constituição, é de o magistrado atuar em favor da democracia, de maneira dialógica, criando razões que serão levadas à esfera pública, sendo aqui discutida, e voltando para o Poder Judiciário, mas essa deve ser a atuação do magistrado, pois os juízes não são ‘reis-filósofos’, não tendo a discricionariedade antes preconizada. É preciso tomar certas cautelas para não alargar os horizontes da principiologia constitucional ao ponto de afirmar que todo e qualquer enunciado pode ser ponderado ou relativizado.⁵³

No mesmo sentido, Barroso entende que “a jurisprudência produzida a partir da Constituição de 1988 tem progressivamente se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores e da argumentação”. Prossegue,ressaltando: a “dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para decisões judiciais”, bem como “o princípio instrumental da razoabilidade funciona

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

< <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial>>. Acesso em 01.06.2008.

⁵² Idem.

⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Nota de aula. Programa de Mestrado da UNIBRASIL. Curitiba, 10 out. 2007.

como a justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios quanto da dosagem dos efeitos das regras”.⁵⁴

Conclui que:

A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem-se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social.⁵⁵

A atuação do Judiciário revela, também, que, o discurso constitucional deve ser permeado pela problemática da abertura do texto constitucional, tanto para os processos de integração no plano internacional, quanto para os desafios internos de diversidade e pluralidade social. O Direito Constitucional precisa construir categorias que possibilitem uma resposta satisfatória para esses fenômenos. A Constituição precisa ter sua interpretação renovada, e, para o aperfeiçoamento do Judiciário, permitindo o cumprimento dessas metas por esse Poder, é que o CNJ tem se utilizado dos regulamentos.

Pode-se alegar que uma forma de ativismo, em menor grau, vem sendo utilizado pelo CNJ na emissão de seus regulamentos. Necessária esta consideração para introduzir a questão sobre a postura ativista do Conselho Nacional de Justiça, o que se buscará provar no capítulo III, pela da análise das resoluções emitidas pelo Conselho.

Em suma, as expectativas da efetiva implantação dos Direitos fundamentais através do Poder Judiciário são altas, e ao Conselho Nacional de Justiça cumpre velar por um Judiciário forte e independente para a garantia dos Direitos já alcançados e a própria manutenção da democracia. Para esse mister, foi criado o CNJ, detentor de seu

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora. 7.^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 387.

⁵⁵ Ibidem, p. 388.

instrumento mais poderoso, o poder regulamentar, que permite a regulação do Poder Judiciário, mas resulta na criação de obrigações e limitação a Direitos.

É disso que se tratará.

Capítulo 1º. – DO PODER REGULAMENTAR

No mundo contemporâneo, rompeu-se o monopólio da produção legislativa pelo Poder Legislativo. Além das outras instâncias (da sociedade ou do Estado) que passaram a exercer atividade normativa, o Executivo foi fortemente beneficiado pela emergência desse fenômeno.⁵⁶

O inevitável processo de evolução tecnológica provocou uma maior necessidade de colaboração entre o Executivo e o Legislativo, redesenhando a clássica tripartição de poderes. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça pela sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Juridicamente, a aparição de um poder regulamentar nas mãos da administração tem como precedentes os poderes atribuídos ao Monarca antes da aparição do Estado de Direito e frente às propriedades e Cortes populares. Com o estabelecimento da divisão de poderes, o poder regulamentar se configura inicialmente como pura e simples execução da lei. Todo o legislativo era monopolizado pelos Parlamentos, e ficava somente nas mãos da Administração a execução das Leis, interpondo disposições regulamentares para a aplicação de seus mandados superiores. Salvo circunstâncias distintas, como a inglesa, na qual a Administração requer em cada caso, para poder ditar regulamentos uma habilitação expressa do Parlamento, a Administração aparece, geralmente, dotada de poderes de desenvolvimentos e execução das Leis e também de poderes regulamentares próprios destinados ao desenvolvimento de suas competências.⁵⁷

Cumprido ressaltar que a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente, por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2.ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 309.

⁵⁷ MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Administrativo*. 21.ª Ed. Madrid: Editora Trivium, 2002. p. 139.

inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A utilização do poder regulamentar tem sido também fundamentada nesses pensamentos⁵⁸.

Antes do estudo do poder regulamentar do CNJ é imprescindível a análise do poder regulamentar, primeiramente atribuído ao Executivo, na doutrina brasileira e estrangeira, bem como o conceito de regulamento, sua natureza, delimitação, princípios e tipos. Os regulamentos autônomos merecem especial atenção, ante a polêmica que concerne sua existência e sua importância para os fins da presente obra. Ao final deste título, são apresentar-se-ão breves apontamentos sobre as agências reguladoras, porque também titulares de poder regulamentar.

O estudo dos limites do poder regulamentar fica postergado para o segundo capítulo, pois faz parte da solução dada ao exercício do poder regulamentar do CNJ e embasa o estudo dos casos concretos e jurisprudência, a ser feito no derradeiro capítulo.

1.1 Da Produção Normativa

Nas democracias ocidentais, o Executivo exerce atividade legislativa e o próprio conceito da lei sofreu reformulação. A norma cogente não é mais produzida apenas pelo parlamento, pois lei constitui uma espécie normativa dotada de força, que se origina no ato legislativo.⁵⁹

O estudo do Direito Constitucional Comparado demonstra que a produção de ato legislativo pelo Poder Executivo não contraria necessariamente os postulados do Estado de Direito, sendo que as exigências de nosso tempo foram determinantes para a atribuição de função legislativa ao Executivo. Importa que essa atividade, quando

⁵⁸ Como no caso da resolução 07/2005, a ser estudada no capítulo III.

⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 309

exercida pelo governo, possa sofrer rigoroso controle, seja em sede parlamentar, seja em sede judicial.⁶⁰

Moraes leciona que a Administração Pública é o conjunto de atividades concretas e imediatas que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos. Ela é exercida, precipuamente, pelos órgãos do Poder Executivo, dentro da clássica tripartição dos Poderes estatais. Diz-se concreta, porque corresponde à aplicação da vontade do Estado prevista em lei, e, imediata, pois visa à satisfação direta dos fins estatais. A administração pública em sentido objetivo engloba: “fomento, polícia administrativa, serviço público e intervenção”.⁶¹ Trataremos apenas da intervenção.

A intervenção corresponde à regulamentação e à fiscalização da atividade econômica de natureza privada, e da atuação direta do Estado no domínio econômico, por meio de empresas estatais.⁶²

Quanto aos poderes da administração, advoga Moraes que, na condição de atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos, a Administração Pública deve sobrepor a vontade da lei à vontade particular dos administrados, de maneira a privilegiar o interesse público em relação ao interesse individual.⁶³

Para que seja possível a realização de suas atividades e, conseqüentemente, a satisfação do bem comum, o ordenamento jurídico confere à Administração uma gama de poderes, a fim de instrumentalizar a realização de suas tarefas administrativas. São os chamados poderes da administração ou poderes administrativos.⁶⁴

Os poderes administrativos são inerentes ao exercício da atividade administrativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em observância às suas competências constitucionais, e somente podem ser exercidos nos limites da lei.

⁶⁰ Idem

⁶¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. p. 92.

⁶² Ibidem, p. 93.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

São poderes administrativos: o poder regulamentar, o poder disciplinar, o poder hierárquico e poder de polícia.⁶⁵

O Estado Liberal de Direito remete todos à primazia da lei frente à administração, à jurisdição e aos cidadãos. O Estado Liberal de Direito era um Estado legislativo que se afirmava a si mesmo através do princípio da legalidade. O princípio da legalidade expressa a ideia da lei como ato normativo supremo e irresistível ao qual, a princípio, não é oponível nenhum Direito mais forte. A força da lei está vinculada a um poder legislativo capaz de tomar decisões soberanas em nome de uma função ordenadora geral.⁶⁶

Continua Zabrebelsky:

Rule of law and not of men evocava uma luta histórica em que o Parlamento inglês havia defendido e ganhado do absolutismo. Na Inglaterra a luta contra o absolutismo consistiu em opor-se às pretensões do rei aos privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses, representados e defendidos pelo Parlamento. Por isso, a lei se concebia somente como um dos elementos constitutivos de um sistema jurídico completo, o *common law*, nascido da elaboração judicial do Direito da natureza e do Direito positivo, da razão e da legislação, da história e das tradições. Portanto, os ingleses conceberam a lei como produto da justiça, mais que vontade política soberana.⁶⁷

Justen Filho conceitua que o princípio da legalidade “significa a necessidade de existirem normas jurídicas produzidas por meio de lei”. Significa que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude “da existência de uma norma jurídica produzida por uma lei”⁶⁸. Não é outra a previsão da Carta compromissória, em seu artigo 5.º, inciso II.⁶⁹ Já a norma jurídica é o comando que versa sobre a conduta, resultante de um “processo lógico e valorativo desenvolvido a partir do texto da lei”.⁷⁰

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho ..., p. 24

⁶⁷ Ibidem, p. 25.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Constituição Federal, art. 5º, II: “Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126.

Prossegue dispondo que o vocábulo lei é utilizado constitucionalmente para indicar diversas espécies de atos estatais, contidos no elenco do art. 59 da Constituição Federal/88, abrangendo a Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções.⁷¹

Em obra anterior, Justen Filho define norma jurídica como consistindo “na disciplina socialmente imposta à conduta intersubjetiva, cuja eficácia é respaldada pelo poder político”.⁷² Continua dando à competência normativa “é o poder de produzir atos de cunho vinculante para a conduta humana”.⁷³

Sobre a distinção entre competência normativa e competência legislativa, narra que a competência normativa “é gênero que indica em termos amplos o poder de produzir qualquer norma jurídica”.⁷⁴ Prossegue ser a competência legislativa “uma espécie da competência normativa que se caracteriza pelo poder de gerar normas jurídicas de cunho legislativo”.⁷⁵ Conclui dizendo que isso “equivale a afirmar que nem todas as normas jurídicas são produzidas por meio de lei”.⁷⁶

Para Clève, os atos legislativos, no Direito brasileiro, são os inscritos no artigo 59 da CF, com exceção da Emenda constitucional. O Executivo influencia a produção desses atos normativos e edita duas espécies legislativas: a medida provisória e a lei delegada. O Executivo também manifesta atividade normativa secundária quando da edição de decretos regulamentares.⁷⁷

Explicita que a atividade normativa secundária do Executivo não se resume à edição de regulamentos, mas também existem as instruções editadas pelos Ministros de Estado, as circulares, os regimentos, os estatutos, as ordens de serviço, entre outros. Tais atos integram um conceito lato de regulamento e, no Direito estrangeiro, o próprio conceito de regulamento. Em nosso país, regulamento era apenas o ato

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso..., p. 127.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito ..., p. 483.

⁷³ *Ibidem*, p. 487.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso..., p. 132.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade..., p. 270.

secundário editado pelo Chefe do Executivo. Se o ato decorre de qualquer outra autoridade, já não corresponderia à ideia constitucional de regulamento.⁷⁸

Di Pietro, ao invés de falar em poder regulamentar, fala em poder normativo, porque aquele termo não esgotaria toda a competência normativa da administração pública, tendo em comum atos com efeitos gerais e abstratos. Define tal poder como “o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.”⁷⁹

Existem figuras normativas diversas da lei, que são o regulamento, a sentença e o contrato.⁸⁰ Ressalta-se que a presente obra tem seu foco na primeira figura.

Vale lembrar que o ordenamento jurídico normativo também obedece a uma estrutura piramidal hierárquica, composta em sua cúspide pela Constituição e depois pelos atos infraconstitucionais normativos, como a lei. A administração está plenamente sujeita a ambas e, portanto, os regulamentos, que são seus produtos normativos, também necessariamente devem obedecer à mesma subordinação.⁸¹

1.2 Do Poder Regulamentar

O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se na principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º.; 60, §4.º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), e delegação legislativa, o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de Direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal e tampouco criar obrigações diversas das previstas em disposição legislativa.⁸²

Essa vedação não significa que o regulamento deva reproduzir literalmente o texto da lei, pois seria de flagrante inutilidade. O poder regulamentar somente será

⁷⁸ Ibidem, p. 271.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89-90.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso, p. 132.

⁸¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 211.

⁸² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. p. 94-95.

exercido quando alguns aspectos da aplicabilidade da lei forem conferidos ao Poder Executivo, que “deverá evidenciar e explicitar todas as previsões legais, decidindo a melhor forma de executá-la e, eventualmente, inclusive, suprir suas lacunas de ordem prática ou técnica.”⁸³

Na definição de Enterría e Fernández:

Chama-se potestade regulamentária ao poder em virtude do qual a Administração dita regulamentos; é, talvez, sua potestade mais intensa e grave, posto que implica participar na formação do ordenamento. Deste modo a Administração não é só uma matéria de Direito submetida como as demais a um ordenamento que lhe vem imposto, mas que tem a capacidade de formar em uma certa medida seu próprio ordenamento e ainda o dos demais (...).⁸⁴

Na edição de 2007, de seu livro *Direito Administrativo*, Gasparini conceitua o poder regulamentar como “a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos normativos chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la”.⁸⁵ Continua afirmando que, se tal poder é exercido por outra autoridade que não o Presidente da República, como as agências reguladoras, não se tem verdadeiro poder regulamentar.⁸⁶

Para Hely Lopes Meirelles:

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.⁸⁷

Para justificar sua existência, figuram em primeiro lugar razões de caráter prático, material, frente à impossibilidade dos Parlamentos e Assembléias de regularem por si, até os mínimos detalhes, todas as condutas administrativamente

⁸³ Idem.

⁸⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso ...*, p. 198.

⁸⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12.^a ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 121.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 127.

disponíveis na vida social. De fato não é viável para tais órgãos arbitrar um esquema minucioso de administração. É necessário que a Administração complete as tarefas do legislador especificando uma série de normas complementares, que são os regulamentos.⁸⁸

Canotilho leciona encontrar o poder regulamentar o seu fundamento na própria Constituição, configurando-se como um poder constitucionalmente fundado e não como poder criado por lei. Na Constituição portuguesa, funda-se no artigo 199, alínea c, atribuindo ao Governo competência para, no exercício de funções administrativas “fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis”.⁸⁹

Para Caetano, o poder regulamentar da Administração Pública é uma “faculdade natural desta, inerente à autoridade de que dispõe para executar as leis e imposta pela dispersão dos órgãos e agentes que a compõem”.⁹⁰ Continua dizendo que “se os órgãos da Administração têm competência para aplicar as leis, isso supõe que possuem a faculdade de interpretá-las”.⁹¹

Enterría e Fernández fazem a seguinte advertência quanto ao poder regulamentar:

Non vale tampouco afirmar que a potestade regulamentária constitui um poder próprio e inerente de toda a Administração, enquanto uma manifestação mais do poder de mando da qual a Administração está dotada. Esta tese prevaleceu até tempos muito recentes. Se a Administração – se dizia – pode ditar ordens singulares e concretas, poderá também ditar Regulamentos, que enquanto mandatos gerais não são senão a soma de múltiplas ordens individuais. Esta explicação, que pretende ressaltar a independência do poder regulamentário, não pode estimar-se juridicamente correta, entretanto.⁹²

Prosseguem narrando serem regulamento e atos administrativos “figuras radicalmente diferentes e irreduzíveis”.⁹³ Enquanto os regulamentos se integram no

⁸⁸ MATEO, Ramón Martín. Manual, p. 139.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 1998. p. 731-732.

⁹⁰ CAETANO, Marcelo. Princípios fundamentais de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. P. 99.

⁹¹ Idem.

⁹² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso, p. 202.

⁹³ Idem.

ordenamento jurídico, os atos não, pois são “algo ordenado e não ordenamental”.⁹⁴ Nem todos os órgãos administrativos com poder de mando estão habilitados para ditar regulamentos, porque são de poderes “qualitativa e não só quantitativamente diferentes”.⁹⁵ Então, um “Tribunal de concursos pode reprová-los todos os concursados, porém, não por isso pode ditar um regulamento proibindo aos concursados, ou aos que estejam em certas circunstâncias, que se apresentem aos exercícios”.⁹⁶ Também a “Polícia de Tráfego pode proibir certas circulações ou impor sanções, mas não por isso pode modificar o Código da Circulação, etc”.⁹⁷ Asseveram não haver maneira de converter um poder aplicativo das normas em um poder criador das mesmas, acrescentando que isso resta claro no Direito positivo. Concluem, fundamentando a potestade regulamentária pela outorga constitucional.⁹⁸

Na sua origem, os regulamentos, por decorrência de “quem” emanavam, não eram considerados lei no sentido jurídico formal da expressão, mas adquiriam força material de lei, equivalendo dizer que, de certo modo, tinham o condão de inovar originariamente na ordem jurídica⁹⁹.

A positivação do poder regulamentar nas Constituições brasileiras nos é trazida por Clève, cuja transcrição integral deve ser evidenciada por sua precisão:

Sob o império da Emenda Constitucional 4, de 2.9.1961 (Ato Adicional), o poder regulamentar era exercido pelo Presidente do Conselho de Ministros. Quanto às demais Constituições, a experiência jurídica nacional “abrigou o instituto do regulamento como atribuição de Chefe de Estado”. A Constituição de 1824 aludia à edição de regulamentos “adequados à boa execução das leis” (art. 102, n. 12). A Constituição de 1891 previa a edição de regulamentos para “fiel execução” das leis (art. 48, n. 1). A Constituição de 1934, pouco alterou a redação anterior, tratando dos regulamentos para a “fiel execução das leis” (art. 56, n. 1). Pela Constituição de 1937, o Presidente da República foi autorizado a “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução” (art. 74, a). Com efeito, o Constituinte suprimiu o significante “fiel”, qualificador da atribuição

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder regulamentar (autônomo) e o Conselho Nacional de Justiça: Algumas anotações sobre o poder regulamentar autônomo no Brasil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.96, n.858, abr. 2007. p. 105.

regulamentar do Presidente, nas Constituições republicanas anteriores. A Constituição de 1946 retornou à fórmula suprimida pela Constituição de 1937 (art. 87, I). As Constituições de 1967 (art. 83, II) e de 1969 (art. 81, III) mantiveram a equação, que, afinal, foi reiterada pela Constituição de 1988 (art. 84, IV). Nos termos da Constituição de 1988 (art. 84), compete privativamente ao Presidente da República (inc. IV) “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.¹⁰⁰

Verifica-se que a Emenda Constitucional 32/2001 deu nova redação ao inciso VI, do artigo 84, conferindo um poder normativo aparentemente mais ampliado ao Presidente da República de regulamentar. Já a Emenda Constitucional 45/2004, no inciso I, do §4.º, do artigo 103-B, atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça a competência para expedir atos regulamentares.

Mello, porém, tem a seguinte opinião, merece ser transcrita já nesta fase inicial:

Advirta-se que vem se disseminando entre algumas pessoas – inclusive entre estudiosos ilustres – o equívoco de imaginar que o art. 84, VI, Da Constituição do País introduziu em nosso Direito os chamados “regulamentos independentes” ou “autônomos” encontrados no Direito europeu. Pedimos vênua para expressar que, a nosso ver, este entendimento não é minimamente exato.¹⁰¹

Prossegue narrando que referida previsão constitucional permite apenas os regulamentos executivos.¹⁰² Segundo o mestre, o regulamento previsto no art. 84, VI, I, “a”, da CF, prevê apenas “mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências *já criados por lei*”, diferente do Direito europeu.¹⁰³

Quando se definem determinadas atribuições, entende-se também que serem concedidos poderes para executá-las com a da edição de regulamentos, estando normalmente essa habilitação contida em uma Lei (regulamentos executivos). Pode também estar conectada com a Constituição. Este poder regulamentar tem caráter subordinado e não autônomo, como todos os demais poderes administrativos,

¹⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 272.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 25.ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 335.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Ibidem, p. 337.

porquanto à administração foram atribuídas funções. Entende-se que à Administração foi permitido regulamentar o que a Constituição ou a Lei lhe determinou.¹⁰⁴

Entende Mateo que:

O poder regulamentar não se baseia no poder discricionário da Administração, no sentido de que esta possa se auto limitar onde tenha liberdade para atuar, isto pode ter certa transcendência em relação aos atos, mas não é uma justificação admissível em relação às normas. O poder regulamentar procede de uma permissão expressa ou genérica que para ditar Regulamentos se concede à Administração, autorização que pode vir derivada diretamente da Lei ou genericamente da Constituição e do ordenamento em seu conjunto.¹⁰⁵ [tradução nossa]

Clève narra que a justificativa para o exercício do poder regulamentar pelo Chefe do Poder Executivo é tratada pela doutrina pelas perspectivas da fundamentação material ou pela fundamentação formal do poder regulamentar.¹⁰⁶

A justificação material reside na necessidade imposta por nosso tempo, que teve a separação de poderes reinventada por força das mutações pelas quais passou a civilização ocidental, pois existem setores, como o tecnológico, sempre em processo de evolução, que melhor são regulados pela plasticidade regulamentar.¹⁰⁷

Clève narra que a doutrina, atualmente, concorda residir o fundamento formal do poder regulamentar na Constituição ou na lei. Diz que, em “nosso país, a justificação formal não pode ser outra senão a previsão constitucional”¹⁰⁸, e que o “constituente defere ao Executivo competência regulamentar, definindo os seus limites”.¹⁰⁹

¹⁰⁴ MATEO, Ramón Martín. Manual ..., p. 139.

¹⁰⁵ *La potestad reglamentaria no se basa, pues, en la potestad discrecional de la Administración, en el sentido de que ésta puede autolimitarse allí donde tenga libertad para actuar; esto puede tener cierta transcendencia en relación con los actos, pero no es una justificación admisible en relación con las normas. La potestad reglamentaria procede de una habilitación expresa o genérica que para dictar Reglamentos se concede a la Administración, habilitación que puede venir derivada directamente de la Lei o genéricamente de la Constitución y del ordenamiento en su conjunto.* (MATEO, Ramón Martín. Manual de Derecho Administrativo. 21ª Ed. Madrid: Editora Trivium, 2002. P. 140)

¹⁰⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade* ..., p. 272.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 274-275.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 275-276.

¹⁰⁹ *Idem*.

1.2.1 Natureza do Poder Regulamentar

Entendem Ruaro e Curvelo pela existência de “caráter normativo auxiliar no conteúdo do regulamento, tendo em vista que ele não é ato administrativo conforme o padrão costumeiro do mesmo, o qual, via de regra, não é geral e abstrato”.¹¹⁰ De outra parte, dizem que não são leis, em sentido estrito, sobretudo em razão de que não podem inovar no ordenamento jurídico, pelo menos no nosso. Ademais, cumpre referir que tais atos se enquadram no campo do exercício da atividade infralegal que toca ao Poder Executivo, parcela do poder normativo do Estado, sem implicar exercício de função legislativa, mas, sim, administrativa, no seu sentido próprio.¹¹¹

Para definir a natureza do poder regulamentar, Clève traz evidencia que os regulamentos “não traduzem emanção da função legislativa, substanciando verdadeira atividade administrativa de caráter normativo”¹¹², sendo que os atributos de generalidade e abstração são os responsáveis pela distinção entre o ato administrativo executivo e o ato administrativo normativo. Assim, “fica claro que, se referidos atributos não são necessários para a configuração do ato legislativo, constituem requisitos indispensáveis para a configuração do regulamento”.¹¹³ Continua que, “se o ato administrativo executivo constitui um ‘caso concreto’ decidido (um fato subsumido a uma norma), o regulamento (enquanto regra ou norma jurídica) constitui critério material de decisão de casos concretos”.¹¹⁴ Conclui que “o geral contrapõe-se ao individual e, o abstrato, ao concreto”.¹¹⁵

1.3 Titularidade e Competência Regulamentar

A Constituição Federal prevê o Poder Regulamentar, em seu artigo 84, inciso IV, dispondo competir privativamente ao Presidente da República expedir decretos e

¹¹⁰ RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder ...

¹¹¹ Idem.

¹¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 276.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Ibidem, p. 277.

regulamentos para a fiel execução da Lei. Tal regra foi seguida pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e Distrito Federal, em relação aos Governadores de Estado, Prefeitos Municipais e Governador do Distrito Federal. Com a edição da Emenda constitucional nº. 45, foi atribuído também ao CNJ o poder para a expedição de regulamentos.

Os titulares do poder regulamentar são então, obviamente, órgãos distintos dos titulares da função legislativa. No Brasil, são o Presidente da República, seus Ministros, as agências reguladoras e agora o Conselho Nacional de Justiça.

Na Espanha, o artigo 97 da Constituição determina que o Governo é o titular do poder regulamentar, que o exercerá de acordo com a Constituição e as Leis.¹¹⁶

A competência regulamentar não é privativa do Presidente da República, mas se distribui entre as diversas entidades integrantes da Administração Pública.¹¹⁷

Justen Filho diz que:

Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, tomando em vista a impossibilidade de delegação de competência indispensável à realização de valores constitucionalmente tutelados.¹¹⁸

A regra teria de abranger, inclusive, a administração indireta, e esse resultado seria “extremamente nocivo, obstacularizaria a atividade governamental e provocaria o caos”.¹¹⁹ Conclui que a atividade administrativa teria de ser “totalmente centralizada, incumbindo a todas as demais autoridades – que não o Chefe do Executivo – produzir atos de natureza concreta”.¹²⁰

Nem todos os órgãos da Administração estariam investidos da potestade regulamentária, mas só uns órgãos concretos e determinados nos quais se localizou especificamente tal potestade, ou seja, somente pode ser válido o regulamento ditado

¹¹⁶ MATEO, Ramón Martín. Manual ..., p. 140.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito ..., p. 519.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 521.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ *Idem*.

por órgão competente e somente se atribui ao governo (espanhol) e a ninguém mais a potestade regulamentária.¹²¹

No Brasil, Clève proclama que, antes da Emenda Constitucional nº. 45/04, competia privativamente ao Presidente da República editar regulamentos para a “fiel execução” das leis, porém, ressalta que “não se deduza deste fato que os demais órgãos da Administração estão impedidos de emanar atos administrativos normativos”¹²², pois basta “verificar o *Diário Oficial* para se constatar a infinidade de medidas normativas (circulares, portarias, instruções) editadas pelos órgãos públicos a cada dia”.¹²³ Recomenda que tais “atos podem, impropriamente, ser considerados regulamentares (já que regulamentam algo); porém, não constituem, sob o prisma constitucional, verdadeiros regulamentos”¹²⁴, e que, “se válidos, inscrevem-se numa posição inferior à dos regulamentos editados pelo Presidente da República”.¹²⁵ O mesmo não é válido para os regulamentos editados pelo CNJ, já que exercem a função regulamentar junto ao Judiciário, também para a fiel execução da lei.

Prossegue que a “relação de derivação-fundamentação dos atos normativos começa com a Constituição, ingressa no território da lei e, depois, imprime um escalonamento hierárquico, no seio da Administração Pública”.¹²⁶ Revela que, “quando um Ministro de Estado ‘regulamenta’ uma lei, ele na verdade não está usurpando uma atribuição privativa do Executivo, mas fazendo uso de um poder particular conferido pelo próprio Constituinte (art. 87, II)”. Também a “instrução ministerial deve guardar uma relação de conformidade não apenas com a lei, mas também com o regulamento”.¹²⁷ Conclui que, em um “caso de colisão entre o regulamento e a instrução ministerial (normalmente veiculada por meio de portaria), o regulamento prevalece”.¹²⁸

¹²¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso...*, p. 207.

¹²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade...*, p. 278.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ *Idem.*

Também são titulares do poder regulamentar, no atual contexto constitucional, as agências reguladoras e o Conselho Nacional de Justiça, conforme será analisado a seguir.

1.4 Procedimentos para a elaboração de disposições de caráter geral

O poder regulamentar deve ser exercido de acordo com alguns trâmites estabelecidos, constituintes de procedimento especial.¹²⁹

O procedimento de elaboração dos regulamentos na Espanha é o seguinte:

Elaborada a disposição geral, é preciso abrir um trâmite de audiência ou, dependendo do caso, de informação pública, para que os possíveis afetados em seus Direitos e interesses legítimos, diretamente ou através de organizações e associações reconhecidas pela lei cujos fins guardem relação direta como o objeto da disposição, possam alegar acerca do texto previsto. Salvo quando existir razões de interesse público ou quando as associações tenham participado do processo de elaboração, este trâmite não pode ser omitido em qualquer regulamento geral. Uma vez aprovado pelo órgão competente, a entrada em vigor depende da publicação integral no Diário Oficial.¹³⁰

No Brasil, quanto ao veículo de edição, temos ser regulamento veiculado por meio de decreto, sendo o decreto o meio pelo qual o Presidente da República formaliza os atos políticos e os atos administrativos, sejam executivos ou normativos. Também é exigida pela Constituição a referenda ministerial (art. 87, I).¹³¹

Quanto à publicação, se o regulamento for interno, produzirá efeito somente no interior da Administração, não será numerado e será dado conhecimento a seu destinatário. Se produzir efeitos em relação a terceiros, deverá ser publicado. Contendo regras jurídicas de caráter geral e abstrato, são numerados e publicados, nos dois casos.¹³²

¹²⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso ..., p. 211.

¹³⁰ MATEO, Ramón Martín. Manual ..., pp. 145-146.

¹³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 279.

¹³² Idem.

Anota-se mais uma vez que, agora, também o Conselho Nacional de Justiça possui competência regulamentar, cujo regulamento é editado via resolução o que se delinirá especificamente no capítulo terceiro.

1.5 Dos Regulamentos

Na lição clássica de Enterría e Fernández, chama-se regulamento “a toda norma escrita ditada pela administração”.¹³³

Mateo, por sua vez, revela:

Os regulamentos são disposições administrativas de caráter geral e de nível inferior à Lei. Diferenciam-se de algumas disposições (...) porque aquelas se equiparavam, em relação a sua força e vigor, a própria Lei. São regramentos administrativos de caráter geral, ou seja, normas jurídicas. Os regulamentos estão sujeitos a ditados da legalidade, devem respeitar as disposições emanadas dos escalões normativos superiores e ir prolongando seus efeitos até situações concretas, através, talvez, de vários escalões intermediários.¹³⁴ [(tradução nossa)]

Romano referenda, por seu lado:

...além das leis materiais, os regulamentos são atos material e formalmente administrativos: neles a função legislativa e executiva acham um ponto em que se encontram e se manifestam com atos de caráter misto, que constituem uma legislação administrativa secundária, em relação às leis formais, e também uma administração normativa superior à administração concreta que se manifesta em cada providência.¹³⁵

Canotilho pensa que :

¹³³ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., p. 197.

¹³⁴ *Los Reglamentos son disposiciones administrativas de carácter general y de rango inferior a La Ley. Se diferencian de algunas de las disposiciones que vimos en El capítulo anterior porque aquéllas se equiparaban, en cuanto a su fuerza y vigor, a La propia Ley. Son regulaciones administrativas de carácter general, es decir, son normas jurídicas. Los Reglamentos están sujetos a los dictados de la legalidad, deben respetar las disposiciones emanadas de los escalones normativos superiores e ir prolongando sus efectos hacia situaciones concretas, a través, quizá, de sucesivos escalones intermedios.* (MATEO, Ramón Martín. Manual de Derecho Administrativo. 21.ª Ed. Madrid: Editora Trivium, 2002. p. 137.)

¹³⁵ ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 350.

O **regulamento** é uma norma emanada pela administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou complementar da lei. É um *ato normativo* e não um ato administrativo singular; é um ato normativo mas não um ato normativo com valor legislativo. Como se disse, os regulamentos não constituem uma manifestação da função legislativa, antes se revelam produtos da função administrativa (cfr.art. 199. *ºc e g*). Devido ao fato de se tratar de norma jurídica secundária, condicionada por lei, o regulamento está, por um lado, submetido ao **princípio da legalidade da administração**; por outro lado, o poder regulamentar, ou seja, o poder de a administração criar normas jurídicas, deve ter um fundamento jurídico-constitucional.¹³⁶

Para o Ministro Carlos Velloso, citando Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os regulamentos “são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público”.¹³⁷ Declara que “são editados pelo Poder Executivo, visam tornar efetivo o cumprimento da lei, propiciando facilidades para que a lei seja fielmente executada”.¹³⁸ É que as leis devem ser redigidas em termos gerais, não só para abranger a totalidade das relações que nelas incidem, senão também para poder em ser aplicadas, com flexibilidade correspondente às mutações de fato das quais essas mesmas relações resultam. Os regulamentos é que serão detalhistas, complementando as leis em seus detalhes, sem lhes alterar o texto ou o espírito.¹³⁹

Caetano conceitua o regulamento comparando-o com a lei, sendo “formado por normas de caráter geral e execução permanente”.¹⁴⁰ Distingue-se formalmente da lei “por ser proveniente de órgãos executivos e lhe estar subordinado, devendo corresponder ao exercício da competência administrativa para a boa execução das leis”.¹⁴¹

Mello conceitua o regulamento como “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª. Edição. Coimbra: Almedina, 1998. p. 731. Grifos no original.

¹³⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de Direito público. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 421.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ CAETANO, Marcelo. Princípios fundamentais de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 97.

¹⁴¹ *Idem*.

de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias **à execução de lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”.¹⁴² Acrescenta que o regulamento do art. 84, VI, I, “a”, da Constituição Federal constitui-se em “uma única e restritíssima hipótese que discrepa do regime comum dos regulamentos no Brasil”.¹⁴³ Conclui que o princípio da legalidade no Brasil estabelece ao regulamento o caráter de “ato estritamente subordinado” e “dependente de lei”.¹⁴⁴

Justen Filho conceitua o regulamento como “um ato administrativo destinado a veicular normas gerais e abstratas, disciplinando a atividade futura da Administração Pública e, eventualmente, de particulares”.¹⁴⁵

Clève, anteriormente às Emendas Constitucionais 32 e 45, lecionava:

No Direito brasileiro, o regulamento, em sentido lato, pode ser definido como qualquer ato normativo (geral e abstrato) emanado dos órgãos da Administração Pública. Em sentido estrito (que importa para o direito constitucional), regulamento será o ato normativo editado privativamente pelo Chefe do Poder Executivo. A exata compreensão do instituto exige a verificação dos seus limites, que podem ser de duas ordens. Ou são (i) limitações de natureza formal, ou são (ii) limitações de natureza material.¹⁴⁶

Para Di Pietro são “atos com efeitos gerais e abstratos”, tendo em comum com a lei o fato de emanarem normas.¹⁴⁷

Gasparini, em sua obra de 2007¹⁴⁸, conceitua o regulamento como “ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la”.¹⁴⁹

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso..., p. 337. Grifo no original.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso..., p. 134.

¹⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade..., p. 277.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito..., p. 89.

¹⁴⁸ Em 1982, da mesma maneira, Gasparini já conceitua o regulamento como o “ato administrativo normativo, editado privativamente pelo Presidente da República, segundo uma relação de compatibilidade com a lei, para desenvolvê-la ou para regular matéria a ele reservada constitucionalmente”. (GASPARINI, Diógenes. Poder Regulamentar. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 06)

¹⁴⁹ GASPARINI, Diógenes. Direito..., p. 124.

Para Hely Lopes Meirelles, o regulamento “é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento autônomo ou independente)”.¹⁵⁰

Para Cretella Junior “(...) regulamento é, pois, a norma jurídica de caráter geral, editada pela autoridade administrativa, em matéria de sua competência, conferida pela lei formal, com o objetivo de facilitar-lhe a aplicação.”¹⁵¹

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento direto em relação à questão: “Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis”.¹⁵² Adiantamos, apenas, que o Supremo Tribunal Federal já há considerável tempo aceita os regulamentos autônomos.

No entendimento de Alexandre de Moraes, “os regulamentos são normas expedidas privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, cuja finalidade precípua é facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que possam surgir em sua aplicação e que se exteriorizam por meio de decreto, sendo importante fonte do Direito administrativo”.¹⁵³

Ruaro e Curvelo, analisando os conceitos dados por nossa doutrina, obtêm algumas conclusões:

(...) se trata o regulamento de ato administrativo, com caráter normativo secundário, emanado por autoridade administrativa legalmente legitimada para tanto, cuja função precípua é a de garantir a execução de lei ou bem explicitar seu conteúdo e alcance, a fim de garantir sua parcela de atuação na harmonização entre os poderes, não podendo inovar no ordenamento jurídico e, quanto menos, se opor à lei, ressalvada a modalidade do regulamento autônomo, o qual somente poderá existir se houver, no caso brasileiro, expressa determinação constitucional.¹⁵⁴

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 128.

¹⁵¹ CRETELLA JUNIOR, José. Tratado de Direito administrativo. V. 1, 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 309.

¹⁵² Supremo Tribunal Federal. Pleno. Adin nº. 1.435-8/DF. Medida Liminar. Rel. Min. Francisco Rezek. Diário da Justiça. Seção I, 6 de agosto de 1999, p.5.

¹⁵³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. P. 94.

¹⁵⁴ RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder...

Esta definição é aplicada ao regulamento de titularidade do CNJ.

1.5.1 Características dos regulamentos

O fato de conter normas jurídicas distingue os regulamentos dos atos administrativos. O regulamento enriquece o ordenamento jurídico, aporta algo novo ao conjunto de normas, completa-as, melhora-as. Os regulamentos não podem ser modificados por um ato, mesmo que procedente de uma autoridade superior, a qual não pode excetuá-la para um caso concreto.¹⁵⁵

Os regulamentos residem numa posição hierárquica superior aos demais atos executivos. Seu regime jurídico é distinto, pela competência, forma, necessidade de solenidade e de publicidade. A revogação dos regulamentos, a princípio, também é livre, já pode não ser possível revogar um ato administrativo, se o mesmo já produziu efeitos, gerando o que a doutrina chama de “coisa decidida administrativa”.¹⁵⁶

Da Espanha, Enterría e Fernández justificam que o regulamento tem em comum com a lei apenas o fato de ser uma norma escrita. Desta forma comum poucos caracteres genéricos podem derivar-se. O distintivo do regulamento, que o separa definitivamente da lei, é que é uma “norma secundária, subalterna, inferior e complementar da lei, obra da Administração”.¹⁵⁷ Assim como “todos os produtos administrativos, o regulamento é uma norma necessitada de justificação, caso por caso, condicionada, com possibilidades limitadas e reguladas, livremente justificável pelo juiz”.¹⁵⁸ É totalmente submisso à lei: “não produz mais do que a lei deixa, não pode tentar deixar sem efeito os preceitos legais ou contradizê-los, não pode suprir a lei ali onde esta é necessária para produzir determinado efeito ou regular certo conteúdo”.¹⁵⁹

Entende Clève que uma distinção clara entre ato administrativo e regulamento é o fato de os regulamentos produzirem efeitos *erga omnes*, disciplinando conteúdos

¹⁵⁵ MATEO, Ramón Martín. Manual ..., pp. 137-138.

¹⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., pp. 285-286.

¹⁵⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso ..., p. 198.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Idem.

gerais e abstratos, enquanto os atos executivos possuem efeitos concretos. Enquanto o regulamento constitui “ato ordenante, que integra o ordenamento jurídico, os atos executivos constituem atos ordenados, praticados para executar o ordenamento jurídico”.¹⁶⁰

Lembra Di Pietro que o poder normativo da Administração se expressa além do decreto¹⁶¹ regulamentar, por meio de “resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo.”¹⁶²

Ainda cita que os órgãos colegiados estabelecem normas com alcance limitado na de atuação do órgão expedidor, são os regimentos.¹⁶³

Também há distinção quanto aos processos de impugnação contenciosa, pois enquanto os atos executivos sempre admitem impugnação direta – inclusive por meio de mandado de segurança e *habeas corpus* -, os regulamentos são insuscetíveis de impugnação direta, posto constituírem verdadeiras leis materiais. Não se admite, neste caso, a ação direta de inconstitucionalidade, porquanto seria caso de ilegalidade, com a exceção de os regulamentos invadirem matéria exclusiva do Legislativo. Clève entende que a “doutrina e a jurisprudência brasileiras são pacíficas no sentido de que os regulamentos, porque dotados de normas genéricas e abstratas, são insuscetíveis de acarretar lesão a Direito individual”,¹⁶⁴ enquanto os atos executivos praticados com fundamento nos regulamentos comportariam impugnação direta.

1.5.2 Princípios dos regulamentos em relação à lei

Primeiramente, não se deve abandonar a advertência de que apenas a Lei pode, dentro permitido pela Constituição, impor restrições à propriedade e à liberdade

¹⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., pp. 286/287.

¹⁶¹ Decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito), podendo conter, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação. Resolução e portaria são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 233).

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito..., p. 92, grifo no original.

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 287.

(Constituição Federal, art. 5º, II), e através do devido processo legal (Constituição Federal, art. 5º, LIV).

Quanto às relações entre regulamento e lei, adotamos os princípios reitores trazidos por Clève¹⁶⁵, magistralmente adaptados da obra de Canotilho e ampliados para a realidade brasileira. Anote-se poder vir a doutrina brasileira a relativizar esses princípios, especialmente ante a admissão do regulamento autônomo pelo Supremo Tribunal Federal e pelos regulamentos do CNJ.

1.5.2.1 Princípio da primazia ou da preeminência da lei

A lei está hierarquicamente acima do regulamento, sendo que este não pode contrariar àquela (ab-rogação ou derrogação). O oposto não é verdadeiro, sendo que a lei pode derrogar o regulamento ou elevá-lo de categoria, convertendo-o em lei.¹⁶⁶

1.5.2.2 Princípio da precedência da lei

Há a necessidade de o regulamento apontar a sua fundamentação legal, ou seja, sua vinculação positiva à lei. Em consequência, não é legítima a edição de regulamento sem a prévia existência de lei.¹⁶⁷ Como antes citado, esta assertiva foi relativizada pela admissão jurisprudencial dos novos regulamentos.

1.5.2.3 Princípio da acessoriedade dos regulamentos

Os regulamentos não podem tomar o lugar das leis, assumir o papel que a Constituição reservou à lei, pois são atos normativos sujeitos à lei e dela dependentes. São acessórios, porque os seus preceitos formam “um Direito adjetivo e um Direito processual do Direito substantivo instituído pela lei”.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Ibidem, p. 288.

¹⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., pp. 288-289.

¹⁶⁷ Ibidem, 289.

¹⁶⁸ Idem.

1.5.2.4 Princípio do congelamento da categoria

A se disciplinar determinada matéria por meio de lei, apenas por lei ou por ato de hierarquia superior ela poderá sofrer alteração. Um ato normativo só pode ser revogado por meio de outro ato normativo de igual ou superior qualidade formal.¹⁶⁹

1.5.2.5 Princípio da identidade própria do regulamento

Ainda que expressamente previsto pela lei, as normas regulamentares guardam a hierarquia que lhes é própria, não alcançando, com a simples previsão legal, promoção hierárquica ou deslocamento de regime jurídico.¹⁷⁰

1.5.2.6 Princípio da autonomia da atribuição regulamentar

O regulamento encontra seu fundamento não na lei, mas na própria norma constitucional, independente de autorização legislativa específica. Clève elucida esta questão procedendo à seguinte significação:

(i) com ou sem previsão legal (do regulamento, evidentemente), poderá o Presidente da República regulamentar as leis cuja aplicação desafie ação administrativa; (ii) não pode o Legislador proibir a atuação do poder regulamentar do Presidente da República, regra legal desse quilate será nula porque inconstitucional; (iii) para a manifestação da ação regulamentar, basta a existência prévia de lei não auto-executável exigente de atuação administrativa.¹⁷¹

1.5.2.7 Princípio da colaboração necessária entre a lei e o regulamento

¹⁶⁹ Ibidem, pp. 289-290.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 290.

¹⁷¹ Idem.

Havendo dispositivos não auto-executáveis, deverá o Presidente da República regulamentá-los, sob pena, inclusive, de praticar crime de responsabilidade (art. 85, VII, da Constituição Federal), se a lei for constitucional.¹⁷²

1.5.2.8 Princípio da autonomia da lei

A vigência da lei não pode ficar condicionada à edição de regulamento, bem como sua eficácia também não pode ficar condicionada à edição de regulamento, desde que seja fixado prazo para ação normativa do Executivo. Se não for previsto prazo para a edição do regulamento, a lei será eficaz desde a sua vigência e, definido o prazo da regulamentação e esgotado sem sua edição, a lei será eficaz em tudo o que não depender do regulamento.¹⁷³

1.5.3 Tipos de regulamentos

Os regulamentos são classificados pela doutrina quanto aos seus efeitos, destinatários e suas relações com a lei.

1.5.3.1 Quanto aos efeitos do regulamento

Nesta classificação, os regulamentos podem ser internos ou externos. Os primeiros apenas produzem efeitos para a Administração, podendo atingir terceiros apenas reflexamente, enquanto os externos produzem obrigações para terceiros, pois regulam uma lei, produzindo efeitos quanto aos sujeitos à incidência dessa lei. No Direito alemão, são classificados como “regulamentos administrativos (internos) e jurídicos (externos)”.¹⁷⁴ O Presidente da República expede normas regulamentares dos dois tipos, podendo fazê-lo com fundamento no artigo 84, IV, da Constituição Federal. As consequências dessa distinção são explicitadas por Clève:

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Ibidem, pp. 290-291.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 291.

Os regulamentos externos são indelegáveis. Mas os regulamentos internos podem ser delegados em razão da autorização contida no parágrafo único do art. 84 da Lei Fundamental. A segunda distinção envolve a amplitude do poder regulamentar do Presidente. Com efeito, o poder normativo é mais amplo no campo dos regulamentos internos. Se os externos devem ser editados para a fiel execução das leis, os segundos são editados “na forma da lei”. Ora, segundo ensina José Afonso da Silva, “quando a Constituição emprega fórmulas como essa (e outras como “com base na lei”, “nos limites da lei”, “segundo critérios da lei”, etc.), ela está prevendo a prática de ato infralegal sobre determinada matéria, impondo, no entanto, obediência a requisito ou condições reservadas à lei”. Neste caso, a competência normativa do Presidente é sensivelmente elástica.¹⁷⁵

1.5.3.2 Quanto a seus destinatários

Podem ser “regulamentos gerais”, que são aqueles dirigidos a todos os cidadãos (por exemplo, os regulamentos do sistema viário), ou “regulamentos especiais”, dirigidos aos que estão nas denominadas relações especiais de sujeição. Nestes, a administração tem uma maior de disponibilidade regulamentar relativamente aos limites de propriedade e liberdade, sua vez que os destinatários desses regulamentos se colocaram livremente em tal situação especial (por exemplo, a seguridade social¹⁷⁶).¹⁷⁷

1.5.3.3 Quanto a suas relações com a lei

Ruaro e Curvelo citam que “existe no Direito europeu pelo menos três espécies principais de regulamentos, quais sejam: os regulamentos executivos, os regulamentos autorizados e os regulamentos autônomos”.¹⁷⁸ O traço comum, em tais casos, é que o regulamento emana da autoridade administrativa no exercício da função administrativa, porém, a diferença entre os regulamentos decorre do próprio

¹⁷⁵ Ibidem, p. 292.

¹⁷⁶ Neste último caso, porém, com a ampliação da ação administrativa, a utilização dos sistemas de amparo social desnaturalizam a voluntariedade, vez que todos os trabalhadores fazem parte da seguridade.

¹⁷⁷ MATEO, Ramón Martín. Manual ..., pp. 141/142.

¹⁷⁸ RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder...

ordenamento constitucional, Isso é, enquanto em alguns ordenamentos o regulamento permanece com seu espaço infranormativo ou normativo de grau menor ou limitado, noutros, como é o caso da França, possuem espaço garantido para o exercício de uma normatividade completa, em pelo menos uma de suas modalidades (regulamento autônomo). A conceituação geral do regulamento difere de acordo com o sistema jurídico local, ou, em última instância, do regramento constitucional ao qual está submetido.¹⁷⁹

Di Pietro admite apenas dois tipos de regulamentos: o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo. O primeiro complementaria a lei ou a Constituição, e o segundo inovaria a ordem jurídica, estabelecendo normas sobre matérias não disciplinadas em lei.¹⁸⁰

Na doutrina brasileira, quanto às relações dos regulamentos com a lei, Clève traz a seguinte classificação, que também passamos a adotar.

1.5.3.3.1 Regulamentos autônomos

Antes da Constituição de 1988, Gasparini pensava o ordenamento jurídico vigente como acolhendo apenas os regulamentos executivos e os independentes. Os primeiros, para tornar executáveis as leis, e, os segundos, para o desenvolvimento de atribuições de responsabilidade exclusiva do Presidente da República, comparáveis aos autônomos.¹⁸¹

Citado autor narra que os regulamentos autônomos remanescem do antigo poder de legislar, dantes concentrado nas mãos dos Chefes de Estado nos regimes autocráticos. Os monarcas, aos poucos, em decorrência do surgimento de outras formas de estado, especialmente os democráticos, foram perdendo as suas prerrogativas de cunho absolutista. Continua narrando que, à medida que as perderam, foram elas absorvidas pelos órgãos representativos que, de início, apenas colaboravam

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito..., p. 90.

¹⁸¹ GASPARINI, Diógenes. Poder Regulamentar. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. pp. 43.

na feitura das leis, para depois participarem integralmente, como órgãos diferenciados, na sua elaboração. As competências guardadas pelos monarcas foram transferidas para o Poder Executivo.¹⁸²

Os regulamentos autônomos seriam aqueles que disciplinam, no sistema da época, qualquer matéria reservada ao Presidente da República.¹⁸³

Em 2007, Gasparini pensa que o Direito positivo brasileiro somente admite o regulamento de execução, aquele destinado à fiel execução da lei. Acrescenta que por o regulamento não ser lei no sentido formal, não pode criar Direito novo, como os regulamentos autônomos criam.¹⁸⁴

Segundo a definição de Clève, regulamentos autônomos são os criados pelo Executivo em virtude de competência outorgada diretamente pelo texto constitucional e importam a partilha do poder normativo entre o Executivo e o Legislativo.¹⁸⁵

Existe previsão no Direito Francês, no artigo 37 da Constituição, quanto aos regulamentos autônomos:

Artigo 37: Matérias outras das que são do domínio da lei são matérias de caráter regulamentar. Os textos de forma legislativa inseridos nestas matérias podem ser alterados por decretos editados após pareceres do Conselho de Estado. Os textos inseridos após a entrada em vigor da presente Constituição não poderão ser alterados por decreto sem que o Conselho Constitucional declare que têm um caráter regulamentar em virtude da alínea precedente.

Artigo 37-1: A lei e o regulamento podem comportar, para um propósito e uma duração limitados, disposições de caráter experimental.¹⁸⁶

A Constituição francesa atribuiu ao legislador uma competência reservada, consistente em um conjunto de matérias pelas quais ele é competente para legislar, no

¹⁸² Ibidem, p. 76-77.

¹⁸³ Ibidem, p. 85.

¹⁸⁴ GASPARINI, Diogenes. Direito..., p. 124.

¹⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 293.

¹⁸⁶ “Article 37: Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d’Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l’entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu’ils ont un caractère réglementaire en vertu de l’alinéa précédent. Article 37-1: La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental”. (Disponível em : <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>. Acesso em 6.6.2009).

seu artigo 34¹⁸⁷. O Poder Executivo, tem uma competência de Direito comum, sendo competente para regulamentar as matérias que não são reservadas ao legislador (art. 37)¹⁸⁸. Cumpre citar, desde já, que o ordenamento jurídico brasileiro não adota o mesmo princípio.

Para Bruna, os regulamentos autônomos são “atos normativos editados pelo Poder Executivo com base em competências normativas próprias, estabelecidas na Constituição para as quais não se prevê a interferência do Poder Legislativo”¹⁸⁹. Assevera dizendo que tais regulamentos “criam Direito novo, independentemente da existência de lei a respeito”¹⁹⁰. Conclui, porém, não vislumbrar em nenhuma das hipóteses previstas no art. 84 da CF, “a existência de autorização para a edição de regulamentos autônomos em nosso regime Constitucional”¹⁹¹.

Ruaro e Curvelo observa que a justificativa para a inexistência dessa modalidade de regulamento no sistema jurídico pátrio é a seguinte: “não existe a possibilidade de tal modalidade de regulamento porque a Constituição Federal assim não dispõe, prevalecendo a função normativa primária com o Poder Legislativo (de modo que as demais manifestações normativas cabíveis são de ordem infralegal)”¹⁹²; e “o princípio da legalidade, na sua dupla dimensão, também não permite que os atos administrativos, mesmo que de cunho normativo secundário, possam criar obrigações ou impor restrições como se lei fossem”¹⁹³.

¹⁸⁷ Segundo o art. 34 da Constituição francesa, cabe ao Parlamento dispor, entre outras, sobre matérias relativas aos Direitos cívicos e garantias fundamentais do cidadão; nacionalidade, estado e capacidade das pessoas, regimes matrimoniais, sucessões, doações; Direito penal e processual penal; estatuto dos magistrados; Direito tributário, moeda; garantias dos funcionários públicos; nacionalizações etc.

¹⁸⁸ FRANÇA. Constituição Francesa. Disponível em : <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>. Acesso em 06.06.2009.

¹⁸⁹ BRUNA, Sérgio Varella. Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 88.

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ Ibidem, p. 90.

¹⁹² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I ...

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

¹⁹³ RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder regulamentar ..., p. 121.

Também citam derivar conclusão da própria leitura do art. 37 da Constituição Federal/88, vincula o agir da Administração Pública ao princípio da legalidade e das demais leis administrativas. Dizem, ainda:

(...) não se trata de mera vinculação às leis, mas sim ao próprio Direito (sistema jurídico), o qual é formado, em primeiro lugar, pelos princípios e normas constitucionais, seguidos das normas infraconstitucionais e, por fim, dos regulamentos de demais atos normativos que se submetem obviamente as estatuições legais que lhe precedem.¹⁹⁴

Acrescente-se que, nos termos do inciso II, do artigo 5º., da Constituição Federal, há a reserva legal da lei para a criação de obrigações, conforme já citado

Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 241.201/SC, sendo relator o Ministro Celso de Mello, publicado em 20.9.2002, decidindo pela necessidade de respeito ao princípio do devido processo legal:

Processo Administrativo. Restrição de Direitos. Observância necessária da garantia constitucional do *due process of law* (CF, art. 5º., LV). Reexame de fatos e provas, em sede recursal extraordinária. Inadmissibilidade. Recurso improvido. Restrição de Direitos e garantia do *due process of law*.

O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a Direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de Direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (Constituição Federal, art. 5º., LV), a fiel observância do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de Direitos. Precedentes. Doutrina.

Justen Filho, também discorrendo sobre regulamentos autônomos, entende que “as exigências de uma nova ordem mundial ou de novos modelos regulatórios, se incompatíveis com a disciplina constitucional, somente poderão ser incorporadas ao

¹⁹⁴ Idem.

Direito brasileiro mediante uma alteração da Constituição brasileira”.¹⁹⁵ Distingue que a “esmagadora maioria da jurisprudência se orienta no sentido de rejeição à existência de regulamentos autônomos no sistema jurídico brasileiro.¹⁹⁶

Ruaro e Curvelo afirmam que “em todas as hipóteses, sejam restrições a Direitos, sejam limitações, somente podem decorrer, em primeira instância, do texto constitucional, em segunda instância, da legislação infraconstitucional e, por fim, daí sim, de atos administrativos que, no nosso sistema, repisa-se, somente tem condições de explicitar ou garantir o pleno alcance do texto normativo que lhe precede”.¹⁹⁷

O artigo 84 da Constituição Federal¹⁹⁸ dispõe competir privativamente ao Presidente da República, entre outras funções, dispor mediante decreto da organização e funcionamento da administração federal, quando não implique aumento de despesa ou criação e extinção de órgãos públicos. Parte da doutrina entende que se trata de mera competência para um arranjo interno dos órgãos e competências já criadas por lei¹⁹⁹.

Marçal Justen Filho, em 2002, discorria:

Como decorrência, não se admite que o intérprete produza uma reorganização dos poderes políticos, adotando fórmulas inéditas de distribuição de competências. Não é admissível que se afirme, pura e simplesmente, que o Poder Executivo deve dispor de amplas atribuições normativas e que não pode mais estar subordinado ao princípio da legalidade. Não se reputa compatível com a ordem jurídica vigente a afirmação de que o Poder Judiciário deveria dispor de ampla margem de poder normativo para suprir e eliminar os defeitos da ordem jurídica nacional.

Até se pode cogitar de uma tendência à reordenação da distribuição de poderes, o que significaria que o Brasil poderia vir a adotar soluções semelhantes àquelas consagradas em outros países. Mas a alteração da estrutura da separação de poderes

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito..., p. 500.

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder...

¹⁹⁸ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

...

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

Organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgão públicos.”

¹⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito administrativo*. 20ª. edição. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 316.

pressupõe modificações formais na Constituição, especialmente para introdução de novos instrumentos de controle.²⁰⁰

Para Justen Filho, agora em sua obra de 2009, os regulamentos autônomos “são aqueles desvinculados de uma lei”²⁰¹, encontrando seu fundamento diretamente na Constituição. Acrescenta que, por meio de um regulamento autônomo, “são criados Direitos e obrigações sem a prévia existência de lei”, e o Poder Executivo “inova a ordem jurídica”.²⁰² Conclui que o pensamento jurídico majoritário nega a possibilidade de existência de regulamento autônomo no Direito brasileiro, apesar da existência de dúvidas.²⁰³

Di Pietro entende não ter a Constituição de 1988 espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº. 32/01. Conclui que, excluída a hipótese do artigo 84, VI, só existe o regulamento de execução hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.²⁰⁴

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 2.564-DF, de relatoria da Min. Ellen Gracie, publicado em 06.02.2004, afirmou da constitucionalidade do Decreto 4.010/2001, que versava sobre o pagamento de servidores públicos, ao fundamento de que, com a nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84, pela EC 32/2001, “... permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgão públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado”.

Ruaro e Curvelo afirmam que esse mesmo julgado, reiteradas vezes, é apontado como “paradigmático a acolher uma modalidade de regulamento autônomo”.

Concluem:

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito ..., p. 503.

²⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso ..., p. 134.

²⁰² Idem.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito ..., p. 91.

(...) a capacidade administrativa de expedir regulamentos, na forma prevista na CF/88, terna à única forma regulamentar existente entre nós, não se tratando, em absoluto, dos regulamentos autônomos, conforme adrede referido, muito embora já tenha o STF decidido a questão, inclusive, apontando a existência de tais regulamentos na modalidade estudada.²⁰⁵

Continuam afirmando que, no Superior Tribunal de Justiça, a maioria dos julgados entende pela inexistência de regulamentos autônomos²⁰⁶.

Digno de nota é o fato de o Ministro Carlos Ayres Britto embasar também a sua decisão na ADI 2.564, no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, pela existência do regulamento autônomo:

(...) Ainda na matéria, retorno ao âmbito do Poder Executivo da União para lembrar a regra que se extrai da alínea “a” do inciso VI do artigo constitucional de nº. 84, traduzida, precisamente, na autorização para o Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Norma que este STF tem como constitutiva de regulamento autônomo (tirante as sobreditas vedações), e, assim, diploma francamente equiparável a ato normativo primário (Constituição Federal. ADI 2.564, rel. Min. Ellen Gracie, entre outros).²⁰⁷

Para o Ministro Eros Grau, a edição dos regulamentos autônomos é constitucional. A separação dos poderes funda-se na classificação do Estado segundo “dois critérios, um orgânico e outro institucional, estabelecido a partir dos sujeitos, sendo possível o estabelecimento de uma classificação material, ou seja, delimitado pelo caráter das diversas modalidades de atos estatais existentes”.²⁰⁸ Seguindo o critério material, então, existem outras “três funções, quais sejam, função normativa (de produção de normas jurídicas ou textos normativos), função administrativa (de

²⁰⁵ RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder...

²⁰⁶ “... Com efeito, a imunidade conferida em lei com resguardo na Constituição Federal jamais poderia ser revogada por decreto, o que iria ferir o princípio da hierarquia das leis, notadamente no caso concreto em que o decreto não se reveste da natureza de regulamento autônomo ...” (MS 8.888/DF, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 05.04.2004, 1ª. Seção).

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=nepotismo&base=baseAcordao> s. Acesso em 15.06.2009.

²⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. O Direito posto e o Direito pressuposto. 5ª. Ed.. ver, atual, e ampl . São Paulo: Malheiros, 2003, p. 236.

execução das normas jurídicas) e a função jurisdicional (de aplicação das normas jurídicas)”.²⁰⁹ A instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações que definem seu caráter conjuntural, impõe sejam “extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas que estejam a implementar”.²¹⁰ Fala que:

(...) o motivo da existência do regulamento autônomo em nosso ordenamento jurídico é a existência de uma capacidade normativa de conjuntura, motivada porque um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordinam a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazo e debates prolongados, inadequados à ordenação de matérias essencialmente conjunturais.²¹¹

Sobre a existência de regulamentos autônomos, o posicionamento de Clève, antes da EC 32/01, era o seguinte:

No Brasil, alguns juristas, vigente a última Constituição, admitiram os regulamentos autônomos. Fundamentavam a tese, basicamente, com o art. 81, V, que dotava o Presidente da República de competência para “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”. É possível que a doutrina fosse defensável naquela oportunidade. Hoje, entretanto, o dispositivo encontra-se (art. 84, VI, da CF) redigido de modo a conferir ao Chefe do Executivo competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, “na forma da lei”. Ora, se os regulamentos de organização devem ser editados “na forma da lei”, é porque não podem ser introduzidos independentemente da lei. Inobstante o poder regulamentar, quando dirigido à produção de efeitos no interior da Administração, seja mais extenso que aquele conferido pelo inc. IV do art. 84, nem por isso autoriza o Presidente da República a editar regulamentos autônomos.²¹²

Justen Filho evidencia que, desde a EC nº. 32/2001, o inciso VI do art. 84 da Constituição Federal/88 autoriza regulamentos autônomos em matéria específica e

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Idem.

²¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 293-294.

circunscrita, sendo que fora desse campo apenas podem ser admitidos “regulamentos autônomos orientados a assegurar a realização de Direitos fundamentais, quando a ausência de lei puder acarretar o sacrifício de valores protegidos constitucionalmente”.²¹³

Acrescentam Ruaro e Curvelo que, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento já consolidado é de que a questão relativa ao decreto, conquanto a pretexto de regulamentar determinada lei, extrapola o seu âmbito de incidência, é tema que se situa no plano de análise da legalidade e, em razão disto, afasta a análise sobre o prisma constitucional que a questão poderia dar ensejo.²¹⁴

Canotilho observa que a pretensão de regulamentos autônomos, caracterizados por não precisarem de lei prévia para intervir e não serem complementares ou executivos de qualquer lei, não significa que sejam regulamentos livres. Eles estão sujeitos ao “bloco da constitucionalidade”, porque a Constituição é sempre superior impositivamente de conformidade material e compatibilidade formal com suas normas e “os princípios gerais do Direito (princípio da igualdade, princípio da não retroatividade, princípio do contraditório, princípio da fundamentação, princípio da publicidade, princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da boa-fé) conformam, sempre, da forma positiva, qualquer disciplina regulamentar”.²¹⁵

Explicita o aturo que “em segundo lugar, existem domínios da administração – a administração econômica e de prestações – onde uma exigência da precedência da lei não é compatível com a necessidade de persecução eficiente e justa dos interesses públicos”.²¹⁶

Conclui:

Uma significativa parte da doutrina portuguesa – tal como acontece na doutrina estrangeira – defende hoje uma posição de maior abertura quanto à exigência constitucional de precedência da lei. Em rigor, a precedência da lei constitucionalmente só seria exigida no caso de reserva de lei (arts. 164 e 165) ou do

²¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso ..., pp. 312.

²¹⁴ RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder ...

²¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª. Edição. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 735-736.

²¹⁶ Idem.

decreto-lei (art. 199) e nos casos de *reservas de lei* dispersar pela Constituição (exs.: arts. 83, 88, 95, 103./2, 204./2, 60./3, 85.2, 254.). Quando o texto constitucional nada dissesse, poder-se-ia interpretar o seu silêncio no sentido da admissibilidade de uma atividade administrativa – a começar pela atividade regulamentar – fundada diretamente na Constituição. Quer dizer: a *precedência e prevalência da Constituição substitui a precedência e a reserva vertical da lei*. Por outras palavras: a reserva vertical de Constituição substitui a reserva vertical de lei. Ainda por outras palavras: a Constituição substitui-se à lei como fundamento do agir da administração; é ela mesmo lei habilitante do agir administrativo.²¹⁷

Binenbojm resume a formação de três correntes doutrinárias brasileiras, a partir da EC n. 32. A primeira é composta por aqueles que negam os regulamentos autônomos no Brasil, “a partir de uma compreensão rígida do princípio da legalidade, como vinculação positiva da Administração à lei”.²¹⁸

A segunda, entende que o Art. 84, VI, da Constituição Federal ocorre

em âmbito de reserva de administração (na modalidade de reserva de poder regulamentar), imune à lei em sentido formal, que simplesmente não mais poderá dispor sobre organização e funcionamento da Administração Pública em matérias que não importem aumento de despesa, exceto no que disser respeito à criação e extinção de órgãos, sob pena de inconstitucionalidade formal.²¹⁹

A terceira, por fim, “reconhece a existência de uma nova espécie de regulamento, mantendo incólume o princípio da ‘preferência da lei’”. Acrescenta que para esta corrente será cabível a expedição de regulamentos autônomos em “espaços normativos não sujeitos constitucionalmente à reserva de lei (formal ou material), sempre que à míngua do ato legislativo, a Administração Pública estiver compelida a agir para cumprimento de seus deveres constitucionais”.²²⁰ Conclui se afiliando à terceira corrente, fundamentada no princípio da reserva da lei.²²¹

Canotilho adverte, ao final, que, tudo ponderado, existem alguns pontos ainda incontornáveis. Primeiro, “a edição de regulamentos normativos primariamente

²¹⁷ Ibidem, p. 737.

²¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 169-169.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ Idem.

²²¹ Idem.

fundados na Constituição pode representar a acentuação de governamentalização da forma de governo, subtraindo ao parlamento a fiscalização de <<atos com valor paralegislativo>>”.²²² Também, “mesmo que não se exijam autorizações legislativas caso a caso, impor-se-á a existência de uma lei a conferir competência regulamentar para a prossecução dos objetivos fixados na Constituição (ou na própria lei)”.²²³

1.5.3.3.2 Regulamentos independentes

Na Espanha, o regulamento independente ou organizativo é autorizado pela Lei, sendo admissível unicamente pela Constituição, nos âmbitos puramente organizativos ou nas sujeições especiais, mas não quando regule abstratamente Direitos e obrigações dos cidadãos em situações de sujeições gerais.²²⁴

Deve ter uma lei como fundamento, mas não se confundem com os regulamentos autônomos, porque estabelecem originariamente o regime e a disciplina de certas relações jurídicas. O Direito português e o Direito espanhol admitem os regulamentos independentes, diferentemente de nosso país, que não os aceita.²²⁵

1.5.3.3.3 Regulamentos de necessidade

São os expedidos para atender a situações urgentes e extraordinárias como guerras, desastres naturais, etc.

Para Cretella Junior, os regulamentos de emergência “são aqueles que o poder do Executivo edita *de jure* em circunstâncias tais que, sem a intervenção daquele

²²² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito..., p. 738.

²²³ Idem.

²²⁴ MATEO, Ramón Martín. Manual..., pp. 142-143.

²²⁵ Clève lembra que a Constituição Federal prevê uma modalidade de normativa independente prevista no artigo 33, §3º da Constituição Federal: “a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa”. Porque os Territórios não passam de autarquias territoriais integrantes da União não dispõe de competência legislativa. Dispõe de competência normativa de segundo grau (administrativa) cujos limites serão definidos por lei federal. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo. 2ª. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 294-295).

poder, produziriam incalculáveis danos”²²⁶, sendo que “tais circunstâncias configuram o denominado estado de necessidade, fonte de Direito, que confere a faculdade de primazia de normas”.²²⁷ Acredita o autor que, no Brasil, tal função deveria ser cumprida pelas medidas provisórias, as quais também têm força normativa.²²⁸

1.5.3.3.4 Regulamentos de execução

Clève narra que é o regulamento de execução que “instrumentaliza a execução da lei, detalhando e explicitando seus comandos, interpretando seus conceitos e dispondo sobre órgãos e procedimentos necessários para sua aplicação pelo Executivo”.²²⁹ Não pode inovar originariamente a ordem jurídica, operando unicamente *secuncum legem e intra legem*. Explicita ainda:

A doutrina brasileira parece concordar que o regulamento de execução presta-se para (i) precisar o conteúdo dos conceitos (ou categorias) de modo sintético (pronunciada densidade) ou de modo impreciso (vago, ambíguo) referidos pela lei e (ii) determinar o modo de agir (procedimento) da Administração nas relações que, necessariamente, trará com os particulares na oportunidade da execução da lei.

Um terceiro campo de incidência dos regulamentos de execução, no Direito brasileiro, pode ser localizado. Trata-se do campo da assim chamada (iii) discricionariedade técnica. Os regulamentos incidentes sobre esse campo foram estudados, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que se fundamentando na doutrina americana, os chamou de contingentes.²³⁰

Regulamento executivo traduziria “a própria dicção do dispositivo legal que bem elucida se tratar de hipótese acessória e complementar que exerce uma função, por assim dizer, de prolongamento do texto legal, não deixando de ser, contudo, mas propiciando seu cumprimento nos limites previamente estabelecidos”.²³¹

²²⁶ CRETELLA JUNIOR, José. Tratado de Direito administrativo. Volume 1. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Forenser, 2002, p. 314.

²²⁷ Idem.

²²⁸ Idem.

²²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade ...*, p. 298.

²³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade ...*, p. 298.

²³¹ RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder ...

Há a previsão na Constituição Federal dos regulamentos executivos, pois o “cumprimento de determinadas leis pressupõe uma interferência de órgãos administrativos para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta”.²³²

Os regulamentos executivos desenvolvem o estabelecido na lei, normalmente por autorização ou mandado expresso na mesma. Diante desses regulamentos executivos, os regulamentos independentes não se conectam imediatamente com a lei, mas operam suas disposições sobre âmbitos distintos dos regulados pela lei e de acordo com as autorizações explícitas ou implícitas que permitam à administração desenvolver suas próprias competências e atribuições. O regulamento executivo, também referido como normativo, executa, desenvolve, completa, complementa ou pormenoriza uma lei.²³³

Justen Filho revela que o regulamento de execução “pressupõe a existência de uma lei, cujas normas são objeto de sua explicitação e desenvolvimento”²³⁴, comportando regras “mais explícitas destinadas a permitir e facilitar a aplicação de normas contidas em uma lei”.²³⁵ Conclui que “o fundamento imediato de validade das normas dos regulamentos de execução encontra-se nas normas da lei”.²³⁶

1.5.3.4 Regulamentos delegados ou autorizados

A delegação ocorre quando um Poder autoriza outro a exercer determinada função. Assim, os regulamentos delegados são aqueles onde a lei, ao invés de esgotar a regulação da matéria, transfere-a para o Executivo, parcial ou integralmente, sendo que o Executivo age porque autorizado pelo legislador, e não em um campo propriamente

²³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso..., p. 345.

²³³ MATEO, Ramón Martín. Manual..., pp.. 142-143.

²³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso..., p. 134.

²³⁵ Idem.

²³⁶ Idem.

seu, ou seja, constituem o resultado da ampliação da esfera normativa do Executivo, por delegação do Legislativo.²³⁷

Em outras palavras, regulamento delegado é a modalidade em que o Poder Legislativo, o detentor da maior parcela do poder normativo e legitimado para exercício da clássica noção de função legislativa, delega ao Poder Executivo a competência para emanar tais atos, nos limites da delegação, através de regulamentos.²³⁸

O Direito brasileiro veda os regulamentos delegados. Leciona Clève que, “sempre que a Administração age para restringir os Direitos fundamentais, deverá amparar-se em título jurídico idôneo para fundamentar sua ação (executiva ou normativa)”.²³⁹ Alerta-nos que, ante a:

(...) dimensão assumida pelo princípio da legalidade, entre nós, a investigação do universo de incidência do regulamento reclama a clara definição (i) das regras que *a priori* são regras de lei, reservadas ao Poder Legislativo, e, pois, vedadas ao Executivo, e (ii) das regras que, conquanto *a priori* não sejam regras de lei, podem ser transportadas por lei (congelamento do grau hierárquico) ou por regulamento, conforme a opção do legislador.²⁴⁰

Conclui:

Se a regra só pode ser veiculada por lei (porque modifica ou restringe os regimes da liberdade e propriedade; porque inova, originariamente, a ordem jurídica), então, o Legislador não pode autorizar a livre incursão do regulamento sobre ela. Porém, Se a regra não é regra *a priori* de lei (dada a sua acessoriedade; não restrição ou modificação originária de Direitos, especialmente a liberdade e a propriedade; sua referência à ação necessária do Executivo cujos parâmetros já estão legalmente definidos), então o Legislador pode incursionar ou, se assim preferir, deixar ao Executivo a tarefa de dispor sobre a matéria. Nesta última hipótese, afirma Pontes de Miranda, incorre delegação.²⁴¹

²³⁷ Esta categoria integra outra classificação (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., pp. 302).

²³⁸ FERRAZ, Sérgio. 3 Estudos de Direito: desapropriação de bens públicos, o prejulgado trabalhista em face da Constituição, regulamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. P. 122.

²³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 306.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ Idem.

Do exposto, verifica-se que no Brasil, de maneira diversa que no Direito comparado, não existe a figura do regulamento delegado, sobretudo em face do artigo 25 do ADCT.²⁴²

1.6 Agências Reguladoras

A exigência de agências reguladoras resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo “constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político”.²⁴³ As agências reguladoras nasceram porque a sociedade exigiu que o Estado regulasse certas realidades e dirimisse os conflitos coletivos ou individualizados.²⁴⁴

Na lição de Di Pietro:

Há que se lembrar que, em matéria de telecomunicações e de petróleo, as Emendas Constitucionais nº. 8/95 e 9/95 alteraram, respectivamente, a redação dos artigos 21, XI, e 177, §2º., III para prever a promulgação de lei que disponha sobre a exploração dessas atividades e a instituição de seu órgão regulador. Com base nesses

²⁴² **Art. 25** - Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

§ 1º. - Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma:

I - se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar;

II - decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados;

III - nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes.

§ 2º - Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no Art. 62, Parágrafo único.

²⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às Agências Reguladoras*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. p.18.

²⁴⁴ *Ibidem*, p.30.

dispositivos, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº. 9.984, de 17-7-2000) e Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº. 9.478, de 6-8-97). Além disso, leis ordinárias foram criando outras agências reguladoras, algumas com funções ligadas a concessões, como é o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº. 9.427, de 26-12-96), outras com funções de polícia em áreas específicas, a exemplo da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº. 9.984, de 17-7-2000), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (Lei nº. 9.782, de 29-1-2000), além de agências criadas nos âmbitos estadual e municipal. Isso significa que esses órgãos reguladores exercerão função normativa, porém dentro dos limites do princípio da legalidade.²⁴⁵

Cumpra anotar que a regulação é uma espécie de intervenção estatal com objetivos econômicos, ou efeitos econômicos, feita por autoridades para cuidar de um campo específico, mas também com poderes sobre a generalidade dos órgãos da economia.²⁴⁶

Aragão conceitua as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo:

(...) as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal vedada a exoneração *ad nutum*.²⁴⁷

Sobre a estrutura jurídica das agências reguladoras, Barroso disciplina terem elas sido criadas sobre a forma de autarquias, portanto, “com personalidade jurídica de Direito público”.²⁴⁸ Prossegue que se subordinam ao artigo 37, XIX, da Constituição Federal, sendo que sua criação e sua extinção são possíveis mediante lei específica. Acrescenta que as agências são “autarquias especiais, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público”.²⁴⁹

²⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito..., p.92.

²⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços ..., p.18.

²⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 274.

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Temas de Direito Constitucional – tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 285.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 286.

Quanto ao exercício de suas atribuições²⁵⁰, o mesmo autor narra caberem às agências “zelar pelo cumprimento dos contratos de concessão, fomentar a competitividade, induzir à universalização dos serviços, definir políticas tarifárias e arbitrar conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários”.²⁵¹

Justen Filho explicita que a “competência normativa abstrata das agências, no Direito brasileiro, tem de ser enquadrada como manifestação de discricionariedade”.²⁵² Revela, ainda, a “afirmação da possibilidade de as agências editarem normas regulamentares importa o cabimento de produção de normas gerais e abstratas, que regularão uma pluralidade indeterminada de situações”.²⁵³

Segundo Sundefeld, “não passa de fantasia, sem base alguma nos fatos e na teoria política, a suposição de que o poder normativo de autoridades administrativas de regulação seja o mesmo que o clássico poder de legislar; não o é, nem em tese, nem na prática”.²⁵⁴ Conclui afirmando que, “negar em princípio a possibilidade de um tal poder normativo, é rejeitar a regulação e, conseqüentemente, o intervencionismo estatal nela embutido”.²⁵⁵

Justen Filho afirma a impossibilidade de fundamentar algum poder normativo das agências diretamente na Constituição. Continua dizendo que “defender a existência de uma competência normativa primária para as agências envolveria

²⁵⁰ Em 2007, o Congresso aprovou 198 leis. Em compensação, apenas três das principais agências reguladoras produziram 1.965 resoluções. A Agência Nacional de Energia Elétrica editou 635, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, 726, e a Agência Nacional de Águas, 604. Mesmo sem considerar resoluções das outras sete agências federais (ANVISA, ANS, ANCINE, ANATEL, ANP, ANTAQ e ANAC), são quase dez vezes mais atos normativos. Nos estados, o cenário se repete. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a AGERGS produziu 580 resoluções enquanto a Assembléia Legislativa gaúcha elaborou apenas 188 leis estaduais. Existem agências em 19 estados e também no Distrito Federal. Em alguns, mais de uma, como São Paulo e Rio. (FALCÃO, Joaquim. *Agências Reguladoras e o Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4054:agias-reguladoras-e-o-poder-judicio&catid=74:artigos&Itemid=676>. Acesso em: 10.06.2009).

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Agências* ..., p. 305.

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito* ..., p. 518.

²⁵³ *Ibidem*, p. 519.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 37.

²⁵⁵ *Idem*.

reconhecer que dita competência teria sido retirada do Legislativo”, transferida para o Executivo.²⁵⁶

Cumpra mencionar, sobre a questão da compatibilização com o princípio da reserva legal, a lição de Barroso que, tratando das agências reguladoras, entende haver, além dos temas recorrentes como o poder regulamentar e as delegações legislativas, “a questão específica da chamada deslegalização que contrasta com os conceitos tradicionais ao contemplar a transferência de competências normativas primárias para uma entidade da administração.”²⁵⁷

Justen Filho diz que, no caso italiano, o regulamento autônomo surge em virtude de uma “decisão legislativa de delegificação, propiciando-se a revogação de leis anteriores por meio de regulamentos e o exercício pelo Executivo da competência normativa ampla.”²⁵⁸

A deslegalização ou delegificação diz respeito à atribuição de largos poderes normativos a órgãos ou atividades da Administração Pública”.²⁵⁹ Aragão entende que não há inconstitucionalidade na deslegalização, porquanto “não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria”.²⁶⁰

Também deve ser consignado que dos Estados Unidos vem a referência a interessante técnica anotada por Bruna, qual seja, a da regulamentação negociada (*negotiated rulemaking*). É facultada às agências estabelecer um procedimento de negociação, de caráter preliminar à fase na qual os interessados na matéria a ser decidida procuram alcançar uma redação consensual para a norma a ser integrada ao Edital de Proposta Regulamentar e posteriormente submetida ao rito normal previsto pelo APA (*Administrative Procedure Act*) para a edição de regulamentos.²⁶¹

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito ..., p. 504.

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências ..., p. 306.

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito ..., p. 508.

²⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências ..., p. 418.

²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 422-423.

²⁶¹ BRUNA, Sérgio Varella. Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 215.

Necessária a citação de tal procedimento, porque contém um princípio democrático, conforme tradição norte-americana, que pode servir para o aprimoramento das práticas administrativas nacionais.

Encerrado o debate a respeito do poder regulamentar e dos regulamentos na esfera do Poder Executivo, advém a análise do “poder regulamentar do CNJ”, no capítulo que segue.

Capítulo 2º. – DO PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O tema do poder regulamentar específico do Conselho Nacional de Justiça ainda não foi aprofundado exaustivamente pela doutrina. Para tratar do tema, no capítulo anterior, delineou-se o poder regulamentar existente no Brasil e quais os regulamentos admitidos por nosso sistema jurídico. Agora, para a elaboração específica do que foi descrito ao objeto da análise em tela, pretende-se estudar o órgão titular dessa atribuição - também no Direito comparado - e sob quais limites o referido poder pode ser utilizado.

Então, para se falar sobre o “poder regulamentar do CNJ” há que se investigar o órgão titular de referido poder, sua natureza, composição, estrutura, funcionamento, princípios e atribuições. Na sequência, tratar-se-á dos limites existentes para a utilização desse poder, como forma de defini-lo e até mesmo de possibilitar seu controle.

Atribuir uma competência regulamentar e fazer uso da mesma pressupõe, necessariamente, o estabelecimento de limites claros, dentro da técnica, especialmente se essa atribuição pressupõe certa dose de discricionariedade. Esses limites vão ser encontrados na lei, e, especialmente, na Constituição. Cite-se que até mesmo a atividade legislativa é limitada pela Carta Constitucional.

Desde já fica consignada advertência de Clève, Sarlet e Streck, quando dispõem que no Estado Democrático de Direito:

(...) é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre Direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo “leis e execução de leis”.²⁶²

²⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. Os limites constitucionais das resoluções do CNJ e do CNMP. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2007. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/publicacoes_artigos_mostra.php?id=5>. Acesso em 01.02.2008.

A Constituição tem sido utilizada como a fonte do poder regulamentar do CNJ, apesar de não dispor especificamente o campo de atuação em que esse poder regulamentar deve e pode ser usado, e não foi criada até o momento lei que regulamente a matéria. Já se fundamentou na doutrina brasileira a impossibilidade de ato administrativo autônomo inovar no sistema jurídico brasileiro, porém, como antes afirmado, a constitucionalidade *lato sensu* do CNJ já foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal. A discussão que se põe agora é quais são os limites desses atos regulamentares.

Clève, Sarlet e Streck esclarecem que “regulamentar é diferente de restringir”,²⁶³ e evidenciam:

(...) já se tem a sindicabilidade até mesmo em controle abstrato de atos normativos de outros poderes (leis em sentido material), como os regimentos internos dos tribunais, provimentos de Corregedorias, etc., muito mais será caso de controle de constitucionalidade a hipótese de os Conselhos virem a expedir resoluções restringindo Direitos e garantias pessoais, funcionais e institucionais.²⁶⁴

Em suma, o problema reside na verificação das características próprias do órgão titular do poder regulamentar em comento – o CNJ -, e os limites em que pode atuar, para então analisar a sua atuação prática no derradeiro capítulo desta obra.

2.1 Dos Conselhos de Justiça e seu Poder Regulamentar no Direito Comparado

Verifica-se a existência de conselhos ou comissões de natureza administrativa do Judiciário, em diversos países, com a função primordial de garantir a independência do Poder Judiciário. Há variações nos vínculos institucionais, número de membros, forma e requisitos de sua designação e atribuições. No Brasil, é uma “instituição independente ou autônoma, e de natureza constitucional”.²⁶⁵

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ Idem.

²⁶⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 174.

Sampaio discorre que a maior ou menor lista de atribuições do conselho também é um traço que distingue os países. Assim, na Dinamarca, na Irlanda e na Suécia, são encontradas instituições dotadas de mais poderes, veja-se:

a. primários, assim entendidas as competências para auxiliar na seleção dos membros judiciais e na adoção de medidas disciplinares; b. orçamentário-financeiros, para definir as prioridades orçamentárias, alocação e distribuição dos recursos, bem como o controle dos gastos; c. administrativos, de modo a supervisionar a administração da Justiça, a promover a uniformidade das leis, e, eventualmente, das decisões judiciais, sem perder o objetivo de otimizar as respostas jurisdicionais; d. regulamentar, de disciplina ordinária ou derivada; e. gestão das cortes, ao cuidar de suas instalações, recursos logísticos, seleção e treinamento dos juízes e dos demais funcionários da Justiça (modelo nórdico-europeu).²⁶⁶ Continua que a “Espanha, a França, a Itália e Portugal detêm conselhos menos poderosos, cabendo-lhes apenas a indicação de nomes para os cargos e de medidas disciplinares que se venham a demonstrar necessárias às condutas dos juízes em desacordo com a lei ou com o Código de ética (modelo latino-europeu).²⁶⁷

Acrescenta, ainda, que a “história dos conselhos judiciais está umbilicalmente ligada ao processo de independência do Poder judiciário na Europa Continental e, mais especificamente, na França e na Itália”.²⁶⁸ O Judiciário não fora pensado como um “Poder propriamente, senão como uma função especializada ou como um Poder invisível e nulo”. Pensava-se na soberania da Assembléia, mas a supremacia das liberdades levou a uma progressiva autonomia do Judiciário.²⁶⁹

Romano se refere a que um poder regulamentar geral que se firmou na Itália e na França, podendo o “chefe de Estado pode emanar regulamentos de execução, que contêm normas necessárias para executar as leis”.²⁷⁰

Pedersoli relata que “destoam as finalidades de implantação dos conselhos da magistratura no contexto europeu e no brasileiro”.²⁷¹ Entende que o “CNJ foi

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Ibidem, p. 177.

²⁷⁰ ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 355.

²⁷¹ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça: um estudo sobre a concretização normativa (in)direta da Constituição da República Brasileira

implantado não para garantir uma independência já consagrada, mas para controlar, fiscalizar a atividade administrativa e financeira do Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais, pelos juízes”.²⁷²

No modelo latino-europeu dominam os laços do Judiciário com o Executivo, cuidando-se mais das formas de ingresso na Magistratura e das questões disciplinares.²⁷³

Na França, o Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente da República, tendo por vice o Ministro da Justiça, além de 12 representantes do Judiciário e do Ministério Público por eles indicados, de um integrante do Conselho de Estado e de três nomes escolhidos pelo chefe de Estado. Estão entre suas competências a indicação ou recomendação de nomes ao Presidente da República para os postos judiciários. Não é raro que venha a público, por iniciativa própria, “repudiar atentados contra a independência dos Juízes, como sucedeu no início de 2006 com a convocação de magistrados para deporem perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada para apurar a regularidade da prestação jurisdicional no *affaire Outreau*, objetando o poder da comissão para inquiri-los sobre a elaboração de suas decisões”.²⁷⁴ Sampaio acrescenta que as “decisões do Conselho Superior francês podem ser revistas pelo Conselho de Estado, o que o define claramente como órgão puramente administrativo”.²⁷⁵

Em relação ao *Conseil Supérieur de La Magistrature*, frente aos fundamentos de ser órgão destinado à nomeação e função disciplinar dos magistrados, bem como às características fortemente administrativas da magistratura francesa, sua atribuição normativa é inexistente. Pedersoli leciona que sua “atuação ocorre, mormente, mediante cartas e pareceres destinados ao Presidente da República, bem como comunicações de caráter geral”.²⁷⁶

em nível regulamentar. Belo Horizonte, 2009. 93f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. P. 64.

²⁷² Idem.

²⁷³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 183.

²⁷⁴ Ibidem, p. 186.

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição..., p. 84.

Na Itália, ao Conselho Superior da Magistratura, previsto no art. 105 da Constituição de 1947, compete, tal qual o similar francês, atribuições de natureza administrativa e disciplinar.²⁷⁷ O *Consiglio Superiore della Magistratura* também é presidido pelo Presidente da República, compondo-se do Presidente da Corte de Cassação, do Procurador-geral, de dezesseis membros escolhidos pelo Judiciário dentre seus integrantes e de dez renomados juristas escolhidos pelo Parlamento para um mandato de 4 anos.²⁷⁸

O CSM tem suas atribuições previstas no artigo 10 da L. 24 marzo 1958, n. 195. Seu poder regulamentar se insere na “atividade paranormativa, a qual pode resultar na formulação de três atos distintos: regulamento interno, de administração e contabilidade; regulamento para a aprendizagem dos ouvintes judiciários; circulares, resoluções e diretivas”.²⁷⁹

Quanto ao poder regulamentar, no citado país, Romano narra exercer o Poder Judiciário tal atribuição em uma esfera muito limitada que “têm em geral eficácia apenas interna”.²⁸⁰

Royo destaca que, na Espanha, o poder regulamentar está previsto para realizar duas tarefas distintas. A primeira consiste na execução de uma vontade superior, que é a execução da lei, e, a segunda, no exercício da faculdade de autoorganização. A primeira se traduziria nos regulamentos executivos, e a segunda nos regulamentos administrativos. A Constituição espanhola não define o regulamento como fonte de Direito.²⁸¹

Nesse país, o *Consejo General del Poder Judicial* é integrado pelo presidente do Tribunal Supremo, e por vinte membros nomeados pelo Rei, para um mandato de cinco anos, sendo doze deles oriundos do Judiciário. Suas competências são de seleção e nomeação de Juízes, cursos de formação continuada, definição de promoções, regime disciplinar e o sistema de inspeções judiciais, dar apoio aos Juízes que se sintam

²⁷⁷ LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Conselho Nacional de Justiça e a Administração do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n.141, pp. 263-278, Nov. 2006. p. 272.

²⁷⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho ...*, p. 186.

²⁷⁹ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *A atribuição ...*, p. 75.

²⁸⁰ ROMANO, Santi. *Princípios ...*, p. 350.

²⁸¹ ROYO, Javier Pérez Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2002. P. 874.

atacados em sua independência, manifestar-se nos anteprojetos de Leis que digam respeito ao Judiciário ou ao exercício da função jurisdicional. É definido como órgão constitucional autônomo encarregado do governo dos Juízes.²⁸²

A disciplina do *CGPJ* está prevista no artigo 122 da Constituição Espanhola.²⁸³ Pedersoli narra que o poder regulamentar externo “manifesta-se pela edição de regulamentos notadamente executivos”. Continua que é “importante demarcar não ter sido tal competência prevista originariamente pelo legislador quando da edição da *Ley Orgánica del Poder Judicial*, em 1985, cabendo-a tradicionalmente ao Ministério da Justiça”. Conclui que, “obstaculizando-se a previsão concernente apenas à regulamentação interna, de fato já se podia constatar uma tendência *ad extra* nos regulamentos, o que evidencia o descompasso entre teoria e prática”.²⁸⁴

Na reforma de 1994, o legislador espanhol resolveu enfrentar a questão até então problemática e lacunosa sobre os limites do poder regulamentar do conselho espanhol, incluindo no artigo 110, item 2.º, da *LOPJ*, uma extensa e concreta enumeração de matérias a respeito do que podem versar os regulamentos do *CGPJ*, expressamente vedando a inovação de Direitos e deveres ou alterando seu conjunto.²⁸⁵

Pedersoli identifica que, apesar da jurisprudência, frente aos dispositivos da *LOPJ* e à doutrina espanhola, não há dúvidas de que o *CGPJ* não possui poder legislativo, nem mesmo tem acesso à Constituição espanhola, sua vez que há clara

²⁸² SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., pp. 186-187.

²⁸³ Artículo 122 - 1. La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

2. El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey, por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión. (ESPAÑA. Constitución (1978). Constitución Española. Disponible em: <http://www.senado.es/constitu/index.html>. Último acesso em 01.06.2009).

²⁸⁴ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição ..., p. 67.

²⁸⁵ Ibidem, p. 68.

submissão às leis. A atribuição regulamentar externa do *Consejo General del Poder Judicial* está sempre limitada em sua intensidade material.

Em Portugal, na lição de Canotilho, “os conselhos superiores de administração e gestão das magistraturas apresentam-se, no figurino constitucional, como órgãos de defesa da *independência externa* dos magistrados relativamente a outros poderes estranhos à organização judiciária”. Sustenta esta afirmação também em sua composição, o que indicaria que “não se trata de *órgãos de autogoverno* da magistratura ou do Ministério Público”.²⁸⁶ Observa, ainda:

... a composição mista – membros democraticamente eleitos pela AR e membros eleitos pelas magistraturas – aponta no sentido de órgãos independentes de administração da justiça mas sem as características dos esquemas organizatórios da <<automovimentação corporativa>>, livres de qualquer ligação à representação democrática.²⁸⁷

Assevera o autor que “eles <<legitimam>> a independência da magistratura furtando-a à <<opacidade corporativo-institucional>>”.²⁸⁸

Destaca, também “a presença de politicização de órgãos que pela sua própria razão de ser se destinam a assegurar a independência externa das magistraturas”. Adverte que as “funções dos conselhos superiores não podem perturbar a *independência interna* dos magistrados, isto é, o livre exercício da sua atividade sem quaisquer vínculos perante os órgãos dirigentes da magistratura ou dos tribunais superiores (a não ser os prescritos nas leis)”.²⁸⁹

Sobre Portugal, na continuidade, Sampaio lembra que o Conselho Superior da Magistratura é o “órgão de gestão e disciplina da Magistratura judicial, salvaguardadas as garantias institucionais de independência, inamovibilidade e da não-responsabilização pelas decisões tomadas pelos Juízes”. É composto também por dezesseis membros ordinários ou vogais, dois dos quais nomeados pelo Presidente da República, sete pelo Parlamento e sete pelo Judiciário, sendo um Juiz do Supremo

²⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*..., p. 598.

²⁸⁷ *Idem.*

²⁸⁸ *Idem.*

²⁸⁹ *Idem.*

Tribunal de Justiça, que exerce funções de vice-presidente, dois Juízes dos Tribunais de Relação e quatro Juízes de Direito. Os Juízes são eleitos por sufrágio secreto e universal, segundo o princípio da representação proporcional, por meio da elaboração de listas organizadas por um número de vinte eleitores, para um mandato de três anos, renovável por igual período e por uma só vez. Aos vogais que não sejam juízes é aplicável o regime de garantias dos magistrados judiciais. Os cursos e os estágios de formação para ingresso na carreira judicial ocorrem no Centro de Estudos Judiciários, acompanhados pelo CSM desde a primeira nomeação, lotando-os, transferindo-os promovendo-os, exonerando-os, apreciando-lhes o mérito profissional. Também exerce a ação disciplinar.²⁹⁰

O Conselho Superior da Magistratura português tem capacidade regulamentar *ad intra*, sendo que seus atos regulamentares repercutem apenas internamente, voltados à organização e ao funcionamento do próprio conselho.²⁹¹

O modelo Nórdico-Europeu caracteriza-se por uma relativa independência do Executivo e por assumir atribuições de autogoverno do Judiciário em sua quase plenitude. Por exemplo, na Suécia, foi instituído em 1975, tendo em sua composição um Diretor-Geral, quatro Juízes, sendo dois presidentes da Corte Suprema e dois Presidentes das Cortes de Apelação, dois membros do Parlamento, um advogado e dois representantes sindicais. Suas principais atribuições são formular o projeto de orçamento para o Judiciário, distribuí-lo entre os diversos ramos da Justiça e desenvolver e ordenar a política de custeio e investimento do Judiciário. Também recruta, treina e nomeia Juízes.²⁹²

A partir de 1960, diversos países também criaram seus Conselhos de Justiça. O Canadá criou o seu Conselho, em 1971, com o objetivo principal de promover a eficácia, a uniformidade e o aperfeiçoamento da qualidade dos serviços judiciários das Cortes. Faz investigações por meio de comissões de inquérito.²⁹³

²⁹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., pp. 188/189.

²⁹¹ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição ..., p. 83.

²⁹² *Ibidem*,. 192.

²⁹³ *Ibidem*, p. 195.

Em relação à Inglaterra, Romano ensina que “a Coroa e o Poder Executivo não têm um poder regulamentar se este não for conferido vez por outra pela lei”.²⁹⁴ Acrescenta que, mesmo nesses casos, são ordens condicionais (*provisional orders*), a ser apresentadas ao Parlamento, para aprovação formal.²⁹⁵

Quanto aos Estados Unidos, Romano justifica “o poder de *ordinance* ou de *administrative legislation*, que, porém, têm caráter especial e nem sempre bem definido”.²⁹⁶

A América Latina tem vivenciado um processo de reforma de suas instituições judiciárias com o objetivo de fortalecer a administração da Justiça, ora sob a forma de democratizar a prestação judiciária, mediante ampliação de vias de acesso e simplificação de procedimentos, ora sob inspiração moralizante ou econômica, por meio da criação de mecanismos de transparência e de controle dos gastos dos Tribunais. A crítica feita por Sampaio é que a criação de tal órgão nos moldes europeus, “poderia incidir na ingerência do poder Executivo no governo do Judiciário, especialmente ante a intervenção do Ministro da Justiça, com a criação de um órgão censor ou de controle administrativo a possibilita a ingerência de outros poderes”.²⁹⁷

Na Argentina, a reforma constitucional de 1994 previu a instituição do *Consejo de la Magistratura*, com a função de selecionar os magistrados e realizar a administração do Poder Judiciário. Os mandatos são de quatro anos, com uma recondução.²⁹⁸

As atribuições do *CM* encontram-se no artigo 114 da Constituição Federal argentina:

Artigo 114 – O Conselho da Magistratura, regulado por uma lei especial sancionada pela maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara, terá a competência da seleção dos magistrados e a administração do Poder Judiciário. O Conselho será eleito periodicamente de modo que se procure o equilíbrio entre a representação dos órgãos políticos resultante da eleição popular, dos juízes de todas

²⁹⁴ ROMANO, Santi. *Princípios* ..., p. 354.

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ Ibidem, pp. 344-345.

²⁹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho* ..., p. 196.

²⁹⁸ Ibidem, p. 197.

as instâncias e dos advogados de matrícula federal. Será integrado por outras pessoas do âmbito acadêmico e científico, no número indicado pela lei.

Serão suas atribuições: 1. Selecionar mediante concursos públicos os postulantes às magistraturas inferiores. 2. Emitir propostas em listas vinculantes, para a nomeação dos magistrados dos Tribunais inferiores. 3. Administrar os recursos e executar o orçamento que a lei assinale para a administração da justiça. 4. Exercer faculdades disciplinares sobre os magistrados. 5. Decidir a abertura do procedimento de remoção dos magistrados, e, se for o caso, ordenar a suspensão, e formular a acusação correspondente. 6. Ditar os regulamentos relacionados com a organização judiciária e tudo aquilo que seja necessário para assegurar a independência dos juízes e a eficaz prestação dos serviços da Justiça.²⁹⁹ [tradução nossa]

Argentina, ainda, o *CM* sofreu em 2006 uma reforma para o seu aprimoramento. Tal reforma resultou na redução de seu poder regulamentar, bem como de seus integrantes, que passaram de 20 para 13 conselheiros. Os regulamentos objetivam a melhora da administração do Poder Judiciário e fortalecer sua independência, mas “vem ocorrendo a invasão da seara de competência do Poder Legislativo”.³⁰⁰

No continente asiático, países como o Japão garantem a independência dos Juízes mesmo sem Conselhos de Justiça. A Suprema Corte se encarrega de escolher os magistrados, submetendo listas de nomes ao Conselho e Ministros. Existe o mandato de dez anos, prorrogável por igual período. A Corte, porém, possui forte caráter político, pois seus membros são escolhidos pelo governo, logo após as eleições, no

²⁹⁹ Artículo 114.- El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultante de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinares sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia. (ARGENTINA, Constituição (1994). Constitución de la Nación Argentina. Disponível em http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf. Acesso em 01.06.2009.)

³⁰⁰ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição..., p. 87.

caso de queda de um Gabinete, ou a cada dez anos. Não há, também, autonomia orçamentária e financeira.³⁰¹

Na lição de Sampaio, na quase totalidade dos demais países, o Judiciário praticamente não possui independência, com forte dependência do Presidente da República, que nomeia e exonera Juízes, bem como não há independência financeira.³⁰²

No que se refere à China:

(...) nem juízes nem promotores precisam ser necessariamente formados em Direito. Em 2000, apenas 9% dos magistrados chineses tinham curso superior. A seleção é feita pelo Comitê local do partido comunista e confirmada, invariavelmente, pelo Congresso do Povo da região. Não existem regras claras sobre o processo e critérios de escolha dos candidatos, sendo que a remoção dos Juízes segue mais a vontade dos líderes partidários do que apuração contraditória de descumprimento de deveres funcionais. Ou seja, o Partido exerce o controle da atuação judicial, inclusive discutindo os casos mais importantes e sugerindo soluções ou encaminhamentos. Havendo divergência de um Tribunal sobre determinado assunto, o fato é relatado ao Comitê, admitindo-se a revisão do julgamento.³⁰³

Na Índia, há ativismo da Suprema Corte e das instâncias judiciárias inferiores, mas o país não tem Conselho Judicial. Há notícia de um elevado índice de corrupção do Judiciário. Quanto ao Oriente Médio, verifica-se que quase todos os países possuem previsão constitucional de um Conselho da Magistratura, mas este possui dependência administrativa e orçamentária em relação ao Executivo.³⁰⁴

Esclarece-se haver clara diferença entre os conselhos europeus e o Conselho Nacional de Justiça brasileiro, especialmente pela adoção do regime parlamentarista naquele continente, e presidencialista, neste. No parlamentarismo, há clara preponderância do Poder Legislativo, sendo que o Poder Executivo, em sua atuação, tem de contar com a confiança daquele, sob pena de convocação de novas eleições. Assim, resta facilitada a fiscalização e a limitação da utilização de referido poder regulamentar.

³⁰¹ Ibidem, p. 229.

³⁰² Idem.

³⁰³ Ibidem, p. 234.

³⁰⁴ Ibidem, p. 235.

2.2 Do Conselho Nacional de Justiça

Há casos em que a defesa da Magistratura, por meios jurídicos, ou seja, pela preservação da independência funcional do Magistrado junto ao próprio Poder Judiciário, não é suficiente, fazendo-se necessário medidas políticas para complementá-las. Nesse fundamento, além da defesa dos presidentes dos Tribunais e de associações corporativas, é que reside a justificativa primeira da existência de Conselhos de Justiça. Como se quer comprovar, no desenvolvimento da presente obra, essa é e deve ser a função primordial do Conselho Nacional de Justiça.

Como antes referido, para o aprimoramento do Poder Judiciário ocorreu a reforma do Poder Judiciário introduzida pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004³⁰⁵. Desta reforma, destaca-se a criação do Conselho Nacional de Justiça, como base fundamental para a garantia da independência de referido Poder, correção de suas irregularidades e aprimoramento funcional, legislativo³⁰⁶, e mesmo na aplicação do Direito, de maneira ampla.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado em 31 de dezembro de 2004. Sua instalação ocorreu em 14 de junho de 2005, contando com 15 conselheiros, aprovados pelo Senado e então nomeados pelo Presidente da República. Suas principais competências estão estabelecidas no artigo 103-B da Constituição, regulamentadas no artigo 4º. de seu regimento interno³⁰⁷ e atribuídas ao Plenário. Deve se anotados

³⁰⁵ No final dos anos 90, a reforma do Poder Judiciário virou prioridade de governo, por atrasos na venda da Vale do Rio Doce. Foram editadas as Leis 9.868 e 9882, regulamentando processo e jurisdição constitucional, sendo aberto o processo aos *amici curiae*. Simultaneamente, algumas vozes no Congresso Nacional começaram a alardear quanto corruptos eram os juízes, nomeadamente os da Justiça do Trabalho, e, por isso, necessário um controle externo e não corporativo de sua atividade. Com a entrada na presidência do STF de Nelson Jobin, mudou-se totalmente de direção, sendo que este era favorável ao controle externo do Judiciário. A proposta de número 29/2000 foi aprovada com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, promulgada em 08.12.2004, introduzindo precipuamente as seguintes mudanças: a) a criação do Conselho Nacional de Justiça; b) a criação da súmula vinculante; c) a extensão da eficácia vinculante às decisões definitivas em ação direta de inconstitucionalidade etc. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de justiça e a independência do Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 107).

³⁰⁶ Recordar-se que o CNJ pode sugerir projetos de lei.

³⁰⁷ Art. 4º. Ao Plenário do CNJ compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, o seguinte:

também, que uma de suas principais finalidades é zelar para que o Poder Judiciário cumpra os princípios contidos no artigo 37 da Constituição Federal³⁰⁸

2.2.1 Da natureza do CNJ

O Conselho Nacional de Justiça, segundo Sampaio, é “órgão administrativo-constitucional do Poder Judiciário da República Federativa do Brasil com *status* semi-autônomo ou de autonomia relativa”.³⁰⁹ A estatura constitucional decorre da sua presença no texto da Constituição. Diz que:

(...) 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.³¹⁰

Continua Sampaio ainda:

(...) há algo que o *status* constitucional, associado à composição híbrida de juízes, membros do Ministério Público, advogados e cidadãos, modifica na perspectiva puramente jurídica de suas funções, elevando-as a uma dimensão quase política, político-constitucional, especialmente quando o enxergamos na interlocução entre Poderes e com a sociedade, como órgão com as finalidades precípuas de controle e de garantia da independência do Judiciário.³¹¹

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;

...

³⁰⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

³⁰⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 264.

³¹⁰ Idem.

³¹¹ Idem.

Sampaio completa a definição com base no STF:

Não é, todavia, órgão da União, mas instituição federal de âmbito nacional. Esse caráter federativo do Conselho já foi afirmado pelo Supremo Tribunal, sob argumento de que a jurisdição, como expressão da unidade da soberania do Estado, é também una e indivisível, o que diferencia normativamente o Poder Judiciário do demais Poderes. A sua divisão orgânica em diversos ramos ou “Justiças”, para nosso interesse, federal e estadual, reflete apenas a distribuição racional do trabalho de jurisdição entre diferentes órgãos (ADI n. 3.367-DF). A nos ligarmos apenas aos termos em que o definiu o Tribunal nesse julgado, o CNJ é órgão administrativo nacional de controle interno, “democratizado na composição por meio da participação minoritária de representantes das áreas profissionais afins” (§ 11 do voto do Ministro Cezar Peluso)³¹².

Deve ser entendido que o CNJ é vinculado ao STF, não possuindo autonomia orçamentária ou financeira, como se depura do texto constitucional³¹³, não podendo ser caracterizado como autônomo.³¹⁴ A inclusão do órgão dentro do Poder Judiciário permitiu que não violasse o princípio da independência do desse Poder, como antes anotado.

2.2.2 Composição e estrutura do CNJ

O órgão titular do poder regulamentar em comento é composto de 15 membros com mais de 35 e menos de 66 anos de idade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

São órgãos do Conselho o Plenário, a Presidência, a Corregedoria Nacional de Justiça, os Conselheiros, as Comissões, a Secretaria-Geral, o Departamento de Pesquisas Judiciárias – DPJ – e a Ouvidoria (Regimento Interno do CNJ, art.2.º).

³¹² Idem.

³¹³ Conforme artigos 92 e seguintes da Constituição Federal, que colocam o Supremo Tribunal Federal na cúpula do Poder Judiciário e atribuem capacidade administrativa aos Tribunais.

³¹⁴ Necessário recordar que o Supremo Tribunal Federal, além de ser o Tribunal que se situa na cúpula jurisdicional nacional, também possui competência administrativa, pertinente ao Poder Judiciário.

Os conselheiros³¹⁵ são selecionados de várias profissões jurídicas. Importante destacar que acadêmicos não integram o CNJ, como ocorre nos conselhos de outros países da América Latina. São nove magistrados, dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos, oficiando ainda no CNJ o procurador-geral da República e o presidente do Conselho Federal da OAB. Dentre os magistrados são três ministros, três juízes de segundo grau e três de primeiro grau, havendo diversidade de ramos: Justiça Especial (STF, STJ e TST), e a Justiça Comum. Essa composição reafirma os princípios democrático e federativo, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na citada ADI n. 3.367-DF.

2.2.3 Princípios do CNJ

Os princípios são estabelecidos pelo Regimento Interno, enquanto não sobrevém o Estatuto da Magistratura, e, segundo Sampaio, constituem-se nos seguintes³¹⁶:

2.2.3.1 Princípio da oficialidade

O CNJ pode adotar providência de ofício quanto aos seus procedimentos, sem necessidade de provocação, o que caracteriza a natureza de órgão puramente administrativo.³¹⁷

2.2.3.2 Princípio do formalismo mitigado

³¹⁵ Conforme o §3º. do art. 10 do RICNJ, Os Conselheiros têm as mesmas garantias que a magistratura, exceto, é claro, a vitaliciedade, ante o mandato eletivo. Ou seja, possuem as mesmas prerrogativas, impedimentos constitucionais, suspeições e incompatibilidades que regem a carreira da magistratura, repita-se, enquanto perdurar o mandato. Deve ser aplicado juízo analógico ao artigo 95, parágrafo único, e 127, §5º., inciso II da CF, quando da mera assunção da função de conselheiro.

³¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., pp. 291-296.

³¹⁷ Idem.

Não há formas rígidas na elaboração do processo de controle de ato administrativo, mas há um formalismo mínimo. O processo é gratuito e todos os atos da instrução processual devem ser realizados da forma menos onerosa aos interessados (Lei nº. 9.784/1999, art. 29, §2º.).

2.2.3.3 Princípio da gratuidade

Não podem ser cobradas despesas processuais do interessado ou da parte até que haja previsão constitucional.³¹⁸

2.2.3.4 Princípio da ampla defesa e do contraditório

Por determinação constitucional (Constituição Federal, art. 5º., LV), são assegurados o contraditório e a ampla defesa, especialmente ante a possibilidade da aplicação de sanção no processo litigioso.³¹⁹

Assim, *verbi gratia*, tão logo proposto o processo administrativo, o relator dá conhecimento à autoridade que praticou o ato, determinando sua oitiva, e, por edital, dos eventuais beneficiários de seus efeitos, no prazo de 15 dias. A intimação do interessado e da autoridade deve ser feita para que tomem ciência de atos que lhes possam resultar em deveres, ônus, sanções ou restrições de Direitos e atividades ou de atos, em geral, de seu interesse, bem como para apresentarem provas ou prestarem informações, sempre com o prazo mínimo de três dias. Intimação irregular pode ensejar nulidade, mas o não cumprimento do ato que determinou a intimação não importará em revelia ou qualquer presunção de veracidade. Não são aceitáveis provas obtidas por meios ilícitos, em virtude de mandamento constitucional.³²⁰

2.2.3.5 Princípio da publicidade

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ Idem.

³²⁰ Idem.

O processo é público, podendo ter acesso aquele que demonstrar interesse. As sessões são públicas, com a exceção da presença de sigilo constitucional e Direito à intimidade.³²¹

2.2.3.6 Princípio da participação social

A Lei nº. 9.784/1999, segundo Sampaio, prevê três mecanismos de participação social aplicáveis: “a consulta pública (art. 31), a audiência pública (art. 32) e a participação dos administrados diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidos (art. 33)”.³²² As duas primeiras ocorrem quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral ou de grande relevância e o Conselho entender necessária a manifestação de terceiros ou a realização de audiência pública. A abertura de consulta pública deve ser objeto de divulgação pelos meios oficiais, fixando-se prazo para alegações escritas. Os resultados devem ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.³²³

Imagina-se que o CNJ deve adotar a mesma postura do STF quanto à participação da sociedade, ou seja, de consulta pública, ou, ao menos, às associações de classe e aos diversos Tribunais, também pelo princípio democrático, plenamente aplicável ao novo órgão.

2.2.3.7 Princípio da celeridade

O princípio da celeridade vem expresso nos vários prazos prescritos. Os prazos não serão suspensos e começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. Eventual irregularidade ou vício processual só deve importar nulidade se ocorrer efetivo prejuízo ao controlado, investigado ou processado.³²⁴

³²¹ Idem

³²² Idem.

³²³ Idem.

³²⁴ Ibidem, pp. 294-296.

72.2.3.8 Princípio da motivação

Também em obediência ao artigo 93, IX e X da Constituição Federal³²⁵, qualquer decisão tomada pelo Conselho Nacional de Justiça deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Em conclusão, se um ato administrativo for considerado ilegal, ilegítimo ou antieconômico, nos termos do Regimento, “não ilidido o fundamento” do pedido ou da proposição (art. 95), o plenário determinará: a) a sustação da execução do ato impugnado; b) a desconstituição ou a revisão do respectivo ato administrativo; c) o afastamento da autoridade competente pela prática do ato impugnado, fixando prazos para que sejam adotadas as providências necessárias ao exato cumprimento da lei ou dos atos do Conselho.³²⁶

2.2.4 Dos procedimentos

Os procedimentos estão exhaustivamente previstos no Título II do Regimento Interno do CNJ aprovado recentemente. As sessões do Plenário podem ser ordinárias ou extraordinárias. O “quorum” mínimo exigido é de dez de seus integrantes.

As decisões do Plenário do Conselho e das comissões serão tomadas pelo voto da maioria simples dos Conselheiros presentes, exceto nos casos em que haja exigência de quorum qualificado.

2.2.4.1 Do procedimento de elaboração dos regulamentos

³²⁵ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do Direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004);

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004)

³²⁶ Idem

O Artigo 102 do novo Regimento Interno do CNJ dispõe que o Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante resoluções, instruções ou enunciados administrativos e, ainda, recomendações.

A proposta da edição de ato normativo ou regulamento tem a iniciativa de Conselheiro ou resulta de decisão do Plenário quando apreciar qualquer matéria, ainda quando o pedido seja considerado improcedente, podendo ser realizada audiência pública ou consulta pública. A edição do ato normativo deverá ser apreciada em duas seções plenárias, salvo em caso de urgência, sendo seus efeitos também decididos em plenário. Terão força vinculante, após sua publicação no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do CNJ, devendo mencionar os atos legislativos em que se fundamentam.

2.2.4.2 Do procedimento para a elaboração dos demais atos

O Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça também estabelece os ritos procedimentais dos demais atos atribuídos aos Conselhos, com a aplicação subsidiária da Lei 9.784/1999, que fogem do foco do presente estudo.

Cumprе mencionar, a título de ilustração, que em caso de suspeita de irregularidade, a autoridade pública e os cidadãos representam ao CNJ contra os membros ou órgãos do Poder Judiciário e seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro. Todo pedido que não possua designação específica será incluído na classe de “pedido de providências”. As reclamações ou denúncias relativas aos magistrados e aos serviços judiciários devem ser feitas ao Ministro-Corregedor. Esta competência é concorrente à das Corregedorias dos Tribunais, podendo o CNJ avocar o processo em trâmite.

2.2.5 Das atribuições do CNJ

As atribuições do CNJ, conforme introduzidas pela Emenda 45/2004, tem sua previsão no artigo 103-B, §4º. da Constituição Brasileira³²⁷, competindo ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos Juízes, e precipuamente deve zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, por sua competência, ou recomendar providências.

O Conselho brasileiro se afasta dos modelos criados, na Europa, pois não possui poderes de iniciativa de lei nem de coordenação dos processos seletivos e dos cursos de aperfeiçoamento dos Juízes ou do sistema de promoções, apesar de ter editado regulamentos regulando referidas matérias. Em suma, a função de controle resta mais destacada que a principal missão dos órgãos semelhantes dos modelos europeu-latino e nórdico, qual seja, a de garantir a independência do Poder Judiciário. Concluímos com Sampaio, registrando ter ficado sem delineamento a defesa do Poder Judiciário contra outros Poderes e órgãos da administração pública, seja por “ataques

³²⁷ § 4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

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

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

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

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

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

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

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

institucionais, pela imprensa, ou verbais, tanto à independência como poder, quanto às suas prerrogativas e funções”.³²⁸

Para a função precípua de garantir a independência do Poder Judiciário é que o texto constitucional antecipa as atribuições desenvolvendo tais competências, admitindo que o Estatuto da Magistratura venha acrescentar outras. Cite-se novamente que os modelos europeus de conselhos judiciais em países parlamentaristas, onde não há divisão de poder tão clara quanto no sistema presidencialista, facilitando a fiscalização de atos executivos.³²⁹

Dispõe o artigo 91 do RICNJ que o CNJ é instância de controle da legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário. Pode ser exercido de ofício ou mediante provocação. Tal controle busca a legalidade material ou substancial, intimamente associada à legitimidade, economicidade e eficiência. Em suma, visa à boa administração. O Conselho detém, então, um significativo campo de sindicância dos atos e poderes de gestão.³³⁰

Sampaio leciona que tais “atribuições são políticas, administrativas, correccionais, disciplinares, informativas e propositivas ou opinativas”.³³¹

2.2.5.1 Das atribuições políticas

As atribuições políticas se referem à adoção de medidas destinadas a zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo, para tanto, expedir atos regulamentares por de sua competência ou recomendar providências, além de sua própria gestão.³³²

Verifica-se que residir aí a função primordial dos demais Conselhos, conforme modelo originalmente elaborado, qual seja, a de ser garantia da autonomia do Judiciário. Tendo poder de preservar a autonomia interna, deve-se imaginar ter formas

³²⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 273.

³²⁹ Ibidem, p. 274.

³³⁰ Ibidem, p. 288.

³³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 274.

³³² Idem.

de resguardá-la frente a de terceiros, ou seja, o Conselho deve zelar pela autonomia ao adotar o papel de gestor estratégico dos recursos administrativos, humanos, logísticos e financeiros do Judiciário.

Deve o Conselho definir e fixar, com a participação dos órgãos do Poder Judiciário, podendo ser ouvidas as associações nacionais de classe das carreiras jurídicas e de servidores, o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário, visando ao aumento da eficiência, da racionalização e da produtividade do sistema, bem como ao maior acesso à Justiça.³³³

Essa atribuição deve ser cumprida com estudos e pesquisas de modo a reunir e consolidar dados sobre os diferentes ramos e instâncias, identificando as deficiências relativas e globais da máquina judiciária, os pontos de estrangulamentos, as sobrecargas e os desperdícios de tempo e disponibilidades. O “diagnóstico é a etapa necessária para desenvolver um planejamento integrado e para instalar um modo de gerenciamento profissionalizado dos recursos judiciários e, tanto que possível, das associações de que fala o Regimento, mas também da sociedade”.³³⁴

Sampaio observa-se ser 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 por objetivos e metas, definindo diretrizes da política administrativa e planos de desenvolvimento dos recursos humanos, físicos, e logísticos”. Conclui que essa transformação “certamente encontrará resistências na prática do autogoverno dos tribunais administrados em células e de autoconfiança e imprevisto”.³³⁵

Esse mandamento constitucional, apesar de não conter expressamente a imposição de cumprimento, é autoaplicável e pode resultar em falta funcional a sua não-observância.³³⁶

³³³ Ibidem, p. 275.

³³⁴ Idem.

³³⁵ Idem.

³³⁶ Idem.

Em suma, o mandamento atribuído ao Conselho é recomendar providências, ou seja, emitir ordens, aos integrantes e servidores do Judiciário, desde que não afetem o poder jurisdicional daqueles, podendo emitir também as sanções cabíveis pelo descumprimento de mandado de autoridade competente. Tais sanções podem ser administrativas ou penais, desde que anteriormente previstas. Há também a hipótese da responsabilização civil. Obriga a diligências e respostas, mas não se vincula a resultados.³³⁷

O Conselho também possui relativa autonomia, tendo atribuições relativas à sua própria administração, como elaborar seu regimento interno, bem como a competência de seus órgãos internos. Provê, por concurso, os cargos necessários à sua administração, além dos cargos em comissão. Também edita enunciados interpretativos com força normativa do Poder Judiciário. Alterações legislativas, de cargos e orçamentárias, porém, dependem de iniciativa do STF.³³⁸

2.2.5.2 Das atribuições administrativas

Cabe ao Conselho verificar e zelar quanto ao Cumprimento pelo Poder Judiciário do artigo 37 da Constituição Federal, especialmente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, é instância de controle da legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, há menos de cinco anos, podendo desconstituí-los, revê-los, ou fixar prazo para que adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.³³⁹

2.2.5.3 Das atribuições correcionais e disciplinares

O Conselho Nacional de Justiça também possui atribuições correcionais e disciplinares. Tais atribuições podem ser exercidas por iniciativa originária ou por avocação de processos em trâmite nas Corregedorias dos Tribunais. Possui também

³³⁷ Ibidem, p. 286.

³³⁸ Ibidem, p. 287.

³³⁹ Ibidem, pp. 287-288.

competência revisional, procedendo à revisão dos processos disciplinares de Juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano. Esse prazo é decadencial e conta-se da publicação da decisão.³⁴⁰

A Corregedoria do Conselho pode realizar, sem prejuízo das atribuições das Corregedorias dos Tribunais, inspeções e correições para a apuração de fatos relacionados com deficiências graves dos serviços judiciais e auxiliares, das serventias e dos demais órgãos auxiliares.³⁴¹

A sindicância é o procedimento investigativo sumário levado a efeito pela Corregedoria do Conselho, com prazo de conclusão não excedente a 30 dias, prorrogável por igual período, destinado a apurar irregularidades nos serviços judiciais e auxiliares, nas serventias e nos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro. É procedimento unilateral e preparatório, sem necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa – porém, com cientificação dos envolvidos -, podendo, em se verificando a presença de elementos indiciários da prática de atos irregulares, bem como da autoria, dar ensejo à adoção de processo disciplinar.³⁴²

A reclamação disciplinar é proposta contra membros ou órgãos do Poder Judiciário e servidores auxiliares. Versa sobre atos irregulares. Se verificado que o ato irregular configura infração e não está prescrito, será instaurada sindicância. O investigado será ouvido, tendo o prazo de 15 dias para a apresentação de alegações preliminares, indicando as provas que entende pertinentes. Ao final da instrução, será apresentado pelo sindicante relatório, cabendo ao Ministro-Corregedor propor ao Plenário as penalidades que entende cabíveis (advertência ou suspensão) ou a instauração de processo disciplinar. Pode também propor o arquivamento do feito. Serão aplicáveis ao magistrado as regras previstas no Estatuto da Magistratura e, aos funcionários, as regras previstas na legislação pertinente.³⁴³

O processo disciplinar destina-se a apurar a responsabilidade do magistrado e dos servidores do Poder Judiciário e serviços auxiliares, por infração grave cometida

³⁴⁰ Ibidem, pp. 296-297.

³⁴¹ RICNJ, artigo 48.

³⁴² RICNJ, artigos. 60 a 66.

³⁴³ RICNJ, artigos 67 a 72.

no exercício de suas atribuições. O procedimento está previsto no Estatuto da Magistratura, incluídas as penas disciplinares, aplicando-se, também, as Leis nº. 8.112/1990 e nº. 9.784/1999, no que não forem incompatíveis. Existem três exigências fundamentais: a oportunidade de defesa prévia; o Direito à defesa técnica e o Direito à instrução probatória. Das decisões monocráticas cabe recurso ao Plenário, e quanto às decisões colegiadas, apenas pedidos de esclarecimentos. Caberá também recurso ao Supremo Tribunal Federal.³⁴⁴

No julgamento de processo disciplinar contra membro do Judiciário, o Conselho pode determinar-lhe, pelo voto da maioria absoluta, a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas. Não pode decretar a perda do cargo frente à garantia da vitaliciedade, sendo que tal sanção depende de sentença judicial transitada em julgado. Tal atribuição sancionatória também se estende aos funcionários e auxiliares do Poder Judiciário.

Está prevista, ainda, a representação por excesso de prazo injustificado, que será formulada contra magistrado, servidor judiciário ou de serviços auxiliares, a ser proposta de ofício pelos Conselheiros, pelos Presidentes dos Tribunais, pelo Ministério Público, ou por qualquer interessado. O procedimento é semelhante ao da Reclamação Disciplinar.³⁴⁵

No caso da presença de elementos que indiquem séria suspeita de parcialidade, na condução de processo disciplinar nas Corregedorias dos Tribunais, pode o Conselho Nacional de Justiça avocar o feito, após a oitiva do magistrado ou servidor, por deliberação pelo Plenário. Recebido o feito avocado, podem ser aproveitados os atos já realizados.³⁴⁶

Mediante provocação de qualquer interessado ou de ofício, poderão ser revistos quaisquer processos disciplinares julgados há menos de 1 ano, dependendo dos seguintes requisitos de admissibilidade: decisão contrária ao texto expresso da lei ou à prova dos autos; a decisão se fundar em perícias, documentos ou depoimentos

³⁴⁴ RICNJ, artigos 73 a 77.

³⁴⁵ RICNJ, artigo 78.

³⁴⁶ RICNJ, artigos 79 e 80.

comprovadamente falsos; após ser proferida a decisão, surgirem novas provas. Não se admite, porém, reiteração do pedido de revisão. Julgada procedente a revisão, pode o infrator ser absolvido ou condenado, podendo também ser alterada a classificação da infração, modificada a pena e anulado o processo.³⁴⁷

2.2.5.4 Das atribuições informativas

A atribuição informativa ocorre precipuamente através de dois relatórios: um semestral, que reúne os dados estatísticos sobre processos e sentenças prolatadas, e, outro, anual, apresentando a situação do Poder Judiciário no país e as atividades do Conselho. Nesse relatório o Conselho Nacional de Justiça deve também sugerir as providências que julgar necessárias. Tem sido sugeridas propostas de Lei, alocação de recursos especialmente para a informatização do Poder Judiciário, o que vem ocorrendo.³⁴⁸

Como exemplo, citamos ter o CNJ apresentando relatório, constando haver tramitando durante o ano de 2008 três milhões de processos no 2º. grau da Justiça Estadual, dentre eles, 1,8 milhão ingressos neste ano. Foram, ainda, julgados 1,7 milhão de processos. Isso sugere um crescimento gradual na carga de trabalho ao longo dos anos, associado a uma redução da taxa de congestionamento, ao passo que, entre 2004 e 2008, a taxa de congestionamento foi reduzida em 10% (de 52,8% para 42,5%), a carga de trabalho aumentou de 1.441 para 2.066, ou seja, com incremento de 625 processos para cada magistrado, demonstrando uma maior efetividade dos juízes.³⁴⁹

2.2.5.5 Das atribuições propositivas ou opinativas

³⁴⁷ RICNJ, artigos 82 a 88

³⁴⁸ Ibidem, p. 303.

³⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2008: principais fatos e análise da série histórica. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em 10.6.2009.

O Conselho pode apresentar sugestões de leis para a modificação do sistema processual, como decorrência de seu papel de planejamento. Pode sempre sugerir projetos de lei do interesse do Poder Judiciário.

A iniciativa de proposta de Emenda regimental cabe a qualquer Conselheiro ou Comissão do Conselho. Recebida a proposta, esta será numerada e remetida, por cópia, aos Conselheiros, para o oferecimento de Emendas, no prazo de quinze dias. A proposta, acompanhada da respectiva Emenda ou grupo de Emendas, será distribuída, por sorteio, a um Relator, que, no prazo de trinta dias, dará parecer e submetê-la-á à discussão e votação. As Emendas considerar-se-ão aprovadas se obtiverem o voto favorável da maioria absoluta do Plenário do Conselho.³⁵⁰

Os casos omissos serão resolvidos pelo Plenário e, posteriormente, tais ritos devem vir a ser estabelecidos pelo Estatuto da Magistratura.³⁵¹

2.3 Dos Limites do Poder Regulamentar do CNJ

Delineadas as características do órgão titular do poder regulamentar em comento, o que atribuirá características próprias ao regulamento a ser emitido, cabe verificar sob quais limites o Conselho poderá exercer a atribuição.

Em um primeiro momento, entende-se que o Conselho Nacional de Justiça tem o poder de expedir atos regulamentares com o objetivo específico de controle do Poder Judiciário, a partir de situações concretas que surjam no exercício das atividades de judicatura.

Sampaio cristaliza a definição de tal poder:

O poder regulamentar importa a disciplina interna de funcionamento (art. 5º., §2º., E.C. nº. 45/2004) e o detalhe executivo do Estatuto da Magistratura, sem todavia inovar a ordem jurídica. Como é próprio desse poder, pelo menos, na forma executiva como é admitido no Brasil, domina a ideia de proposta de interpretação ou de desenvolvimento da lei, sem poder alterar nem a sua letra nem o seu espírito. Embora o regulamento não se limite a repetir o texto da lei, tem por função precípua

³⁵⁰ RICNJ, artigos 135 e 136.

³⁵¹ RICNJ, artigo 138.

minudenciar a disciplina normativa que torne a lei mais exequível e operativa, integrando-a com um residual poder de colmatação de suas lacunas de natureza técnica, ainda que a dúvida séria deixada pelo legislador não possa vir a ser por ele resolvida. Não pode, por conseguinte, permitir o que a lei proíba ou ordenar o que a lei não obriga; nem alterar, restringir ou ampliar Direitos, deveres, ações ou exceções; tampouco é dado exemplificar o que o legislador definiu por taxativo, ou suspender ou adiar a execução da lei, instituir tribunais ou criar autoridades públicas, nem tampouco estabelecer formas de exteriorização de um ato, diferentes daquelas determinadas por lei³⁵².

Tal definição acerta em resumir os limites fundamentais em que deve o CNJ trabalhar, para validar a juridicidade do ato administrativo regulamentar expedido.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem dado interpretação mais ampliada ao poder regulamentar. A expressão “no âmbito de sua competência” é interpretada em escala que alcança a disciplina direta da própria Constituição, especialmente em questões disciplinares e nas “matérias políticas, administrativas, ouvidorias, correcionais, sancionatórias, informativas e opinativas (ADCMC n. 12-DF)”, e por isso não haveria invasão na de atuação do legislador ou violação ao princípio federativo. Evidente que os regulamentos atingem apenas o Poder Judiciário, com exceção do STF.³⁵³

Na Espanha, o artigo 110 da Lei Orgânica do Poder Judiciário esclarece o artigo 122.2 da Constituição Espanhola, ao tratar do poder regulamentar do *Consejo General Del Poder Judicial*. Menciona que os regulamentos poderão regular condições acessórias para o exercício dos Direitos e deveres que compõem o estatuto judicial sem inovar os Direitos ou alterar os deveres em seu conjunto. Possui também uma lista de matérias passíveis de regulamentação, como o sistema de ingresso, promoções, regime dos funcionários.³⁵⁴

Pedersoli narra que, apesar da jurisprudência, frente aos dispositivos da *Ley Orgánica del Poder Judicial* e à doutrina espanhola, não há dúvidas de que o *Consejo General del Poder Judicial* não possui poder legislativo, nem mesmo tem acesso à Constituição Espanhola, porque há clara submissão às leis. A atribuição regulamentar

³⁵² SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 277.

³⁵³ Ibidem, p. 279.

³⁵⁴ Ibidem, p. 278.

externa do *Consejo General del Poder Judicial* está sempre limitada em sua intensidade material.

Retornando à EC 45, ante a possibilidade por ela franqueada de que o conselho pode editar atos regulamentares “não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações”.³⁵⁵ Verifica-se que o Conselho enfrenta, portanto, duas limitações: “uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito à impossibilidade de ingerência nos Direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”.³⁵⁶ Encontra-se, então, a “cláusula de proibição de restrição a Direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional”.³⁵⁷ Em outras palavras, “não se concebe - e é nesse sentido a lição do Direito alemão - regulamentos de substituição de leis (*gesetzvertretende Rechtsverordnungen*) e nem regulamentos de alteração das leis (*gesetzändernde Rechtsverordnungen*)”.³⁵⁸ É neste sentido que se fala de uma “evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar”.³⁵⁹

Lecionam os professores Clève, Sarlet e Streck:

Tratando-se, desse modo, de atos de fiscalização administrativa, estes apenas podem dizer respeito a situações concretas. Neste caso, deverão observar, em cada caso, o respeito aos princípios constitucionais, em especial, o da proporcionalidade, garantia fundamental do cidadão enquanto asseguradora do uso de meios adequados pelo poder público para a consecução das finalidades (previstas, como matriz máxima, na Constituição). Há, assim, uma nítida distinção entre a matéria reservada à lei (geral e abstrata) e aos atos regulamentares. A primeira diz respeito à previsão de comportamentos futuros; no segundo caso, dizem respeito as diversas situações que surjam da atividade concreta dos juízes e membros do Ministério Público, que é, aliás, o que se denomina – e essa é a especificidade dos Conselhos – de “controle externo”³⁶⁰.

³⁵⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. Os limites ...

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ Idem.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ Idem.

³⁶⁰ Idem.

Não se deve abandonar outro ponto de fundamental importância, qual seja, a Constituição do Brasil estabelece no artigo 84, IV, in fine, o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, podendo expedir decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis, tudo sob o controle e a vigilância do Poder Legislativo em caso de excesso (art. 49,V) e da jurisdição constitucional nas demais hipóteses. Fica claro que as exceções para a edição de atos normativos com força de lei (art. 62) e da possibilidade de delegação legislativa (art. 68) tão-somente confirmam a regra de que a criação de Direitos e obrigações exige lei ou ato com força de lei, conforme se pode verificar na própria jurisprudência do STF (AgRg nº. 1470-7)³⁶¹.

Salientam os professores Clève, Sarlet e Streck:

De frisar, por outro lado, que esse poder regulamentar conferido ao Poder Executivo (e não, por exemplo, ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público) advém da relevante circunstância representada pela legitimidade do Presidente da República, eleito diretamente em um regime presidencialista (em países sob regime parlamentarista, essa legitimidade é do Governo, confundindo-se o poder Executivo com o Legislativo). Mas, mesmo assim, esse poder regulamentar – tanto no presidencialismo como no parlamentarismo - não pode criar Direitos e obrigações. Não é demais lembrar, neste ponto, o âmbito próprio do respeito aos Direitos fundamentais, característica básica do paradigma do Estado Democrático de Direito.³⁶²

Com este novo poder/atribuição, surgiu a necessidade de realizar a necessária discussão acerca dos limites para a expedição de “atos regulamentares”, e a própria função de tais regulamentos. Assim, prossegue-se verificando a possibilidade da regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça, na procura de aperfeiçoamento da organização judiciária instrumental, para melhor e mais satisfatória execução de certos objetivos, mas dentro dos limites advindos dos princípios contidos no corpo do texto constitucional.

A respeito, concluem com maestria os professores Clève, Sarlet e Streck:

Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos não podem criar Direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que

³⁶¹ Idem.

³⁶² Idem.

tange à restrições) na esfera dos Direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. As garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estão devidamente explicitados no texto constitucional e nas respectivas leis orgânicas. Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em “poder de legislar”) advém da própria EC 45. Fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma Emenda constitucional para “delegar” a qualquer órgão (e não somente ao CNJ e CNMP) o poder de “legislar” por regulamentos. E com isto restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito.³⁶³

Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho assevera que é “fundamental investigar, por isso, a extensão das competências normativas que se reconhecem às diversas entidades administrativas, como critério para identificação das próprias propostas sobre o tema”.³⁶⁴ Incide, ainda, que, de “modo genérico, o que se constata é que o reconhecimento de competências normativas autônomas não envolve a encampação da tese da reserva de espaços próprios e privativos para uma atuação normativa privativa de uma entidade administrativa”.³⁶⁵

Romano elabora uma lista de regulamentos que, dentre os limites gerais, são os mais comuns às várias ordenações jurídicas. Primeiro, alinhava que “nenhum regulamento pode ser contrario a uma lei formal, nem aos princípios que, com o processo da analogia *legis* ou *iuris*, se deduzem das leis, nem a certos costumes fundamentais, principalmente de ordem constitucional ou reclamados pelas leis”.³⁶⁶ Também não podem os regulamentos ditar normas nas matérias reservadas ao legislativo, como criminal ou tributária, nenhum regulamento pode conter “normas que não tenham caráter de generalidade”.³⁶⁷ Mais adiante, o autor evidencia não haver vedação aos regulamentos “disciplinar ou limitar o exercício de poderes

³⁶³ Idem.

³⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito ..., p. 507.

³⁶⁵ Idem.

³⁶⁶ ROMANO, Santi. Princípios..., p. 356.

³⁶⁷ Idem.

discricionários que a lei, explícita ou implicitamente, pretende que sejam reservados inteiramente à autoridade a que pertençam...”.³⁶⁸

Relata sobre o fato de a autoridade ao produzir um regulamento “deve ficar na esfera de sua competência substancial”.³⁶⁹ Os regulamento emanados de “autoridades inferiores e locais não podem contradizer os regulamentos das superiores e centrais”.³⁷⁰ Encerra que “os regulamentos não podem ter eficácia retroativa: apenas a lei pode, excepcionalmente, ter essa eficácia; os regulamentos não dispõem senão para o futuro”.³⁷¹

Pertinente ao tema, alerta Justen Filho que o “princípio da legalidade significa a ausência de poder normativo da agência para instituir norma jurídica que não tenha sido, anteriormente, delineada legislativamente”.³⁷² Destaca que “a instituição de uma norma faz-se pela previsão de uma hipótese de incidência a que se vincula um mandamento”³⁷³ e que o “princípio da legalidade impõe que uma lei tenha previsto alguns aspectos da hipótese e o núcleo do mandamento normativo”.³⁷⁴ Continua que caberá à “agência complementar essa espécie de *espaço normativo em branco*, que se verifica a propósito da norma editada legislativamente”.³⁷⁵

Conclui que haveria “usurpação de competência legislativa se a agência resolvesse criar uma hipótese de incidência e um mandamento normativo, sem que tal já estivesse previamente instituído em lei”, sendo “inconstitucional delegação de competência legislativa em que a lei atribua à agência o poder de criar hipótese de incidência e mandamentos normativos”.³⁷⁶ Este posicionamento, certamente, se adequa também às resoluções do CNJ, pois permite a aplicação do mesmo fundamento.

³⁶⁸ Idem.

³⁶⁹ Idem.

³⁷⁰ Idem.

³⁷¹ Ibidem, p. 375.

³⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito ..., p. 523.

³⁷³ Idem.

³⁷⁴ Idem.

³⁷⁵ Idem.

³⁷⁶ Idem.

Para Gasparini, a atribuição regulamentar tem limites formais, legais e constitucionais.³⁷⁷ Seriam formais os concernentes ao veículo de exteriorização. Os legais diriam respeito ao extravasamento da atribuição, em relação ao prazo ou à lei. Por fim, os constitucionais se relacionam com as reservas legais. O desrespeito a esses limites viciaria o regulamento, tornando-o ilegal.³⁷⁸

Enterría e Fernández entendem a existência de limites formais e materiais, classificação que ora se adotada no tocante às como limitações ao poder regulamentar ao Conselho Nacional de Justiça.³⁷⁹

2.3.1 Limites formais

Os limites formais são os relativos ao aspecto externo do regulamento.³⁸⁰

Formalmente, ao emitir-se um regulamento devem ser adotadas as vias procedimentais previstas para isso. A Administração não pode ditar regulamento fora dessas vias, obrigando-se a criar as disposições através de certas formalidades e com ajuste a determinados caminhos. Há também a obrigação de publicá-los para o conhecimento geral. A omissão das formalidades causa a nulidade.³⁸¹

A disposição que regula a publicação dos atos regulamentares do CNJ se encontra prevista no artigo 140 do RICNJ e determina que as “serão publicados no Diário da Justiça da União e no sítio eletrônico do CNJ”.

Quanto aos demais requisitos formais específicos do regulamento do CNJ, observa-se que derivam do artigo 103-B da Constituição Federal, sendo que os mesmos já foram tratados neste capítulo.

³⁷⁷ Já em sua obra de 1982, Gasparini subdivide os limites em formais, legais e constitucionais. Os formais dizem respeito à competência e à forma. Os limites legais seriam ultrapassados se o regulamento dispusesse *ultra et contra legem*. Já os limites constitucionais dispõe que os regulamentos não podem dispor de matérias reservadas à lei (GASPARINI, Diógenes. Poder Regulamentar. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 85).

³⁷⁸ GASPARINI, Diógenes. Direito..., p. 123.

³⁷⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., p. 207.

³⁸⁰ Idem.

³⁸¹ MATEO, Ramón Martín. Manual..., p. 144.

2.3.2 Limites materiais ou substanciais

Os limites materiais são os limites que afetam o próprio conteúdo da norma regulamentar.³⁸²

A primazia da lei se impõe a todos os regulamentos. A irretroatividade sancionadora prejudicial ou restritiva dos Direitos individuais, a hierarquia normativa e o princípio da legalidade e da irretroatividade desfavorável são, assim, limites do poder regulamentar.³⁸³

A superação desses limites faz com que os regulamentos sejam suscetíveis ao controle judicial, direto ou indireto, pois pode ser exigida buscada a anulação judicial do regulamento, ou o julgador pode desconhecê-lo e não aplicá-lo.³⁸⁴ Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional regulamento do CNJ que disciplinava férias coletivas para Juízes.³⁸⁵

O regulamento não se presta somente a detalhar a lei, tampouco a lei apenas dispõe de modo principiológico e genérico sobre esta ou aquela matéria, sendo papel do regulamento desenvolver os conceitos nela dispostos. O regulamento inova a ordem jurídica, ou então apenas estaria a repetir a lei, tornando-se inútil. Clève leciona que tal assertiva merece temperamento, pois “o regulamento inova a ordem jurídica, mas não do mesmo modo que a lei”. Ressalva que “a lei inova, originariamente, ao passo que o regulamento inova de modo derivado, limitado, subordinado, ou seja, sem a autonomia da lei”.³⁸⁶

Os limites de caráter material estão vinculados ao princípio da legalidade. A Administração não pode dispor das matérias reservadas às Leis sem autorização expressa das Cortes. Os Regulamentos que vão contra o princípio da legalidade e, por

³⁸² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso ..., p. 207.

³⁸³ MATEO, Ramón Martín. Manual ..., pp. 144-145.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 145.

³⁸⁵ STF. ADI 3823 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min^a. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 06/12/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno

³⁸⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 280.

consequência, da reserva da Lei, são nulos de pleno Direito. A Administração não pode, tampouco, ditar disposições contrárias às Leis.³⁸⁷

Sobre o tema, leciona Clève que em nosso país não existe nenhuma matéria reservada ao regulamento, pois todos os campos normativos são disciplináveis pela lei. Vigê entre nós, “em relação ao campo de ação do ato legislativo, o princípio da universalidade da lei”. Em acréscimo, “apenas a lei pode, originariamente, inovar a ordem jurídica para criar Direitos e obrigações e para restringir a liberdade e a propriedade”. Cita o art. 5º., II, da Constituição, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.³⁸⁸

A lei pode disciplinar a matéria de modo suficiente prescrevendo detalhes de sua aplicação ou deixar certa margem à Administração Pública, para que atue por meio da atribuição regulamentar. O regulamento, então, compreenderá a norma subordinada e necessária para a aplicação da lei.³⁸⁹

Di Pietro leciona não poder o ato normativo contrariar a lei, nem criar Direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Lembra que agora o Congresso Nacional dispõe de poder de controle sobre atos normativos do Poder Executivo, podendo sustar os que exorbitem do poder regulamentar (Constituição Federal, art. 49, V³⁹⁰), e que o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal,

³⁸⁷ MATEO, Ramón Martín. Manual..., p. 144.

³⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p.280.

³⁸⁹ Idem.

³⁹⁰ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

...

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

...

com base no artigo 102, I, *a*³⁹¹, da Constituição, abrange não só a lei, como também o ato normativo federal ou estadual.³⁹²

Quanto ao tipo de lei que comporta regulamentação, no Direito comparado, a doutrina aceita os regulamentos abrangendo a relação entre particulares. No Brasil, a opinião generalizada dos autores é de que apenas as leis que devam sofrer aplicação pelo Executivo desafiam regulamentação.³⁹³

O Presidente da República somente pode editar regulamentos relacionados a leis editadas pelo Congresso Nacional, assim como os Governadores podem regulamentar leis estaduais e os Prefeitos leis municipais, considerando ser o Brasil uma federação.³⁹⁴

Da mesma maneira, pensa-se que o CNJ somente pode editar regulamentos que tenham por fim exclusivo o cumprimento de suas atribuições, como acima delineado, em decorrência da existência de uma lei, como, por exemplo, em decorrência da LOMAN.

Em acréscimo a estas considerações, para Justen Filho as “normas regulamentares administrativas devem obrigatoriamente ser reportáveis às de cunho legislativo”.³⁹⁵ Deve ser realizado “um processo de derivação, o que não significa a necessidade de abrangência da regra administrativa naquela de natureza legal”.³⁹⁶ Afirma “a necessidade de compatibilidade da norma administrativa com a norma legal no tocante a conteúdo, espírito e finalidade”.³⁹⁷ Conclui que “essa compatibilidade significa a possibilidade de reconduzir a disciplina contida na norma administrativa àquela prevista na lei”.³⁹⁸ Então, por este raciocínio, os regulamentos do CNJ teriam

³⁹¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

...

³⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito ..., p. 93.

³⁹³ Inserir em sentido contrário Diógenes Gasparini (op cit p. 55)

³⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade ..., p. 283.

³⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito ..., p. 517.

³⁹⁶ *Idem*.

³⁹⁷ *Idem*.

³⁹⁸ *Idem*.

de ser reconduzíveis a uma lei, entendimento que não vem sendo compartilhado pelo STF.

Di Pietro advoga que, se houver omissão do Poder Executivo em editar regulamentos, são aplicáveis os remédios constitucionais do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, cabendo ao Poder Judiciário suprir a omissão ou dar ciência ao Poder competente para cumprimento no prazo de 30 dias.³⁹⁹

Cumprido citar, no presente momento, a resolução 06 do CNJ, criadora de mecanismos de aferição de merecimento, suprindo a inexistência de lei específica a disciplinar a LOMAN, que será mais bem analisada no capítulo 3, não foi a única, o que se demonstrará.

Para Clève, o controle da atividade legislativa do Executivo pode e deve ser exercido pelo Congresso Nacional e, mediante provocação, pelo Poder Judiciário, reconhecendo que regulamentar é função legislativa. No sistema constitucional brasileiro, o Judiciário é o guardião por excelência dos Direitos e liberdades fundamentais, então, “deve assumir, portanto, a sua missão constitucional de modo integral, inclusive, para invalidar medida provisória editada para regular matéria não suscetível de tratamento por meio dessa espécie legislativa ou sem atender, suficientemente, os pressupostos autorizadores definidos pela Constituição”.⁴⁰⁰

Resta ressaltar o papel do Supremo Tribunal Federal no controle da atividade regulamentar do CNJ. Como será visto adiante, o Supremo Tribunal Federal exerce controle não só sobre a forma, mas também sobre o conteúdo dos regulamentos do Supremo Tribunal Federal.

2.3.2.1 Limites conferidos pelos princípios gerais do Direito

Embora um regulamento respeite os limites formais, deve estar de acordo com os princípios gerais do Direito.⁴⁰¹

³⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito*..., p. 93.

⁴⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade* ..., p. 283.

⁴⁰¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso*..., p. 215.

Enterría e Fernández lecionam que deve ser excluída a validade dos regulamentos que infringjam “princípios gerais do Direito que pautam uma ação não arbitrária dos poderes públicos”. Exemplificam, como sendo incluídos nessa exclusão de validade:

“Regulamentos que partam de uma apreciação inexata dos fatos em virtude dos quais se determinam (o que é sinal da ausência de um fundamento objetivo na decisão normativa); ou que imponham medidas desproporcionadas ou incongruentes com a finalidade que persigam, ou que tentem uma manipulação dos meios elementares de vida dos destinatários como instrumentos coercitivos; ou contrários em suas regulações à natureza das coisas, conceito aplicável tanto à estrutura ôntica da realidade como a natureza de certas instituições cuja configuração transcende dos poderes regulamentários; ou objetivamente irracionais; ou que avoquem resultados manifestamente injustos ou de iniquidade manifesta; ou contrários à boa-fé e a um trato honesto dos cidadãos, etc.”⁴⁰²

Deve ser identificado que, quando da emissão de regulamentos que se encontrem nas situações acima discriminadas, restariam violados princípios gerais como a razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, inerentes ao ordenamento pátrio e exigíveis de todo e qualquer ato de autoridade administrativa.

Cumprir citar que, da mesma maneira como em relação aos princípios gerais do Direito, existe como limite material também o princípio da interdição da arbitrariedade, que “tem uma especial relevância na potestade regulamentária e remete de novo para uma valoração concreta da arbitrariedade, a critérios de justiça material que só nos princípios gerais do Direito podem ser buscados”.⁴⁰³

Há evidências de que tais exemplos de doutrinadores estrangeiros também são utilizáveis no Brasil.

2.3.2.2 Técnicas de controle da discricionariedade

Por ser a potestade regulamentar discricional, deve se submeter ao princípio da legalidade da administração. Para controlar e reduzir a discricionariedade

⁴⁰² Ibidem, p. 217.

⁴⁰³ Ibidem, p. 217.

administrativa, devem ser utilizadas as mesmas técnicas adotadas para o controle do ato administrativo.⁴⁰⁴

Justen Filho evidencia ser “necessário que a solução contida na norma administrativa se revele como a melhor aplicação da disciplina delineada pela lei”, justificando:

Atribuição da discricionariedade não consiste na transferência para a Administração da autonomia para realizar as escolhas fundamentais: essas somente poderão ser realizadas através da via legislativa”. Então, o “administrador deverá dar prosseguimento ao espírito da lei, tal como o legislador atua em relação ao espírito da Constituição.⁴⁰⁵

Freitas exalta que “toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras⁴⁰⁶”.

Conceituam conceituando a discricionariedade administrativa legítima como:

(...) a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher; no plano material concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do Direito fundamental à boa administração pública.⁴⁰⁷

Pela importância da matéria em estudo, necessário trazer à colação a doutrina de Kelsen, que registra ser a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior, podendo ocorrer pelo órgão que o aplica e por uma pessoa privada. Todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado. Se por interpretação se entende a fixação por via

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 218.

⁴⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito..., p. 517.

⁴⁰⁶ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. P. 10.

⁴⁰⁷ Ibidem. p. 24.

cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem.⁴⁰⁸

Neste ponto, é evidente que a teoria da interpretação também deve ser utilizada para embasar a discricionariedade. Kelsen prossegue que todos os métodos de interpretação conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta” é um problema de política do Direito.⁴⁰⁹

O Mestre positivista elabora que:

(...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.⁴¹⁰

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito seria sempre autêntica, pois cria o Direito. Também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura representada pela a norma a aplicar. A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas, e, diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica.⁴¹¹

Hans Kelsen conclui que:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da

⁴⁰⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Capítulo VIII: A interpretação.

⁴⁰⁹ Idem.

⁴¹⁰ Ibidem, p. 394

⁴¹¹ Idem.

plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximadamente.⁴¹²

O Conselho Nacional de Justiça também possui discricionariedade na elaboração de seus regulamentos, e deve se utilizar da discricionariedade dentro de parâmetros, que somente podem ser elaborados com critérios de interpretação. Nestes casos, a lei não autorizaria uma escolha de natureza política, a ser realizada pelo aplicador. A lei silenciou, ou porque o Parlamento não dispunha de conhecimentos apropriados para lapidar a regulamentação normativa, ou porque previa a evolução do conhecimento. São contempladas diversas soluções, mas, de modo geral, verifica-se a inconveniência de-se cristalizarem soluções genéricas, o que importaria “padronização incompatível com a riqueza das situações do mundo real”.⁴¹³ A solução deverá estar vinculada a juízos tecnicocientíficos, sem exercer juízos de oportunidade e conveniência, não se configurando em uma discricionariedade propriamente dita.⁴¹⁴

Por outro lado, a lição de Justen Filho para as agências reguladoras parece servir para o Conselho Nacional de Justiça, pois “há decisões regulatórias fundamentais, que podem depender da participação da comunidade”, não sendo “possível invocar razões técnicas, ainda quando exista ponderável fundamentação dessa ordem”.⁴¹⁵

Certas decisões, assim, podem não envolver apenas questões técnicas, mas, ao final refletir decisão política que somente pode ser tomada pela comunidade, por sua vinculação com Direitos e valores fundamentais, ou, ainda que eminentemente técnicas, não prescindem da participação popular para lhes conferir legitimidade.

2.3.2.3 Matéria regulamentária

Se a lei pode emprestar sua força própria a qualquer conteúdo, o mesmo não ocorre com o regulamento.

⁴¹² Ibidem, p. 396.

⁴¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito..., p. 526.

⁴¹⁴ Idem.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 529.

Na Espanha, o regulamento está ordenado inicialmente ao próprio campo de funções que a Administração tem atribuídas no acordo público. Para Enterría e Fernández o regulamento:

Não poderia tentar regular estes aspectos, nem sequer invocando a oportunidade de desenvolver uma lei supostamente imperfeita ou incompleta (salvo que a própria lei expressamente lhe haja requerido para isso: delegação legislativa); concretamente, não cabe reconhecer que a Administração possa ditar regulamentos que possam suprir as leis nestas matérias, ou, menos ainda, que interpuseram entre a lei e sua aplicação uma regulação própria (por exemplo: não caberia ditar um regulamento do Livro II do Código Civil, ou outro que regulasse questões civis não tocadas pelo Código – assim, o enriquecimento sem causa – ou um regulamento do capítulo tal ou qual da lei de Julgamento Civil ou do Código Penal)”.⁴¹⁶

Mais uma vez se verifica não poder o regulamento se igualar à lei. Também no Brasil há a reserva regulamentar para o Executivo e pode se argumentar que a Constituição trouxe para o CNJ, aparentemente, uma esfera regulamentar, mas de maneira muito abrangente. Em qualquer caso, é inteligível predominar o princípio da preeminência da lei.

2.3.2.4 Irretroatividade

O regulamento não pode estabelecer normas, enquanto estas afetem os administrados, se não para o futuro. É outra de suas diferenças com a lei.⁴¹⁷, ou seja, não se admite regulamento retroativo que se prestaria a regular uma situação ocorrida antes de sua existência.

2.3.3 Impugnabilidade e sanções

Os regulamentos ilegais têm um tratamento diferenciado de um ato viciado de ilegalidade, pois são nulos de pleno Direito, por exemplo, quando violem a Constituição, leis ou outras normas superiores, e também quando regulem matérias

⁴¹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., p. 219.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 222.

reservadas à Lei ou disponham sobre a retroatividade de disposições sancionatórias não favoráveis ou restritivas de Direitos individuais. Nos atos ilegais, a sanção é geralmente a anulabilidade.⁴¹⁸

No caso da omissão ser procedimental, Enterría e Fernández entendem que a sanção a ser atribuída à omissão ao procedimento é a nulidade da disposição normativa, podendo ser reconhecida de ofício pelos Tribunais, porquanto transcende o interesse das partes.⁴¹⁹

Aos administrados, para a defesa de seus Direitos, existem as seguintes vias recursais: penal, judicial, administrativa e legislativa.⁴²⁰

A via penal visa a submeter alguém a um processo criminal pela prática de ato capitulado como crime. A via judicial é apropriada para garantir os particulares contra atos concretos, originados ou fundados em ilegalidade ou inconstitucionalidade. A via administrativa defende os Direitos dos administrados, afetados pela edição de um regulamento viciado. A via legislativa proporciona o controle dos regulamentos editados com abuso de poder.⁴²¹

Em caso de descumprimento do regulamento, são admissíveis as sanções internas – aplicáveis aos agentes da Administração Pública –, e as externas – próprias dos regulamentos de polícia e estabelecidas na lei que permitiu a edição do regulamento, aplicadas aos administrados por infrações cometidas.⁴²²

Na prática, o controle judicial dos regulamentos viciados do CNJ ocorre apenas pelo Supremo Tribunal Federal. O próprio CNJ assim se posiciona:

Pedido de Providências. Decisão judicial. Mandado de segurança. Tribunal de Justiça Estadual. Efeitos no âmbito CNJ. – “I) O Conselho Nacional de Justiça é um órgão judicial, não-jurisdicional, de competência estritamente administrativa, que se situa, no plano da organização judiciária brasileira, imediatamente abaixo apenas do Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 92 da Constituição Federal. Por isso, decisões do CNJ sujeitam-se tão-somente à revisão do Supremo Tribunal Federal, em âmbito jurisdicional (art. 102, inciso I, alínea “r”, Constituição Federal). II) É

⁴¹⁸ MATEO, Ramón Martín. *Manual* ..., p. 138.

⁴¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso* ..., p. 212.

⁴²⁰ GASPARINI, Diógenes. *Poder* ..., p. 87.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² *Ibidem*, p. 83.

ineficaz, assim, perante o Conselho Nacional de Justiça decisão jurisdicional proferida por Tribunal de Justiça, em mandado de segurança, cujo objeto seja essencialmente norma editada pelo CNJ (no caso, sobre promoção de magistrado, por merecimento), de que a Corte Regional é meramente executora. III) Convicção que se robustece ante a eficácia subjetiva da coisa julgada material emanada do mandado de segurança, restrita às partes (CPC, art. 472). Portanto, não pode atingir o CNJ, que não figura e nem pode figurar na relação processual do *mandamus*. IV) Pedido de Providências acolhido, em termos, apenas para declarar que eventual decisão concessiva proferida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso, no âmbito do mandado de segurança, não vincula o Conselho Nacional de Justiça” (CNJ – PP 16276 – Rel. Cons. Min. João Oreste Dalazen – 55ª. Sessão – j. 29.01.2008 – DJU 20.02.2008).

Questiona-se se tal posição discutível, especialmente porque não foi justificada pelo Conselho a vedação ao controle jurisdicional de decisões administrativas do novo órgão constitucional pertinentes à esfera estadual pelos Tribunais estaduais. Sem deixar de evidenciar o reconhecimento da não violação da federação pelo controle exercido pelo CNJ sobre as Cortes estaduais, se a decisão for concernente a um Estado da federação, referido princípio federativo deveria ser respeitado, ou seja, os atos do CNJ que invadam esfera jurisdicional estadual podem ser controlados pelos Tribunais estaduais, com a possibilidade de recurso aos Tribunais superiores (STF, STJ).

Verificar-se-á seguir, com base em decisões concretas, a utilização do poder regulamentar pelo CNJ.

Capítulo 3º. – DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO PODER REGULAMENTAR

A presente obra iniciou delineando o novo constitucionalismo, o papel do Poder Judiciário, a importância de sua independência e a origem do novo órgão constitucional criado para aperfeiçoar a aplicação da Justiça. Para o fim de analisar o poder regulamentar específico do CNJ, descreveu longamente a posição doutrinária sobre os regulamentos, especialmente os autônomos. Passou, então, a delinear os Conselhos de Justiça e o poder regulamentar no Direito comparado, as características próprias do órgão titular do poder regulamentar em comento e suas atribuições e, especialmente, os limites do poder regulamentar. Pretendeu, assim, ante a escassez de doutrina a respeito do poder regulamentar do CNJ, defini-lo com base no poder regulamentar da Administração Pública, seu titular e seus limites.

Cabe, agora, analisar as resoluções emitidas com base no poder regulamentar constitucionalmente concedido ao CNJ, em especial as que limitaram Direitos e criaram obrigações, relacionando com os precedentes do próprio Conselho e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde cabível. Ressalte-se que se tem em mente o caráter indubitavelmente meritório das resoluções, seus expressivos resultados práticos e o elevado conhecimento jurídico dos Ministros do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se, portanto, apenas de colocar em perspectiva o exercício prático do poder regulamentar.

Conforme inicialmente proposto, far-se-á a análise da utilização do poder concedido ao Conselho Nacional de Justiça, por força do §4º. do artigo 103-B, concretizado na forma da expedição de resoluções.

3.1 Resoluções Publicadas até 06.06.2009

Até a data de 6 de junho de 2009, foram expedidas 75 resoluções, de acordo com a listagem a seguir:

1. RESOLUÇÃO 1, de 29.6.2005: Dispõe sobre as atividades de apoio ao Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências.
2. RESOLUÇÃO 2, DE 16.08.2005: Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências.
3. RESOLUÇÃO 3, DE 16.08.2005: Dispõe sobre as férias coletivas nos Juízos e Tribunais de Segundo Grau e dá outras providências.
4. RESOLUÇÃO 4, DE 16.08.2005: Cria o Sistema de Estatística do Poder Judiciário e dá outras providências.
5. RESOLUÇÃO 5, DE 16.08.2005: Estabelece limites de despesas com pessoal e encargos sociais para os órgãos do Poder Judiciário da União.
6. RESOLUÇÃO 6, DE 13.09.2005: Dispõe sobre a aferição do merecimento para promoção de Magistrados e acesso aos Tribunais de 2º. Grau.
7. RESOLUÇÃO 7, DE 18.10.2005: Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de Magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.
8. RESOLUÇÃO 8, DE 29.11.2005: Dispõe sobre a regulamentação do expediente forense no período natalino e dá outras providências.
9. RESOLUÇÃO 9, DE 06.12.2005: Dá nova redação ao artigo 3º.. da Resolução 7, de 18 de outubro de 2005.
10. RESOLUÇÃO 10, DE 19.12.2005: Veda o exercício pelos membros do Poder Judiciário de funções nos Tribunais de Justiça Desportiva e Comissões Disciplinares.
11. RESOLUÇÃO 11, DE 31.01.2006: Regulamenta o critério de atividade jurídica para a inscrição em concurso público de ingresso na carreira da magistratura nacional e dá outras providências.
12. RESOLUÇÃO 12, DE 14.02.2006: Cria o Banco de Soluções do Poder Judiciário e dá outras providências.
13. RESOLUÇÃO 13, DE 21.03.2006: Dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da Magistratura.
14. RESOLUÇÃO 14, DE 21.03.2006: Dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional para os servidores do Poder Judiciário e para a magistratura dos Estados que não adotam o subsídio.
15. RESOLUÇÃO 15, DE 20.04.2006: Dispõe sobre a regulamentação do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, fixa prazos e dá outras providências.
16. RESOLUÇÃO 16, DE 30.05.2006: Estabelece critérios para a composição e eleição do Órgão Especial dos Tribunais e dá outras providências.
17. RESOLUÇÃO 17, DE 19.06.2006: Define parâmetros a serem observados na escolha de Magistrados para substituição dos membros dos Tribunais.
18. RESOLUÇÃO 18, DE 08.08.2006: Dispõe sobre a utilização do serviço móvel pessoal do Conselho Nacional de Justiça.
19. RESOLUÇÃO 19, DE 29.08.2006: Dispõe sobre a execução penal provisória.
20. RESOLUÇÃO 20, DE 29.08.2006: Disciplina a contratação, por delegados extrajudiciais, de cônjuge, companheiro e parente, na linha reta e na colateral, até terceiro grau, de magistrado incumbido da corregedoria do respectivo serviço de notas ou de registro.
21. RESOLUÇÃO 21, DE 29.08.2006: Dá nova redação ao parágrafo 1º.. do artigo 2º.. da Resolução 7.

22. RESOLUÇÃO 22, DE 26.09.2006: Regulamenta o pagamento de retribuição pecuniária aos juízes auxiliares do Conselho Nacional de Justiça.
23. RESOLUÇÃO 23, DE 10.10.2006: Dispõe sobre a conversão em pecúnia de férias de Magistrados não gozadas por necessidade de serviço.
24. RESOLUÇÃO 24, DE 24.10.2006: Revoga o disposto no art. 2º. da Resolução 3 do Conselho Nacional de Justiça. (Revogada pela Resolução CNJ 28, de 18.12.2006).
25. RESOLUÇÃO 25, DE 14.11.2006. : Dispõe sobre a conversão em pecúnia de férias de Magistrados não gozadas por necessidade de serviço.
26. RESOLUÇÃO 26, DE 05.12.2006: Estabelece novos limites de despesas com pessoal e encargos sociais para os órgãos do Poder Judiciário da União. (Revogada pela Resolução CNJ 27, de 18.12.2006).
27. RESOLUÇÃO 27, DE 18.12.2006: Revoga a Resolução 25, de 14 de novembro de 2006, que dispõe sobre a conversão em pecúnia de férias de Magistrados não gozadas por necessidade de serviço, e a alínea “e” do inciso I do art. 8º. da Resolução 13, de 21 de março de 2006.
28. RESOLUÇÃO 28, DE 18.12.2006: Revoga a Resolução 24, de 24 de outubro de 2006, que dispõe sobre a revogação do disposto no art. 2º. da Resolução 3 do Conselho Nacional de Justiça.
29. RESOLUÇÃO 29, DE 27.02.2007: Dispõe sobre a regulamentação da expedição anual de atestado de pena a cumprir e dá outras providências.
30. RESOLUÇÃO 30, DE 07.03.2007: Dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos Magistrados.
31. RESOLUÇÃO 31, DE 10.04.2007: Estabelece procedimentos e prazos para encaminhamento, ao Conselho Nacional de Justiça, das propostas orçamentárias para o ano de 2008, e de solicitações de alterações orçamentárias autorizadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias no exercício de 2007 pelos Órgãos do Poder Judiciário da União e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.
32. RESOLUÇÃO 32, DE 10.04.2007: Dispõe sobre as remoções a pedido e permuta de Magistrados de igual entrância.
33. RESOLUÇÃO 33, DE 10.04.2007: Dispõe sobre a criação do Sistema Integrado da População Carcerária no âmbito do Poder Judiciário Nacional.
34. RESOLUÇÃO 34, DE 24.04.2007: Dispõe sobre o exercício de atividades do magistério pelos integrantes da magistratura nacional.
35. RESOLUÇÃO 35, DE 24.04.2007: Disciplina a aplicação da Lei 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro.
36. RESOLUÇÃO 36, DE 24.04.2007: Define parâmetros mínimos a serem observados na regulamentação da prestação jurisdicional ininterrupta, por meio de plantão permanente. (Revogada pela Resolução CNJ 71, de 31.03.2009).
37. RESOLUÇÃO 37, DE 06.06.2007: Dispõe sobre a obrigatoriedade de os Tribunais regulamentarem os casos excepcionais de Juízes residirem fora das respectivas comarcas.
38. RESOLUÇÃO 38, DE 14.08.2007: Regulamenta a assistência à saúde na forma de auxílio.
39. RESOLUÇÃO 39, DE 14.08.2007: Dispõe sobre o instituto da dependência econômica no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.
40. RESOLUÇÃO 40, DE 14.08.2007: Dispõe sobre os procedimentos de reconhecimento de união estável no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

41. RESOLUÇÃO 41, DE 11.11.2007: Dispõe sobre a utilização do domínio primário “.jus.br” pelos órgãos do Poder Judiciário.
42. RESOLUÇÃO 42, DE 11.09.2007: Dá nova redação ao art. 6º. da Resolução 13, de 21 de março de 2006; revoga a letra k do art. 2º. da Resolução 14, de 21 de março de 2006, e acrescenta ao referido artigo um parágrafo único.
43. RESOLUÇÃO 43, DE 09.10.2007: Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário da União e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, limites para empenho de despesas com diárias, passagens e locomoção no exercício de 2007.
44. RESOLUÇÃO 44, DE 20.11.2007: Dispõe sobre a criação do Cadastro Nacional de Condenados por ato de Improbidade Administrativa no âmbito do Poder Judiciário Nacional.
45. RESOLUÇÃO 45, DE 17.12.2007: Dispõe sobre a padronização dos endereços eletrônicos dos órgãos do Poder Judiciário.
46. RESOLUÇÃO 46, DE 18.12.2007: Cria as Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário e dá outras providências.
47. RESOLUÇÃO 47, DE 18.12.2007: Dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos Juízes de Execução Criminal.
48. RESOLUÇÃO 48, DE 18.12.2007: Dispõe sobre a exigência, como requisito para provimento do cargo de Oficial de Justiça, da conclusão de curso superior, preferencialmente em Direito.
49. RESOLUÇÃO 49, DE 18.12.2007: Dispõe sobre a organização de Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica nos órgãos do Poder Judiciário relacionados no Art. 92 incisos III ao VII da Constituição da República Federativa do Brasil.
50. RESOLUÇÃO 50, DE 25.03.2008. Altera os artigos 2º., 4º., 5º. e 7º., da Resolução nº. 44, que dispõe sobre a criação do Cadastro Nacional dos Condenados por ato de Improbidade Administrativa no âmbito do Poder Judiciário Nacional.
51. RESOLUÇÃO 51, DE 25.03.2008. Dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes.
52. RESOLUÇÃO 52, DE 08.04.2008: Regulamenta a atribuição de nomes de pessoas vivas aos bens públicos sob a administração do Poder Judiciário nacional.
53. RESOLUÇÃO 53, DE 11.04.2008: Estabelece procedimentos e prazos para encaminhamento, ao Conselho Nacional de Justiça, das propostas orçamentárias para o ano de 2009, e de solicitações de alterações orçamentárias autorizadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias no exercício de 2008 pelos Órgãos do Poder Judiciário da União e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.
54. RESOLUÇÃO 54, DE 29.04.2008: Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção.
55. RESOLUÇÃO 55, DE 13.05.2008: Altera o inciso II do artigo 1º. da Resolução nº. 51, que dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes.
56. RESOLUÇÃO 56, DE 28.05.2008: Altera o artigo 1º. da Resolução nº. 19, de 29 de agosto de 2006, que dispõe sobre a execução penal provisória. (Revogada pela Resolução CNJ 57, de 24.06.2008).
57. RESOLUÇÃO 57, DE 24.06.2008: Altera o artigo 1º. da Resolução nº. 19, de 29 de agosto de 2006, que dispõe sobre a execução penal provisória.
58. RESOLUÇÃO 58, DE 10.07.2008: Dispõe sobre requisição e cessão de servidores no âmbito do Conselho Nacional de Justiça

59. RESOLUÇÃO 59, DE 09.09.2008: Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996.
60. RESOLUÇÃO 60, DE 19.9.2008: Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional.
61. RESOLUÇÃO 61, DE 07.10.2009 DE 2008: Disciplina o procedimento de cadastramento de conta única para efeito de constrição de valores em dinheiro por intermédio do Convênio BACENJUD e dá outras providências.
62. RESOLUÇÃO 62, de 10.2.2009: Disciplina, no âmbito do Poder Judiciário, os procedimentos relativos ao cadastramento e à estruturação de serviços de assistência jurídica voluntária.
63. RESOLUÇÃO 63, DE 16.12.2008: Institui o Sistema Nacional de Bens Apreendidos - SNBA e dá outras providências.
64. RESOLUÇÃO 64, DE 16.12.2008: Dispõe sobre o afastamento de Magistrados para fins de aperfeiçoamento profissional, a que se refere o artigo 73, inciso I, da Lei Complementar nº. 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).
65. RESOLUÇÃO 65, DE 16.12.2008: Dispõe sobre a uniformização do número dos processos nos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.
66. RESOLUÇÃO 66, DE 27.01.2009: Cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória.
67. RESOLUÇÃO 67, DE 03.03.2009: Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências.
68. RESOLUÇÃO 68, DE 03.03.2009: Estabelece procedimentos e prazos para encaminhamento, ao Conselho Nacional de Justiça, das propostas orçamentárias e das solicitações de alterações orçamentárias pelos órgãos do Poder Judiciário da União e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
69. RESOLUÇÃO 69, de 31.03.2009: Dispõe sobre a implementação do Conselho Consultivo do Departamento de Pesquisas Judiciárias - DPJ.
70. RESOLUÇÃO 70, DE 18.03.2009: Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.
71. RESOLUÇÃO 71, DE 31.03.2009: Dispõe sobre regime de plantão judiciário em primeiro e segundo grau de jurisdição.
72. RESOLUÇÃO 72, DE 31.03.2009: Dispõe sobre a convocação de juízes de primeiro grau para substituição e auxílio no âmbito dos Tribunais estaduais e federais.
73. RESOLUÇÃO 73, de 28.04.2009: Dispõe sobre a concessão e pagamento de diárias no âmbito do Poder Judiciário.
74. RESOLUÇÃO 74, de 28.04.2009: Dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes.
75. RESOLUÇÃO 75, de 12.05.2009: Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional.

Ressalte-se a necessidade da enumeração completa das resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça para possibilitar uma visão global da questão.

3.2. Do Cumprimento das Atribuições do CNJ

Lembra-se, conforme previsão no artigo 103-B, §4º. da Constituição Brasileira, competir ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, sendo que precipuamente deve zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, dentro de sua competência, ou recomendar providências.

Como antes citado, Sampaio leciona serem tais atribuições políticas, administrativas, correcionais, disciplinares, informativas e propositivas.⁴²³

As atribuições políticas se referem à adoção de medidas destinadas a zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo, para tanto, expedir atos regulamentares na sua competência ou recomendar providências, além de sua própria gestão.

As atribuições administrativas impõem que o Conselho vele pela efetivação dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. As atribuições correcionais e disciplinares determinam que o Conselho receba reclamações disciplinares e fiscalize as atividades dos integrantes do Judiciário.

As atribuições informativas impõem a publicidade das atividades judiciais, sendo que os relatórios elaborados pelo CNJ também vão possibilitar a análise da atuação do Poder, permitindo também seu aprimoramento.

Por último, pelo cumprimento das atribuições propositivas, pode o Conselho apresentar sugestões de leis para a modificação do sistema processual, decorrência de seu papel de planejamento.

As resoluções 1 e 2 dispõem sobre o funcionamento do próprio CNJ. O Regimento interno, posteriormente modificado pela resolução 67, de 03 de março de 2009, implica a elaboração de competências, atribuições e procedimentos, entre outras disposições. É a manifestação por excelência do poder regulamentar, pois regula sua própria atuação, dentro dos limites constitucionalmente traçados.

⁴²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 274.

Pelicioli lembra que os tribunais têm, na expedição de seus regimentos internos, a primeira manifestação de sua função normativa, uma vez que os regimentos são atos gerais que estabelecem a composição e a competência dos seus órgãos, regulando o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos e a disciplina de seus serviços.⁴²⁴

Cita-se, complementarmente, trazer o RICNJ as formalidades necessárias para a propositura de demanda, sendo que o descumprimento das disposições do regimento acarretará o não conhecimento dos pedidos.

Cabe citar os regimentos dos Tribunais que, por exemplo, trazem as regras da propositura de agravo e do preparo, cujo descumprimento impedirá o conhecimento da demanda.

Dentre as resoluções elencadas, utilizando a classificação de Sampaio antes delineada, pode-se identificar a utilização do poder regulamentar para o cumprimento das atribuições constitucionais do CNJ em alguns casos. Como exemplo, para cumprir a atribuição informativa, encontra-se a resolução nº. 4, criadora do sistema de Estatísticas do Poder Judiciário, conforme declinado nas razões próprias. Da mesma maneira, as resoluções 12 (Cria o Banco de Soluções do Poder Judiciário e dá outras providências), 15 (Dispõe sobre a regulamentação do Sistema de Estatística do Poder Judiciário) e 49 (dispõe sobre a organização de Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica nos órgãos do Poder Judiciário).

Ressalte-se a resolução 64/2008, estabelecadora de regras para o afastamento de Magistrados visando ao aperfeiçoamento profissional, que tem especial relevância no aprimoramento do Poder Judiciário, uma das atribuições do CNJ. Entende-se que o CNJ poderia ter avançado na questão, criando maiores incentivos aos Magistrados e servidores. Poderiam ter sido estabelecidas condições materiais específicas aos Juízes para a participação em programas de pós-graduação. Em segundo lugar, também deveria ter sido disciplinada justa graduação para tal participação, nos critérios de

⁴²⁴ PELICOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo. São Paulo: Editora LTr, 2008. p. 145.

aferição de merecimento, matéria também já disciplinado pelo CNJ (Resolução 06/2005).

Digna de nota, também, é a resolução 70, que declara a necessidade de o CNJ coordenar o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário, e, com embasamento na unicidade do Poder Judiciário, pelo decidido no “I encontro dos Presidentes dos Tribunais Brasileiros”, pelos encontros regionais e pelas “10 metas de nivelamento⁴²⁵”, cria um “plano nacional para o Poder Judiciário”. Pode-se verificar, nesta resolução, o cumprimento das atribuições administrativas e propositivas.

3.3 Das Resoluções

Destaquem-se as resoluções merecedoras de atenção por seu grau de importância para o presente estudo, principalmente porque veicularam regulamentos que limitaram direitos e criaram obrigações, na esfera jurídica nacional, como a resolução que trata do nepotismo. Utilizar-se-á o critério temporal da publicação das resoluções na ordem de análise.

Leciona Moraes:

⁴²⁵ São as 10 metas nacionais de nivelamento a serem alcançadas pelo judiciário no ano de 2009:

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

(...) nos atos administrativos discricionários expedidos pelo Poder Judiciário, a opção conveniente e oportuna deve ser feita legal e moralmente pelos membros dos órgãos dos Tribunais, ou seja, somente na legalidade e na moralidade que a oportunidade deve ser apreciada pelo Conselho Nacional de Justiça. Conseqüentemente, não poderá o Conselho Nacional de Justiça invadir a legítima escolha feita pelos órgãos administrativos dos Tribunais, entre as opções legalmente reservadas para a edição do ato discricionário, de maneira a, simplesmente, alterar a opção lícitamente realizada, sob pena de atentar contra a independência dos tribunais.⁴²⁶

Sempre que possível, procurar-se-á relacionar os temas do poder regulamentar às resoluções, especialmente quanto aos princípios da preeminência e precedência da lei, à extrapolação dos limites ao exercício de tal poder e a que tipo de regulamento a resolução se adequa.

3.3.1 Resoluções números 03, 24 e 28: Férias coletivas nos Juízos e Tribunais de Segundo Grau

A resolução 3, de 16.08.2005, acolheu as assertivas apresentadas pelos Tribunais, que mantiveram as férias coletivas marcadas para julho de 2005, com base em transitória força maior. Prosseguiu cientificando os Tribunais que seriam inadmissíveis “quaisquer justificativas relativas a período futuro, ficando definitivamente extintas as férias coletivas, nos termos fixados na Constituição” (CNJ, Resolução 3, arts. 1º. e 2º.).

O CNJ, pela Resolução 24, suspendeu o artigo 2º. da Resolução 3, voltando a possibilitar as férias coletivas em 24.10.2006 .

O Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ressaltando o princípio da ininterruptabilidade da jurisdição, nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Ato Regimental nº. 5, de 10 de novembro de 2006, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, sobre o regime de férias dos membros daquele Tribunal e dos juízes a ele

⁴²⁶ MORAES, Alexandre de. Direito...

vinculados, pelo qual os Magistrados indicados "gozarão as férias do ano de 2007 nos períodos de 2 a 31 de janeiro e 2 a 31 de julho de 2007". 2. Resolução nº. 24, de 24 de outubro de 2006, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, que revogou o art. 2º. da Resolução nº. 3, de 16 de agosto de 2005, fundamento do Ato Regimental nº. 5, de 10 de novembro de 2006. 3. Afronta aos arts. 93, inc. XIII, e 103-B da Constituição da República. 4. Princípio da ininterruptabilidade da jurisdição. 5. As regras legais que estabeleciam que os Magistrados gozariam de férias coletivas perderam seu fundamento de validade pela promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004. A nova norma constitucional plasmou paradigma para a matéria, contra a qual nada pode prevalecer. Enquanto vigente a norma constitucional, pelo menos em exame cautelar, cumpre fazer prevalecer a vedação de férias coletivas de juízes e membros dos tribunais de segundo grau, suspendendo-se a eficácia de atos que ponham em risco a efetividade daquela proibição. 6. Suspensão, a partir de agora, da eficácia dos dispositivos do Ato Regimental nº. 5, de 10 de novembro de 2006, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e da Resolução nº. 24, de 24 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, mantendo-se a observância estrita do disposto no art. 93, inc. XII, da Constituição da República. 7. Medida cautelar deferida.⁴²⁷

O Tribunal, por unanimidade, deferiu a cautelar, nos termos do voto da Relatora.

Segundo Pedersoli, o CNJ teria assumido o papel de constituinte derivado, inserindo uma alteração que só caberia através de Emenda Constitucional, restando prejudicada a “eficácia da força normativa da Constituição” (ADI 3823/DF). Acrescenta, com embasamento em Hesse, que as normas jurídicas não devem “sucumbir ao poder da força, uma vez que a essência da Constituição reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.⁴²⁸

Posteriormente, foi revogada a Resolução 24, com base na ininterruptabilidade da jurisdição e ripristinando a Resolução 3 pela Resolução 28, de 18.12.2006 e o CNJ passou a decidir no seguinte sentido:

⁴²⁷ STF. ADI 3823 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min^a. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 06/12/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁴²⁸ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição..., p. 44.

Pedido de Esclarecimentos em Pedido de Providências. – “A nova ordem constitucional derogou as regras relativas às férias coletivas, vale dizer: os servidores do Poder Judiciário, agora, devem gozar férias, apenas, por 30 (trinta) dias” (CNJ – PEPP 885 – Rel. Cons. Oscar Argollo – 11ª. Sessão Extraordinária – j. 09.05.2007 – DJU 18.05.2007 – Ementa não oficial).

O regulamento, oriundo das resoluções em comento, não só não possuía lei precedente a embasar a sua emissão, como dispunha contratexto constitucional expresso, não se enquadrando sequer na categoria de regulamento autônomo. Verifique-se que, efetivamente, a decisão do CNJ foi contrária ao próprio corpo da Constituição, que previa a impossibilidade de férias coletivas. O episódio também se presta a confirmar a sujeição do CNJ ao Supremo Tribunal Federal, que prontamente suspendeu a resolução, defendendo a Constituição Federal.

3.3.2 Resolução 06, DE 13.09.2005 - Aferição do merecimento para promoção de Magistrados e acesso aos Tribunais de 2º. Grau.

A Resolução 06 dispõe que promoções por merecimento de Magistrados serão realizadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada. Da mesma maneira que a LOMAN⁴²⁹, determina que a promoção por merecimento e o acesso aos

⁴²⁹ Assim dispõe a Lei Complementar nº. 35 de 14 de março de 1979:

...

Art. 80 - A lei regulará o processo de promoção, prescrevendo a observância dos critérios ele antigüidade e de merecimento, alternadamente, e o da indicação dos candidatos à promoção por merecimento, em lista tríplice, sempre que possível.

§ 1º. - Na Justiça dos Estados:

I - apurar-se-ão na entrância a antigüidade e o merecimento, este em lista tríplice, sendo obrigatória a promoção do Juiz que figurar pela quinta vez consecutiva em lista de merecimento; havendo empate na antigüidade, terá precedência o Juiz mais antigo na carreira;

II - para efeito da composição da lista tríplice, o merecimento será apurado na entrância e aferido com prevalência de critérios de ordem objetiva, na forma do Regulamento baixado pelo Tribunal de Justiça, tendo-se em conta a conduta do Juiz, sua operosidade no exercício do cargo, número de vezes que tenha figurado na lista, tanto para entrância a prover, como para as anteriores, bem como o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento;

III - no caso de antigüidade, o Tribunal de Justiça, ou seu órgão especial, somente poderá recusar o Juiz mais antigo pelo voto da maioria absoluta do seus membros, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

IV - somente após dois anos de exercício na entrância, poderá o Juiz ser promovido, salvo se não houver, com tal requisito, quem aceite o lugar vago, ou se forem recusados, pela maioria absoluta dos

Tribunais de 2º.. grau pressupõem dois anos de exercício na respectiva entrância ou no cargo e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago. Elabora que o merecimento será apurado e aferido conforme o desempenho e por critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento (CNJ, Resolução 6, arts. 1º., 2º.. e 3º..).

Para ilustrar o entendimento do CNJ, cabe a seguinte citação:

Procedimento de Controle Administrativo. Resolução 10/2008 que alterou a Resolução 04/2006. Altera o critério de escolha para o cargo de desembargador para a vaga de merecimento. Pretensão de anular a Resolução 10/2008 e aplicar a antiga Resolução 04/2006, que estabelecia critérios objetivos, a teor da Resolução 06/2005 do CNJ. A escolha do novo desembargador não pode recair em critérios exclusivamente objetivos, deve haver a possibilidade de escolha de outro candidato que não tenha tido maior pontuação desde que justificada objetivamente. Procedência parcial do pedido. Liminar concedida em parte. – “A Resolução 10/2008 alterou o artigo 28 da Resolução 04/2006, que estabelecia critérios objetivos para a escolha de Magistrados para a vaga de desembargador, conforme a Resolução 06/2005 do CNJ. A revogação do referido artigo por meio da Resolução 10/2008, resultou em alteração para um critério exclusivamente subjetivo contrariando a recomendação contida na Resolução 06/2005 do CNJ. A escolha do novo desembargador não pode ser por meio de critérios exclusivamente objetivos devendo haver a possibilidade de escolha do candidato que não tenha tido maior pontuação com justificativas relevantes e objetivas. Pedido liminar concedido em parte” (CNJ – PCA 200810000007176 – Rel. Cons. Marcelo Nobre – 63ª Sessão – j. 27.05.2008 – DJU 13.06.2008).

Observe-se, ainda:

Recurso Administrativo no Procedimento de Controle Administrativo. Votação de promoção de juízes para entrância especial. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Descumprimento da alternância nas votações para as vagas por antiguidade e por merecimento. Ausência de fundamentação dos votos na promoção por merecimento.

membros do Tribunal de Justiça, ou de seu órgão especial, candidatos que hajam completado o período.

...

Ausência de publicação dos índices de produtividade dos juízes concorrentes. Descabimento. Inexistência de prejuízo para a requerente. Votos pronunciados com base nos relatórios da Comissão de Avaliação Funcional formada por Desembargadores votantes. Ausência de prova de irregularidade nos relatórios. Decisão monocrática mantida. Desprovemento do recurso. – “I) O trabalho desenvolvido por uma Comissão de Avaliação dos Magistrados inscritos na promoção para merecimento obedece rigorosamente a ideia de que tal promoção deve estar respaldada, na maior profundidade possível, no merecimento apurado objetivamente em relação ao candidato, justamente para deixar pouca ou nenhuma margem ao privilégio de algum juiz em detrimento de outro. II) Os elementos do Relatório de Avaliação são objetivos e a requerente não conseguiu demonstrar qualquer irregularidade neste relatório, a não ser a ausência de extensas manifestações dos Desembargadores no momento da votação III – Se houve uma comissão que apreciou cada caso, fez relatório, pontuou as atividades de cada magistrado, nada justifica que ainda assim o Desembargador, ao votar, decline novamente os motivos de sua preferência. Alias, é de todo inconveniente que outros motivos, além daqueles objetivamente demonstrados, direcionem a escolha dos juízes” (CNJ – PCA 402 e 932 – Rel. Cons. Marcus Faver – 41ª. Sessão – j. 29.05.2007 – DJU 13.06.2007 – Ementa não oficial).

Pedersoli diz que, apesar de o *caput* do artigo 93 (II, III, IV, IX e X) da CF dispor sobre a necessidade de lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal – o Estatuto da Magistratura -, foi editada pelo CNJ a referida Resolução nº. 6, fixando os parâmetros para a valoração do merecimento.⁴³⁰

A mera reprodução de dispositivo legal não distinguiria o interesse necessário para a edição da resolução, porém, o artigo 4º. da Resolução nº. 06/05 cumpre tal função, não trazendo, também, os critérios objetivos necessários para a configuração da utilidade da resolução.⁴³¹

⁴³⁰ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição..., p. 44.

⁴³¹ Art. 4º. No prazo de 120 (cento e vinte) dias, os Tribunais deverão editar atos administrativos disciplinando: I – a valoração objetiva de desempenho, produtividade e presteza no exercício da jurisdição, para efeito de promoção por mérito; II – a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento ou especialização de Magistrados que serão considerados para fins de ascensão por mérito, com a respectiva gradação; e III – até que sejam regulamentados o inciso I do parágrafo único do art. 105 e o inciso I do § 2º. do art. 111-A, ambos da Constituição, os cursos que serão considerados para fins de promoção por merecimento com a respectiva gradação, observados, para efeito de participação nesses cursos, critérios de isonomia e de razoabilidade, respeitado sempre o interesse público.

Seja renovado o entendimento já exposto que o regulamento tem que trazer disposição complementar à lei. No caso em tela, verifica-se a edição de um regulamento executivo derivado da vigente LOMAN, preservando o princípio da reserva legal.

Considerações semelhantes podem ser elaboradas em relação às remoções a pedido e permuta de Magistrados de igual entrância (Resolução 32, de 10.04.2007), sobre a obrigatoriedade de os Tribunais regulamentarem os casos excepcionais de Juízes residirem fora das respectivas comarcas (Resolução 37, de 06.06.2007), o afastamento de Magistrados para fins de aperfeiçoamento profissional (Resolução 64, de 16 de dezembro de 2008), o regime de plantão judiciário em primeiro e segundo graus de jurisdição (Resolução 71, de 31 de março de 2009) e a concessão e pagamento de diárias no âmbito do Poder Judiciário (Resolução 73, de 28 de Abril de 2009).

3.3.3 Resolução 07, DE 18.10.2005 – Antinepotismo

Na data de 18.10.2005, o Conselho Nacional de Justiça editou uma resolução nominada de Antinepotismo, ganhando a ampla aceitação da sociedade. Embasa tal resolução o exercício da função de controle do Poder Judiciário, quando cumpriria ao Conselho Nacional de Justiça expedir atos regulamentares de sua competência, tendo como objetivo disciplinar o “exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de Magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, nos órgãos do Poder Judiciário”.

O próprio CNJ define oficialmente o nepotismo como "o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego". Observa ser o nepotismo “prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, à medida que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público”. Referenda que o “fundamento

das ações de combate ao nepotismo é o fortalecimento da República e a resistência a ações de concentração de poder que privatizam o espaço público".⁴³²

A resolução que editou o regulamento em comento é a que mais evidentemente limitou Direitos, gerando um grande número de demandas judiciais de parentes de Magistrados ocupantes de cargos públicos, pleiteando o Direito de permanecer nos seus cargos.

Em razão disso, a Associação dos Magistrados do Brasil ingressou com uma ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Essa discussão inaugurou o debate acerca dos limites do Poder Regulamentar atribuído ao novo órgão constitucional, mais especificamente, sobre a possibilidade de um ato administrativo regulamentar inovar, originariamente, no ordenamento jurídico.

O STF, por maioria, julgando a referida ação, concedeu a liminar, nos termos do voto do relator, com efeito vinculante e *erga omnes*, conforme descrito a seguir. Primeiramente, trazia a ementa que “patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB -, para propor ação declaratória de constitucionalidade. Por um lado, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional”⁴³³ e também “porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04)”.⁴³⁴ A seguir, decide que:

a Resolução nº. 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um 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).⁴³⁵

⁴³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5771&Itemid=668>. Acesso em 10.06.2009.

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=nepotismo&base=baseAcordao>. Acesso em 15.06.2009.

⁴³⁴ Idem.

⁴³⁵ Idem.

Acrescenta que:

A Resolução nº. 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º. do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.⁴³⁶

Continua narrando que:

(...) o ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional.⁴³⁷

Ressalta “o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04”, também não atentando não atentando contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37).⁴³⁸

Conclui da seguinte maneira: “o modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo”, tanto, pela consideração de que “o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois” e porque o Poder Judiciário “tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele” (ADC 12 MC / DF - Distrito Federal. Relator(a): Minº. Carlos Britto. Julgamento: 16/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).⁴³⁹

Em suma, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em sede de liminar, não só ser a resolução era constitucional, mas ser atribuição do CNJ que o conteúdo da

⁴³⁶ Idem.

⁴³⁷ Idem.

⁴³⁸ Idem.

⁴³⁹ Idem.

mesma já estava contido na Constituição e que o regulamento não afeta a separação de poderes. Explicitamente, classificou o regulamento em comento como regulamento autônomo.

Sampaio faz notar que, hoje, o princípio da legalidade é lido pela doutrina como princípio da juridicidade ou da superlegalidade, incluindo a Constituição. Assim, sendo o Conselho órgão constitucional, pode interpretar a Constituição para concretizar os seus comandos, mas com limites na sua inovação. Se a Constituição determina ao órgão constitucional o cumprimento de determinadas metas, está implícito que a este foi atribuído os meios para o cumprimento dessas metas. Assim, decorre da competência do Conselho para declarar a invalidade de um ato, por exemplo, por violar o princípio da impessoalidade ou da moralidade, a sua atribuição normativa para disciplinar abstratamente aquilo que estará sujeito ao seu poder de invalidação, como a citada prática do nepotismo.⁴⁴⁰

O CNJ possuiria poder de polícia a ser exercida sobre a atividade pública com caráter organizatório, especificamente em relação a prerrogativas e garantias institucionais e Direitos subjetivos públicos. Sob esse fundamento, o STF reconheceu a legitimidade constitucional da resolução que vedava o nepotismo, com o destaque para o argumento de que há vínculos imediatos entre a impessoalidade e a moralidade com o conteúdo da resolução.⁴⁴¹

Ruaro e Curvelo entendem que:

(...) o debate doutrinário cedeu espaço ao entendimento jurisprudencial que, de forma reiterada, tem aceitado o caráter normativo de tais atos. Com a edição das recentes Emendas Constitucionais, ao que parece, foi conferido instrumental ainda mais robusto para a fundamentação do poder regulamentar autônomo.⁴⁴²

Consideram, ainda, que a “decisão proferida na ADC que versava sobre a constitucionalidade da resolução contra o nepotismo, por sua vez, foi coerente com o

⁴⁴⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 281.

⁴⁴¹ Ibidem, p.282.

⁴⁴² RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder..., p. 128-129.

entendimento do STF manifestado em outras oportunidades, e, mais do que isso, tratou de atender aos reclamos sociais”.⁴⁴³

Acrescentam poder a solução ser oferecida pelo Poder Legislativo e que:

(...) as pessoas esperam do Estado, em especial do Poder Judiciário, resposta céleres e atitudes conformadas sob o manto de princípios éticos e morais; no entanto, o atropelo à ordem, a supressão de garantias constitucionais ou legais, muito embora fundamentados naqueles princípios, podem dar sustentação a decisões anti-democráticas e, a longo prazo, socialmente indesejáveis.⁴⁴⁴

Leite Sampaio entende a afirmativa de a proibição de nepotismo decorrer diretamente da Constituição transporta um “salto lógico”.⁴⁴⁵ A Constituição tanto fala em moralidade como em impessoalidade, mas igualmente prevê formas de recrutamento amplo. Não se lê, portanto, imediatamente sob ou sobre tais princípios, nem no seu regaço a vedação. Entretanto, há um sentimento ou um *sensus communis* de que se deve proibir o “carreirismo apadrinhado” e a “agência familiar de emprego público”.⁴⁴⁶ Os laços de parentesco conspiram contra o mérito e a história os condena. Se “houver situações em que o parente ou aderente lá está por mérito, será o *inocente* a pagar pela aquisição moral da sociedade”.⁴⁴⁷ O argumento é pragmático, mas é o que implicitamente está aceito. Resta a conclusão de que o nepotismo, palavra já carregada de negatividade, é imoral e pessoal, logo, deve ser proibido na Administração Pública.⁴⁴⁸

O caso do nepotismo deve seguir logicamente o seguinte esquema: a atividade da Administração se deve pautar, dentre outros princípios, pela impessoalidade, e o nepotismo é prática violadora do princípio da impessoalidade e da moralidade administrativas, ou seja, o nepotismo é vedado pela Constituição.⁴⁴⁹ Assim, verifica-se que o entendimento vigente é não ser a vedação ao nepotismo inconstitucional, mas

⁴⁴³ Idem.

⁴⁴⁴ Idem.

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ Idem.

⁴⁴⁷ Idem.

⁴⁴⁸ Idem.

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 286.

tendo derivado de uma interpretação direta da Constituição, apenas explicitou o que já existia espalhado no sistema. A proibição ao nepotismo decorreria de normas já vigentes no Brasil.

Deve-se, porém, entender com Enterría e Fernández que:

(...) quando se trata de questões que ainda sendo administrativas implique, para os cidadãos como tais a imposição de obrigações ou deveres, a limitação de sua liberdade prévia ou de seus Direitos, então se entende que o regulamento há de limitar-se em atuar como complementário da lei e que uma norma prévia com categoria de tal é sempre necessária.⁴⁵⁰

Fazem observar que, para “regular estas matérias não bastará invocar a genérica potestade regulamentária atribuída pela Constituição, senão, ademais da titularidade dessa potestade, uma habilitação específica, caso por caso, que a lei haja feito ao regulamento, segundo as várias formas de delegação legislativa”.⁴⁵¹

Deve se restringir, então, as normas vedatórias, pois ante a necessidade de argumentos a mais, não se pode falar em decorrência direta. Essa busca de razões é atividade típica do legislador e do Juiz, mas não do órgão de natureza administrativa que o CNJ é por definição constitucional. O princípio da legalidade vincula o administrador. Não poderá o CNJ, assim, buscar razões que extrapolem a sua condição de órgão administrativo.

Após a confirmação da constitucionalidade da resolução nº. 07/2005 no mérito da ADC nº. 12/06, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no Recurso Extraordinário nº. 579.951/RN, que a vedação ao nepotismo contida em tal resolução é aplicável aos órgãos dos poderes Executivo e Legislativo⁴⁵², ou seja, o Supremo Tribunal Federal, na sua postura ativista, atuando como legislador, retirou da abstração dos princípios do artigo 37, Constituição Federal/88, restrições anteriormente não previstas, editando, na Sessão Plenária de 21/08/2008, a Súmula Vinculante nº. 13:

⁴⁵⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso ..., p. 220.

⁴⁵¹ Idem.

⁴⁵² Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE nº. 579.951-4/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2008.

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.⁴⁵³

O próprio CNJ entende que a resolução 7 serviria para integrar as lacunas eventuais da súmula 13, a saber:

Resolução do Conselho Nacional de Justiça e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. Fonte material direta. Antinomia. Inexistência. – “A Súmula Vinculante 13/STF foi editada com inspiração direta e imediata nas disposições da Resolução 7/CNJ. Não só nas referências matriciais, mas explicitamente nos debates preparatórios da súmula, a resolução do Conselho Nacional de Justiça serviu de lastro essencial para a definição do texto final do verbete supremo. Assim, o ato do Conselho Nacional de Justiça é fonte material relevantíssima de interpretação da súmula. A imprevisão de circunstâncias reguladas na resolução não permite a ilação de que esta afronte Súmula Vinculante. Ao contrário, deve-se tomar a resolução como mecanismo integrador das eventuais lacunas detectadas na aplicação prática da Súmula Vinculante. Conclusão da Comissão Especial pela preservação intacta da Resolução 7/CNJ e pelo prosseguimento dos julgamentos dos Procedimentos Administrativos em curso no Conselho Nacional de Justiça” (CNJ – PP 200810000028003 – Rel. Cons. Tércio Lins e Silva – 76ª. Sessão – j. 16.12.2008 – DJU 30.01.2009).

O Tribunal passou, então, a ter o seguinte entendimento⁴⁵⁴:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO

⁴⁵³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 10.05.2009.

⁴⁵⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=nepotismo&base=baseAcordaos>. Acesso em 15.06.2009.

PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO. I - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. II - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública. III - Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembleia Legislativa paranaense. IV - À luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembleia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição. V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado. VI - Agravo regimental provido. (Rcl 6702 MC-AgR / PR. Min. Ricardo Lewandowski. 04/03/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Pedersoli acredita ter havido violação ao princípio da separação de poderes, tanto quando o CNJ editou a Resolução nº. 07/2005, “inserindo no ordenamento a vedação ao nepotismo, como quando o Supremo Tribunal Federal estendeu os efeitos de tal resolução com a Súmula Vinculante nº. 13, “atuando como legislador positivo”.⁴⁵⁵

Assim, temos que o CNJ tem imposto restrições a empregos de parentes de Magistrados em cargos de direção e assessoramento, ainda que a LOMAN a respeito não disponha. Digno de nota é o alcance da resolução 7, pois são também vedados o nepotismo cruzado e até a contratação de estagiários.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição ..., p. 53.

⁴⁵⁶ ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 7, de 21.06.2007: Estabelece a aplicação do art. 2º. da Resolução 07 (nepotismo) à contratação de estagiários no âmbito dos Tribunais, salvo se decorrente de processo seletivo com aplicação de prova não identificada, vedando a subordinação direta, em qualquer caso, a cônjuge/companheiro(a) ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive. a) Aplica-se à contratação de estagiários no âmbito dos Tribunais, permitida pela Lei 6.494/77, remunerada ou não, a vedação de nepotismo prevista no art. 2º. da Resolução CNJ 7, exceto se o processo seletivo que deu origem à referida contratação for precedido de convocação por edital público e contiver pelo menos uma prova escrita não identificada, que assegure o princípio de isonomia entre os concorrentes. b) Fica vedada, em qualquer caso, a contratação de estagiário para servir subordinado a magistrado ou a servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento que lhe seja cônjuge, companheiro...

Quanto ao nepotismo cruzado, vem decidindo o Conselho, ressaltando a sua proibição, com reservas:

Pedido de Providências. Nepotismo. Consulta sobre o alcance de Resolução editada pelo CNJ. Pertinência dos questionamentos. – “Cabe esclarecer que a Resolução 7, de 18.10.2005 aplica-se aos órgãos do Poder Judiciário nacional, não alcançando, portanto, os Tribunais de Contas. Isso, contudo, não significa que a prática do chamado “nepotismo cruzado”, disciplinado no art. 2º, inciso II, da Resolução 7, de 18.10.2005, não possa ou não deva ser combatida no âmbito do próprio Poder Judiciário. No caso concreto, inexistindo qualquer espécie de subordinação ou vinculação direta ou indireta entre as irmãs ocupantes de cargo em comissão, não há razão para que sejam elas destituídas de suas funções, com fundamento na Resolução 7, de 18.10.2005. Fica ressalvada, entretanto, a hipótese de conveniência e oportunidade administrativas, por parte da Presidência do Tribunal. Julgo oportuno reafirmar que todas as nomeações e designações realizadas em desconformidade com a Resolução 7, de 18.10.2005 devem ser desconstituídas, pouco importando as lotações dos servidores envolvidos ou mesmo a responsabilidade pelas respectivas indicações” (CNJ – PCA 156 – Rel. Cons. Douglas Alencar Rodrigues – 16ª. Sessão – j. 11.04.2006 – DJU 24.04.2006 – Ementa não oficial).

A resolução 7 alcança considera nepotismo até mesmo a contratação de noiva ou namorada de magistrado. Veja-se:

Resolução 07/2005. Pedido de esclarecimentos. Exercício de cargo comissionado por noiva ou namorada de magistrado. Rejeição. – “A Resolução CNJ 07/2005 visou erradicar, no âmbito do Poder Judiciário nacional a prática do nepotismo, por violar os princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência e igualdade. De acordo com o disposto no art. 21 do Regimento Interno do CNJ, dos atos e decisões do Plenário não cabe recurso, somente sendo cabível que sejam prestados esclarecimentos, em ocorrendo obscuridade, contradição ou omissão na decisão. **O exercício de cargo comissionado por noiva ou namorada de magistrado, pelos mesmos fundamentos que determinaram a expedição da Resolução 7/2005, não encontra amparo no ordenamento constitucional vigente.** Pedido recebido, em decorrência de sua tempestividade, prestando-se os esclarecimentos pertinentes, sem qualquer modificação à decisão anterior do Plenário” (CNJ – PP 323 – Rel. Cons. Germana Moraes – 23ª Sessão – j. 15.08.2006 – DJU 01.09.2006). (grifo nosso).

Cite-se ter sido criada com o enunciado administrativo nº. 1, de 28.11.2006:

As vedações previstas no art. 2º. da Resolução 07, de 18 de outubro de 2005, não se aplicam quando a designação ou a nomeação do servidor tido como parente para a ocupação de cargo comissionado ou de função gratificada foram anteriores ao ingresso do magistrado ou do servidor gerador da incompatibilidade, bem como quando o início da união estável ou o casamento forem posteriores ao tempo em que ambos os cônjuges ou companheiros já estavam no exercício das funções/cargos, em situação que não caracterize ajuste prévio para burlar a proibição geral de prática de nepotismo, ressalvada a vedação prevista no § 1º., in fine, do art. 2º. da referida Resolução (Nova redação da Alínea C aprovada na 17ª Sessão Ordinária realizada em 25 de abril de 2006).

Conclui-se com Mello que “há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico Direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada”.⁴⁵⁷

O teor e a inovação da resolução 7/05 comprova que o CNJ adotou o ativismo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, como narrado e conceituado na introdução, pois traz graves e inéditas limitações a Direitos, mas que efetivamente serviram para a moralização de setores do Poder Judiciário, conforme clamor que se originou na sociedade. Então, pode ser dito que o CNJ adotou uma forma de “ativismo administrativo”.

Como citado, a resolução antinepotismo tem mostrado resultados expressivos no cumprimento de seus objetivos, cumprindo o disposto no artigo 37 da Constituição Federal, mas, claramente, restringe Direitos, pelo que, advoga-se que suas normas deveriam ser introduzidas no ordenamento jurídico por lei.

3.3.4 Resolução 08, DE 29.11.2005 - Recesso natalino

Com base no inciso I, do artigo 62, da Lei nº. 5.010, de 30 de maio de 1966, que estabelece feriado na Justiça da União, inclusive nos Tribunais Superiores, nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, em reivindicação dos advogados, sobretudo os de menor poder econômico e não vinculados a grandes escritórios profissionais, a existência de critérios conflitantes, quanto à suspensão do

⁴⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso..., p. 347.

expediente forense, que geraria incerteza e insegurança entre os usuários da Justiça, podendo inclusive prejudicar o Direito de defesa e a produção de provas, e que o caráter ininterrupto da atividade jurisdicional é garantido, quando da suspensão do expediente forense no período noturno, nos fins-de-semana e nos feriados, através de sistema de plantões judiciários, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução nº. 8, deliberando que os Tribunais de Justiça dos Estados podem suspender o expediente forense no período assinalado, garantindo o atendimento aos casos urgentes, novos ou em curso, através de sistema de plantões. Também foram suspensos os prazos processuais.

No mesmo sentido também decidiu o Conselho Nacional de Justiça:

Pedido de Providências. Recessos forenses estaduais. Analogia com as disposições da Justiça Federal. Possibilidade. Questão de competência para regulamentação em âmbito regional. Ausência de vedação legal. Pedido procedente. (CNJ – PP 67 – Rel. Cons. Alexandre de Moraes – 9ª. Sessão – j. 29.11.2005 – DJU 07.12.2005 – Ementa não oficial).

Sampaio enxerga na referida resolução “um quê de regulamento autônomo”.⁴⁵⁸ Continua dizendo que “ou, por outra, o CNJ é portador de legitimidade para baixar regulamento não apenas *intra legem* mas também *intra consitutionis* e *extra leges*, não, evidentemente, *contra legem*”.⁴⁵⁹ Acrescenta a necessidade de prudência nessa interpretação, “por menor que seja a obsessão pela legalidade, o fetiche moderno que serviu e serve para esconder, juridicamente, os atos apócrifos ou *extra ordinem* de poder, e, social e politicamente, o sistema de dominação burguês, parece interpretação exagerada, que não faz bem ao gosto hermenêutico se for entendido nos termos até aqui desenvolvidos”.⁴⁶⁰ Conclui que “nem à dimensão democrática do Estado de Direito, por mais deficiente que seja o sistema representativo, sob a lembrança

⁴⁵⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 280

⁴⁵⁹ Idem.

⁴⁶⁰ Idem.

constante de que o desvio de meios não se justifica pelos fins os mais nobre que sejam, pois, no futuro, podem servir a outros propósitos e senhores”.⁴⁶¹

Pedersoli narra que o CNJ, “arrogando-se um poder regulamentar autônomo não previsto no artigo 130-B da Constituição e substituindo-se ao Legislativo”⁴⁶², editou a resolução 08/2005, a qual estendeu o recesso natalino da Justiça Federal (Lei nº. 5.010/1996) para a Justiça estadual.

Frente à inexistência de lei prévia a regulamentar o recesso natalino nos Estados, pode-se afirmar que se trata de regulamento autônomo, o qual, em hipótese rara, criou o Direito de o magistrado usufruir do recesso natalino anteriormente já existente para a Justiça Federal.

3.3.5 Resolução 11, DE 31.01.2006 - Atividade jurídica para o ingresso na carreira da magistratura nacional

Segundo a Resolução 11, considera-se atividade jurídica aquela exercida com “exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau”.⁴⁶³

Assim já decidiu o CNJ:

Pedido de Providências. Resolução Do CNJ 11 de 31.01.2006. Triênio de atividade jurídica. Definição de atividade jurídica. Precedente do STF. Momento para a comprovação da atividade jurídica. Esclarecimentos prestados em tese. – “O Plenário do CNJ, no exercício de suas atribuições constitucionais, aprovou na sessão do dia 31.01.2006 a Resolução 11/2006, que regulamentou o critério de atividade jurídica para a inscrição em concurso público de ingresso na carreira da magistratura nacional. Ao regulamentar o inciso I, do art. 93 da Carta Magna de 1988, a mencionada Resolução 11, em conformidade com a interpretação extraída dos anais

⁴⁶¹ Idem.

⁴⁶² PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *A atribuição* ..., p. 53.

⁴⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 06.06.2009. art. 2º..

do Congresso Nacional sobre a matéria, fixou, como termo inicial da contagem do triênio de atividade jurídica, a obtenção do diploma de bacharel em Direito (art. 10 da Resolução 11/2006). O art. 20 da citada Resolução 11 define a atividade jurídica como aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau. A Suprema Corte pátria, ao julgar a ADIN 3460/DF, tendo como relator o eminente Min. Carlos Britto reconheceu a constitucionalidade de idêntica norma oriunda de resolução do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que previa a contagem da atividade jurídica após a conclusão do curso superior em Direito. A comprovação do tempo de atividade jurídica, nos termos do artigo 50 da Resolução 11/2006, e de acordo com a novel orientação jurisprudencial da Excelsa Corte (ADIN 3640/DF), deverá ser efetuada por ocasião da inscrição, e não na posse. Esclarecimentos prestados em tese, uma vez que o requerente não fez comprovação da data em que concluiu o curso superior em Direito, impossibilitando a análise do caso concreto” (CNJ – PP 1050 – Rel. Cons. Germana de Moraes – 36ª. Sessão – j. 14.03.2007 – DJU 23.03.2007).

A resolução 11/2006 foi também editada pela inexistência de Lei regulamentando a exigência de três anos de atividade jurídica para ingresso na carreira da magistratura (Constituição Federal, artigo 93, I). Assim, não há dúvidas de que se trata de regulamento autônomo a limitar Direito, pois restringe o acesso à carreira da magistratura. Note-se que esse regulamento tem sua validade para fora do âmbito do Poder Judiciário, pois atinge todos os candidatos, regulando o ingresso no referido Poder.

Pedersoli pensa que “o CNJ, inferido o seu caráter administrativo, não dispõe de atribuição para restringir o conceito de atividade jurídica e, por consequência, o livre acesso a cargos públicos, o que só poderia ocorrer mediante lei”⁴⁶⁴. Cita, para justificar o seu entendimento, o artigo 37, I, da Constituição Federal⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição..., p. 54.

⁴⁶⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998).

Efetivamente, a resolução impõe restrições ao Direito de ingresso no serviço público não presentes na Carta Magna. Ressalte-se que o artigo 90⁴⁶⁶ da Resolução nº. 75 de 12 de maio de 2009 revogou a Resolução 11/2006, mas são aplicáveis as mesmas considerações.

3.3.6 Resoluções 13, de 21.03.2006 e 14, de 21.03.2006: Aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da Magistratura

As resoluções em comento resolveram que o teto remuneratório para os servidores do Poder Judiciário da União é o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal e corresponde a R\$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais). Fundamentou a decisão nos termos do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. Também dispôs que, enquanto não editadas as leis estaduais referidas no art. 93, inciso V, da Constituição Federal, o limite remuneratório dos Magistrados e servidores dos Tribunais de Justiça corresponde a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do teto remuneratório constitucional referido no *caput*, nos termos do disposto no art. 8º. da Emenda Constitucional 41/2003. A resolução foi atualizada com a redação da Resolução 27/2006.

Neste aspecto, o CNJ ampliou sua competência regulamentar para disciplinar diretamente mandamentos constitucionais, com a finalidade de aplicar o teto remuneratório constitucional para os servidores do Poder Judiciário e para as Magistraturas dos Estados, “atropelando o legislador estadual”.⁴⁶⁷

Pedersoli lembra que, além de “exorbitarem a competência administrativa do Conselho, tais resoluções incorreram em uma segunda inconstitucionalidade – estipularam tetos remuneratórios diferenciados para os membros da magistratura estadual e os da federal”.⁴⁶⁸

...

⁴⁶⁶ Art. 90. Fica revogada a Resolução nº. 11/CNJ, de 31 de janeiro de 2006, assegurado o cômputo de atividade jurídica decorrente da conclusão, com frequência e aproveitamento, de curso de pós-graduação comprovadamente iniciado antes da entrada em vigor da presente Resolução.

⁴⁶⁷ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição..., p. 56.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 57.

Recentemente, a AMB propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, pretendendo que o Supremo Tribunal Federal reconheça exatamente a impossibilidade de tais tetos diferenciados para as Justiças dos Estados e a Justiça Federal. Efetivamente, evidencie-se que a Justiça é una, o que fica evidenciado até mesmo pela existência de uma lei única a reger a carreira, qual seja, a LOMAN (Lei Complementar nº. 35/1979).

O Supremo Tribunal Federal concedeu liminar, por maioria, conforme o artigo 10, § 3º., da Lei nº. 9.868, de 10.11.1999, para, dando interpretação ao artigo 37, inciso XI, e § 12, da Constituição da República excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração, bem como para suspender a eficácia do artigo 2º. da Resolução nº. 13/2006 e do artigo 1º., § único, da Resolução nº. 14, ambas do Conselho Nacional de Justiça, nos seguintes termos:

EMENTA: MAGISTRATURA. Remuneração. Limite ou teto remuneratório constitucional. Fixação diferenciada para os membros da magistratura federal e estadual. Inadmissibilidade. Caráter nacional do Poder Judiciário. Distinção arbitrária. Ofensa à regra constitucional da igualdade ou isonomia. Interpretação conforme dada ao art. 37, inc. XI, e § 12, da CF. Aparência de inconstitucionalidade do art. 2º. da Resolução nº. 13/2006 e do art. 1º., § único, da Resolução nº. 14/2006, ambas do Conselho Nacional de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida. Voto vencido em parte. Em sede liminar de ação direta, aparentam inconstitucionalidade normas que, editadas pelo Conselho Nacional da Magistratura, estabelecem tetos remuneratórios diferenciados para os membros da magistratura estadual e os da federal. (Supremo Tribunal Federal, Adin nº. 3854-1/DF, Rel. Minº. Cezar Peluso, DJ 29/06/2007, 00022).

Fica a questão quanto à possibilidade do CNJ emitir regulamentos administrativos nesta matéria.

Com base no antes relatado, ressaltamos que nossa posição é pela impossibilidade, primeiro, porque invade a esfera normativa do legislador estadual e, segundo, porque cria tetos diferentes para a Justiça Estadual e da Justiça Federal. Assim, restou ultrapassado o limite formal da expedição de regulamento em esfera

exclusiva estadual e o limite material de criar uma diferenciação não prevista na CF, entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual.

3.3.7 Resolução 35, de 24.04.2007: Disciplina a aplicação da Lei 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro

No que se refere aos registradores e notários, o controle do CNJ alcança, previamente, a lisura e a razoabilidade dos requisitos dos concursos públicos e, posteriormente, as normas técnicas, até mesmo com a fixação de emolumentos.⁴⁶⁹

Com a finalidade de unificar a aplicação da Lei 11.441/07⁴⁷⁰ foi editada a resolução 35, que traz disposições de caráter geral, em relação ao inventário e à partilha, à separação e ao divórcio, ou seja, regulamentando áreas do Direito Civil, Processual Civil e de Família.

Cabe citar o enunciado administrativo nº. 12, de 29.01.2009, que estende, não só para os concursos públicos para provimento de cargos do Poder Judiciário, mas também para ingresso na atividade notarial e de registro, a reserva de vagas a candidatos com deficiência, em percentual não inferior a 5% das vagas.

Quanto à necessidade de concurso para a titularidade dos serviços notariais, após a Constituição Federal de 1988, também tem entendido o CNJ:

Pedido de Providências. Nomeação precária e temporária para exercício da titularidade de serventia extrajudicial por funcionário que não ostenta cargo, após a Constituição Federal de 1988. Exercício da titularidade sem concurso público. Legalidade do ato do Tribunal de Justiça do Estado do Pará que incluiu a serventia extrajudicial vaga no certame em andamento para o regular provimento dos cargos. – “Se a designação para responder pela titularidade de serventia extrajudicial alcançou pessoa não concursada para esses específicos cargos de notário e registrador e tal fato ocorreu a partir do advento da Constituição Federal de 1988, ainda que respaldada em disposição de lei ou Constituição Estadual, resta caracterizada a irregularidade do provimento por desrespeito ao § 3º. do art. 236 da

⁴⁶⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., pp. 287-288.

⁴⁷⁰ Altera dispositivos da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

Carta Magna, posto que, segundo o seu comando, o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se admitindo exceções” (CNJ – PP 200810000013644 – Rel. Cons. Rui Stoco – 69ª. Sessão – j. 09.09.2008 – DJU 26.09.2008).

No mesmo sentido, verifica-se precedente do STF:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida liminar. Notários e Registradores. Titular. Necessidade de concurso público. Art. 236, § 3º. da Constituição. Impossibilidade de efetivação imediata de serventuário substituto na vacância do cargo. Liminar deferida com efeitos “ex tunc”. – “Lei complementar estadual que converte em titulares de cartórios de registros e notas bacharéis em Direito que não realizaram concurso público específico para o cargo. Afronta ao § 3º. do art. 236 e ao inciso II do art. 37 da Constituição Federal. Precedentes. Liminar deferida com efeitos ex tunc. Decisão unânime” (STF – Sessão Plenária – MC em ADI 3.519 – Rel. Minº. Joaquim Barbosa – j. 16.06.2005 – RTJ 196/557).

Na seara das atribuições de controle administrativo, vislumbra-se que é função primordial do CNJ zelar para que o Poder Judiciário e os serviços notariais e registrares observem os ditames estabelecidos pelo artigo 37 da Constituição, mas o zelar é menos que controlar e nunca regulamentar.⁴⁷¹

Entende-se que é regulamento executivo, pois objetiva disciplinar e unificar a aplicação da Lei 11.441/07, porém, pode-se argumentar que regulou também áreas do Direito Civil, Processual Civil e de Família, ainda que por via administrativa.

3.3.8 Resolução 59, de 09.9.2008: Procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e de telemática

O próprio CNJ justificou a edição da resolução 59: pela “necessidade de aperfeiçoar e uniformizar o sistema de medidas cautelares sigilosas referentes às interceptações telefônicas, de informática ou telemática, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”; pela “imprescindibilidade de preservar o sigilo das investigações realizadas e das informações colhidas, bem como a eficácia da

⁴⁷¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho ..., p. 287.

instrução processual”; no disposto no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que narra “ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e nas formas que a Lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” e, por fim, na forma do art. 1º. da Lei nº. 9.296/96, o qual regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, que todo o procedimento nele previsto deverá tramitar sob sigredo de Justiça.

Pedersoli traz que a resolução em comento, “arrogando-se a competência legislativa processual, estabelece as regras a serem adotadas pelos Magistrados quando do deferimento cautelar de interceptação telefônica, inclusive detalhando o que constar da mesma decisão”.⁴⁷²

Dentre a fundamentação da resolução, verifica-se ter o CNJ a editado pela “necessidade de propiciar ao Magistrado condições de decidir com maior independência e segurança”. A prática faz notar, porém, que o CNJ mais uma vez pretendeu substituir o legislador e ainda comprometeu a independência dos Magistrados ao impor a comunicação e os requisitos das decisões de deferimento das escutas autorizadas. Deve ser acrescentado que as Corregedorias são órgãos fiscalizadores administrativos, não possuindo atribuição para interferir na atuação dos julgadores, especialmente por se tratar de procedimentos sigilosos.⁴⁷³

Contra tal resolução houve a impetração pela Procuradoria-Geral da República da ADI nº. 4145/DF. Um dos argumentos da PGR apresentados na ADI é que a resolução do CNJ seria inconstitucional por adentrar em atividade cabível ao Poder Judiciário.

Pedersoli é categórica ao afirmar que o “incontido receio de que houvesse interferência na atividade-fim dos Magistrados, que se fez presente quando da criação do CNJ no Brasil, agora possui amparo real diante da resolução nº. 59”.

⁴⁷² PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição..., p. 59.

⁴⁷³ Ibidem, p. 60.

Releva notar que, efetivamente, essa resolução criou requisitos formais para validade de decisão jurisdicional proferida em processos cautelares criminais, depositados no artigo 10 da resolução 59/2008.⁴⁷⁴

Verifica-se, todavia, que o próprio CNJ já entendeu não possuir competência para delimitação de procedimentos judiciais, senão vejamos:

Recurso Administrativo. Pedido de Providências. Incompetência funcional do Conselho Nacional de Justiça. Habeas Corpus. Regulamentação de procedimentos judiciais. – “Refoge da competência do CNJ instituir procedimentos a serem observados em feitos judiciais. Recurso improvido” (CNJ – PP 200710000018145 – Rel. Cons. Antonio Umberto de Souza Júnior – 57ª. Sessão – j. 26.02.2008 – DJU 18.03.2008).

Em conclusão, o ato judicial pode ser agora anulado por violação à resolução 59/2008, se não possuir os requisitos formais oriundos de um regulamento administrativo.

3.3.9 Resolução 60, de 19.9.2008: Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional.

O Código de Ética da magistratura distingue sobre os princípios já existentes a reger a carreira da magistratura, derivados da Constituição Federal e da Lei

⁴⁷⁴ Art. 10. Atendidos os requisitos legalmente previstos para deferimento da medida o Magistrado fará constar expressamente em sua decisão:

I - a indicação da autoridade requerente;

II - os números dos telefones ou o nome de usuário, e-mail ou outro identificador no caso de interceptação de dados;

III - o prazo da interceptação;

IV - a indicação dos titulares dos referidos números;

V - a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão;

VI - os nomes das autoridades policiais responsáveis pela investigação e que terão acesso às informações;

VII - os nomes dos funcionários do cartório ou secretaria responsáveis pela tramitação da medida e expedição dos respectivos ofícios, podendo reportar-se à portaria do juízo que discipline a rotina cartorária.

§ 1º. Nos casos de formulação de pedido verbal de interceptação (artigo 4º, § 1º. da Lei nº. 9.296/96), o funcionário autorizado pelo magistrado deverá reduzir a termo os pressupostos que autorizem a interceptação, tais como expostos pela autoridade policial ou pelo representante do Ministério Público.

§ 2º. A decisão judicial será sempre escrita e fundamentada.

Complementar 35/79, em seus artigos 35, inciso VIII, e 56, inciso II. Os princípios que contém são os da independência, imparcialidade, transparência, integridade pessoal e profissional, diligência e dedicação, cortesia, prudência, sigilo profissional, conhecimento e capacitação, dignidade, honra e decoro. Não está presente qualquer sanção pelo descumprimento de seus mandamentos.

Na França, Pedersoli narra que desde março de 2007 o Conselho Superior da Magistratura elabora um código de obrigações deontológicas dos Magistrados, de forma semelhante ao Código de Ética em estudo.⁴⁷⁵

O regulamento em comento, apesar de formalmente embasado na Constituição e na LOMAN, criou obrigações, orientando abstratamente a atuação do Juiz, não só no exercício da sua profissão, mas também na forma como conduz sua vida pessoal. Não podemos esquecer que o Juiz também é um ser humano, sujeito a erros e descuidos em sua vida pessoal. Não há dúvida quanto à propriedade de tudo o que prevê o Código de Ética da Magistratura, mas mais uma vez há que se destacar deverem tais restrições a Direitos e obrigações ser introduzidas no ordenamento jurídico por lei.

3.3.10 Resolução 75, de 12.05.2009: Concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura

No tocante a uniformizar o procedimento dos concursos públicos para o ingresso na carreira da magistratura, o CNJ dispõe desde a abertura do concurso de ingresso até a inscrição, etapas, classificação, publicidade, as comissões do concurso e suas atribuições, recursos e a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiências.

Romano, tratando da função jurisdicional, especialmente da independência do Poder Judiciário, relata que “entre as disposições que constituem a ordenação judiciária, a que diretamente diz respeito à carreira dos Magistrados e à sua inamovibilidade, tanto do cargo como da sede, deve-se ressaltar que nenhuma

⁴⁷⁵ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição..., p. 84.

autoridade estranha ao poder Judiciário pode chamar a si as atribuições dos tribunais, nem reformar-lhes ou anular-lhes os atos”.⁴⁷⁶

Sampaio traduz que poderia ter sido atribuída ao CNJ a função de recrutamento de Juízes, atribuição comum nos países estudados, mas o fato é que tal não ocorreu. Isso se constituiria em uma carência identificada no modelo adotado no Brasil.⁴⁷⁷

Verifica-se, porém, ter o CNJ se esquivado de interferir nos concursos dos Tribunais:

Recurso Administrativo em Procedimento de Controle Administrativo. Concurso de Ingresso para Provimento de Cargos de Servidores Efetivos do Tribunal Superior do Trabalho. Questionamento por candidato acerca da legalidade de critérios estabelecidos e de quesito de avaliação da prova subjetiva. Pretensão de declaração de incorreção do gabarito e conseqüente pontuação. – “O Conselho Nacional de Justiça não tem competência para rever a conveniência e oportunidade dos atos administrativos, pois sua atuação restringe-se à verificação da legalidade e regularidade jurídica dos atos da administração judiciária. Nem lhe cabe substituir-se ao órgão administrativo do Tribunal para julgar gabarito de prova em concurso público de ingresso, posto refugir de sua atribuição de revisor da regularidade dos atos. Aos órgãos do Poder Judiciário não compete imiscuir-se no mérito do ato administrativo e na área de liberdade concedida ao administrador, cabendo-lhe apenas atuar no campo da legalidade” (CNJ – PCA 200810000009800 – Rel. Cons. Rui Stoco – 65ª. Sessão – j. 24.06.2008 – DJU 05.08.2008).

Sampaio acrescenta que também poderiam ter sido outorgadas ao Conselho atribuições em matéria de treino e aperfeiçoamento dos Magistrados, sendo que a E.C. nº. 45/2004 acabou por dispersar mais ainda os mecanismos institucionais voltados para tais funções. Tal medida talvez pudesse reduzir o número de denúncias de favoritismos e de concursos sob suspeita. Quanto as Escolas da Magistratura, observa que “seria preferível, entretanto, que ao Conselho estivessem vinculadas as Escolas ou mesmo uma Escola somente, bem como a programação de cursos de aperfeiçoamento dos juízes”. Lembra que “a realização do concurso permanece no âmbito de atribuição

⁴⁷⁶ ROMANO, Santi. *Princípios...*, p. 389.

⁴⁷⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho ...*, p. 277.

dos tribunais, o que importará controle pelo CNJ”. Acrescenta que o processo de vitaliciamento poderia exigir participação em curso oficial ou reconhecido por uma das Escolas e a aferição do mérito para fins de promoção, “a ter-se por exigência o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”.⁴⁷⁸

3.4 Ponderações Finais Sobre os Regulamentos do CNJ

Observa Freitas que o “Direito fundamental à boa administração pública vincula⁴⁷⁹”, sendo que a “inibição auto-restritiva da sindicabilidade cede lugar sensato ao primado do Direito fundamental à boa administração e ao correspondente dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem⁴⁸⁰”.

Neste sentido, deve ser verificado ter o CNJ realizado importantes contribuições no aprimoramento da boa gestão no âmbito do Poder Judiciário, racionalizando sua administração. Efetivamente, o Direito à boa gestão pública implica especificamente ao Poder Judiciário (além dos princípios atinentes ao devido processo legal) a realização de um processo célere e racionalizado, o que tem sido obtido através das resoluções emitidas pelo CNJ.

As assertivas apresentadas resultam da aplicação do desenvolvido nos capítulos antecedentes aos termos das resoluções emitidas pelo CNJ, especialmente quanto à possibilidade da edição de regulamento autônomo, ao princípio da reserva legal, aos limites do poder regulamentar e ao respeito aos princípios gerais do Direito. As ponderações a seguir traçadas têm a pretensão de ser aplicáveis a todas as resoluções.

Habermas diz que o Direito positivo serve de per si à redução da complexidade social. Como resultado da desidealização, “as regras jurídicas compensam a indeterminação cognitiva, a insegurança motivacional e a reduzida

⁴⁷⁸ Idem.

⁴⁷⁹ FREITAS, Juarez. Discrecionalidade p. 43.

⁴⁸⁰ Idem.

capacidade de coordenação que tem as normas morais em geral as normas de formação de ação”.⁴⁸¹

Continua que os “Direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito podem entender-se como outros tantos passos para a redução dessa inevitável complexidade que resulta visível a contraluz do modelo que representa a associação comunicativa pura”.⁴⁸² Acrescenta:

Certamente todos os complexos institucionais e organizativos são também mecanismos para a redução da complexidade; porém em sua forma de instituições de Direito constitucional estes mecanismos tem a vez em sentido reflexivo de travas, ou cautelas que obram em direção oposta à de uma complexidade social que ameça minar as pressuposições de uma prática atrelada aos princípios do Estado de Direito.⁴⁸³

Nino, por sua vez, explica que o procedimento democrático não é uma atividade espontânea senão um produto de regras. Essas regras não são arbitrárias, mas estão desenhadas para maximizar o valor epistêmico daquele processo.⁴⁸⁴ Continua que esse valor depende de vários fatores:

Incluindo a amplitude da participação na discussão entre aqueles potencialmente afetados pela decisão que se toma; a liberdade dos participantes de poder expressar-se por si mesmos em uma deliberação; a igualdade de condições sob as quais a participação se desenvolve; a satisfação do requerimento de que as propostas sejam apropriadamente justificadas; o grau no qual o debate é fundado em princípios no lugar de consistir em uma mera apresentação de interesses; o evitar a apresentação das chamadas maiorias congeladas; a extensão em que a maioria apoia as decisões; a distância no tempo desde que o consenso fora alcançado; e a reversibilidade da decisão.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2001. p. 405.

⁴⁸² Idem.

⁴⁸³ Idem.

⁴⁸⁴ NINO, Carlos Santiago. La Constitución de la Democracia Deliberativa. Barcelona: Gedisa, 2001. p. 273.

⁴⁸⁵ Idem.

Conclui que as “regras do processo democrático tratam de assegurar que estas condições sejam alcançadas no máximo grau possível com o objeto de que as leis que se sancionam resultem ser guias confiáveis para conduzir a princípios morais”.⁴⁸⁶

Estes ensinamentos foram colacionados, neste item, para ressaltar que o respeito às regras jurídicas, os Direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito devem nortear a edição dos regulamentos. Igualmente, as regras do processo democrático devem ser respeitadas, para que também os regulamentos editados pelo CNJ possam ser guias confiáveis para a condução à verdadeira Justiça.

⁴⁸⁶ Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O mundo nunca viveu uma experiência tão promissora na positivação dos Direitos fundamentais. Por outro lado, têm sido relatadas, com bastante intensidade, arbitrariedades que negam esses mesmos Direitos. Tal fenômeno exige a presença do Direito, como instrumento mais adequado para o encontro e a manutenção da paz. O Direito, ainda que não exclusivamente, é aplicado pelo Poder Judiciário, e o aperfeiçoamento deste Poder ocorre também pelo Conselho Nacional de Justiça e, em última instância, por seus regulamentos.

2. O poder, entendido como o decorrente da soberania e atribuído à autoridade, sempre esteve nas mãos do líder da nação, que utilizava o sistema judiciário como meio de manutenção do poder, ou impedia sua atuação. Com a revolução francesa, o poder passou para o Legislativo, que desconfiava das instituições até então existentes, especialmente o Judiciário, sendo criados mecanismos de controle. Hodiernamente, não necessariamente havendo uma colisão de todos os interesses dos representantes e representados e tendo a Constituição se tornado o ponto basilar da organização do Estado, portanto fonte do poder – ressalte-se que corretamente colocado na mão do povo nos estados democráticos -, há mais do que nunca a necessidade da atuação ativa e supletiva do Poder Judiciário, rastreado nos princípios erigidos na Constituição os meios de defesa das minorias e promoção dos Direitos Humanos, especialmente ante os novos desafios surgidos com o delineamento da criação da comunidade global.

3. A Constituição figura no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema. O processo de rematerialização do constitucionalismo supõe a existência de princípios, Direitos e normas substantivas que vem autorizando a edição de regulamentos, mas deve também trazer parâmetros para a edição desses regulamentos.

4. A introdução do CNJ, por estar desacompanhada de uma ampla reestruturação institucional, não importou a alteração de poderes, mas também a reforma Judiciária promovida pela EC 45/2004 pouco fez para resolver o verdadeiro problema do Poder Judiciário, que é a demora na prestação jurisdicional. Sampaio evidencia que no Brasil os objetivos da criação do CNJ são “racionalizar menos a administração da Justiça e zelar pela independência no judiciário, como em outros lugares, e mais motivar o estabelecimento de *accountability*, fiscalização e controle para modernização do funcionamento interno do Poder, racionalizando o uso dos recursos humanos e financeiros”⁴⁸⁷, bem como evitar o “nepotismo, a corrupção, a má gestão e desperdícios”.⁴⁸⁸

5. Pela existente crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo, há que se delimitar o ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e o processo político majoritário. Também pelas críticas que se faz ao Judiciário, há que se determinar um ponto de equilíbrio que permita ao CNJ emitir regulamentos dentro de parâmetros definidos. Não se pode abandonar a visão, porém, que as características próprias da sociedade brasileira, adotando-se a descrição sociológica de *Raízes do Brasil*, do historiador Sérgio Buarque de Holanda⁴⁸⁹, tornam mais difícil a tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história e agora busca o tempo perdido.

6. O CNJ não é titular das mesmas competências que o Poder Legislativo, assim, foram colacionados parâmetros do que pode o CNJ regular, até para possibilitar a fiscalização pelo STF. Analisou-se também, que tal regulamentação sempre deve vir precedida de uma autorização legislativa ou de uma autorização constitucional específica, delimitando a matéria que pode ser objeto de regulamentação, com limites claros e definidos. Clève, Sarlet e Streck elaboram que “está em causa, aqui, a defesa enfática e necessária dos elementos essenciais do nosso Estado Democrático de Direito, que,

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 260.

⁴⁸⁸ Idem.

⁴⁸⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 3ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

por certo, não há de ser um Estado governado por atos regulamentares, decretos e resoluções”.⁴⁹⁰

7. O poder regulamentar pode derivar da necessidade de uniformizar e corrigir a atuação dos órgãos e agentes judiciários, mas tal poder não pode influenciar a decisão de conflitos de interesses, a que procura a imparcialidade. Hoje, os Magistrados podem estar sujeitos a ter todos os seus atos verificados na esfera disciplinar e administrativa perante o Conselho Nacional de Justiça, o que pode afetar o exercício da atividade jurisdicional pelo julgador.

8. Não é plenamente correto invocar a experiência estrangeira para embasar ao poder regulamentar do CNJ brasileiro. Primeiro, existe um regime presidencialista, sendo a distribuição de forças diversas dos sistemas parlamentaristas europeus. Segundo, o judiciário brasileiro possui uma independência única, o que levou o CNJ a limitar a sua atuação de maneira mais efetiva do que cumprir a sua primeira diretriz: a garantia da independência do Poder Judiciário. Terceiro, há um sistema de jurisdição única, lembrando ter a Europa uma jurisdição administrativa. Quarto, o ordenamento jurídico brasileiro, diferente do Direito comparado, não delineou claramente a esfera jurídica na qual o regulamento pode ser editado, ou seja, as matérias que comportam regulamentação.

9. O poder regulamentar deve estar subordinado aos princípios gerais do Direito, enquanto estes expressem os pensamentos jurídicos básicos do país, as ideias substanciais que articulam e animam o ordenamento em seu conjunto. O regulamento é uma norma secundária e subordinada na sua própria essência, complementa a lei, mas não a supre, e uma injustiça em sua utilização, por sua característica normativa, multiplicará e ampliará seus efeitos injustos no tempo, na extensão, na intensidade, através da infinitude de atos aplicativos do mesmo, alcançando, pois, um grau de injustiça incomparavelmente superior ao que caiba esperar da ilegalidade de um só ato.

10. Com Habermas, entende-se que, “segundo o pressuposto de um conceito voluntarista de validade normativa, a pretensão de validade das decisões majoritárias não pode fundamentar-se apelando ao bem comum, à expectativa coletiva de utilidade ou à

⁴⁹⁰ CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. Os limites ...

razão prática; pois para isso seria ministrar critérios objetivos”.⁴⁹¹ Renovamos o entendimento de que a resolução antinepotismo tem mostrado resultados expressivos na moralização de setores do Poder Judiciário, mas, claramente, restringe Direitos, pelo que, evidencia-se que suas normas deveriam ser introduzidas no ordenamento jurídico por lei.

11. Advertem Enterría e Fernández que os “regulamentos constituem hoje, sem dúvida, a maior ameaça da liberdade”⁴⁹², devendo ser retomado o processo legislativo para regulamentar as leis e preencher os espaços hoje ocupados pelos regulamentos.

12. As resoluções emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça, em alguns casos estudados, têm sido de natureza constitutiva, ou seja, estão inovando na ordem jurídica, como, por exemplo, a decisão sobre o nepotismo, apesar da aparência de declarar um Direito pré-existente. Assim, o CNJ tem emitido “regulamentos autônomos” e as suas decisões administrativas vêm se cristalizando em normas gerais e abstratas, sendo este um movimento que, apesar de não inteiramente correto, é útil, tendo aceitação da sociedade, validado pelo STF.

13. Existem indícios de que o povo brasileiro deposita no Judiciário uma confiança única, atribuindo-lhe responsabilidades que vieram a criar o recente ativismo judicial, como delineado na introdução. Está-se utilizando de uma teoria semelhante ao “ativismo judicial” - que pode ser chamada de “ativismo administrativo” - também para justificar a utilização geral e irrestrita do regulamento pelo Conselho Nacional de Justiça, como demonstra a resolução 07/2005, dentre outras.

14. Necessário reconhecer que o Conselho tem usado seu poder regulatório para limitar e delinear a atividade dos Magistrados e Desembargadores de forma a diminuir as influências político-partidárias, aumentar a transparência, tornar técnicas as decisões e criar um maior controle sobre essa atividade de aplicação do Direito. Em

⁴⁹¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2001.p. 368.

⁴⁹² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 218.

suma, ampliou-se o controle e inicia-se o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, em atendimento aos ditames do artigo 37 da Constituição Federal.

15. Os projetos de regulamento devem ser submetidos à consideração das associações profissionais de juízes e às entidades corporativas profissionais, cujos interesses possam ser afetados pelo regulamento a ser criado. A justificativa de tal assertiva reside no respeito às regras democráticas e no fato de que os destinatários do regulamento podem contribuir, não só para a sua correção, mas definitivamente para a sua efetividade.

16. Ao ter sido reconhecido pelo STF a possibilidade de o CNJ editar regulamentos, a utilização do poder regulamentar pode ser direcionada para a criação de regras mais específicas para o aperfeiçoamento dos integrantes do Poder Judiciário e o aprimoramento dos sistemas de recrutamento de Juízes, atribuição constitucional do CNJ.

O aperfeiçoamento dos integrantes do Poder Judiciário ocorre, precipuamente, com o incentivo à participação em cursos de aperfeiçoamento, programas de Mestrado, de Doutorado etc. O CNJ, ao editar a resolução 64/2008, poderia ter avançado na questão. Essa resolução tem especial relevância no aprimoramento do Poder Judiciário, e deveria ter criado maiores incentivos, tanto estabelecendo condições materiais aos Juízes para a participação em programas de pós-graduação, quanto estabelecendo justa graduação, para tal participação, nos critérios de aferição de merecimento.

O recrutamento sairia beneficiado com um maior número de candidatos inscritos, devendo a carreira ser mais atrativa e devendo ser criados melhores critérios de recrutamento, inserindo estágio probatório e cursos de preparação.

17. Por fim, crê-se que a função primordial do CNJ é dar apoio aos Juízes e órgãos judiciais que se sintam atacados em sua independência. Existem casos em que a defesa da Magistratura por meios jurídicos, ou seja, pela preservação da independência funcional do Magistrado junto ao próprio Poder Judiciário, não é suficiente. São necessárias, então, medidas políticas para complementá-la. Neste fundamento, além da defesa dos presidentes dos Tribunais e de associações corporativas, é que reside a

justificativa primeira da existência de Conselhos de Justiça, conforme modelo originalmente imaginado. O CNJ já tem o poder de preservar a autonomia interna do Poder Judiciário, devendo perseguir formas de resguardá-la de terceiros, estranhos ao Poder, e efetivar sua defesa.

Há que se reafirmar a necessidade de compromissos do novo órgão constitucional para que a sua atuação seja precipuamente voltada para a efetiva garantia da independência do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos de Direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARGENTINA, Constituição (1994). Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf. Acesso em 01.6.2009.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: Temas de Direito Constitucional – tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 271 – 306.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus navigandi: 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 01.07.2009.

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3367 / DF – Rel.: Min. Cezar Peluso - Julgamento: 13/04/2005 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Repte.: AMB - reqdo.: Congresso Nacional. (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?S1=ADI.SCLA.+E+3367.NUME.&base=baseacordaos>>. Acesso em 6.6.2009)

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 06.06.2009.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5771&Itemid=668>. Acesso em 10.06.2009.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2008: principais fatos e análise da série histórica. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em 10.6.2009.

_____. Discurso de posse do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial>>. Acesso em 01.06.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=nepotismo&base=baseAcordaos>>. Acesso em 15.06.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Adin nº. 1.435-8/DF. Medida Liminar. Rel. Min. Francisco Rezek. Diário da Justiça. Seção I, 6 de agosto de 1999, p.5.

_____. Tribunal De Justiça do Paraná. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em 06.06.2009.

BRUNA, Sérgio Varella. Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAETANO, Marcelo. Princípios fundamentais de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Panóptica, Vitória, ano 1, nº.6, fev. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª. Edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia. Alceu, vol.05, nº.09, p.105/113, dez. 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo. 2ª. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Nota de aula. Programa de Mestrado da UNIBRASIL. Curitiba, 10 out. 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. Os limites constitucionais das resoluções do CNJ e do CNMP. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2007. Disponível em <<http://>>

www.abdconst.com.br/publicacoes_artigos_mostra.php?id=5>. Acesso em 01.02.2008.

CONVENÇÕES DE GENEVRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1992.

CRETELLA JUNIOR, José. Tratado de Direito administrativo. V. 1, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

ESPANHA. Constituição (1978). Constitución Española. Disponível em: <http://www.senado.es/constitu/index.html>. Último acesso em 01.6.2009.

FALCÃO, Joaquim. Agências Reguladoras e o Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4054:agias-reguladoras-e-o-poder-judicio&catid=74:artigos&Itemid=676>. Acesso em: 10.06.2009.

FERRAZ, Sérgio. 3 Estudos de Direito: desapropriação de bens públicos, o prejudgado trabalhista em face da Constituição, regulamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

FRANÇA. Constituição Francesa. Disponível em : <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution°.asp>>. Acesso em 6.6.2009.

FREITAS, Juarez. Discricionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. 2ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 12ª. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Poder Regulamentar. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRAU, Eros Roberto. O Direito posto e o Direito pressuposto. 5ª. ed. rev. atual. e ampl . São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2001.

HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. 3ª. edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HUDSON, Barbara. Direitos Humanos e “Novos Constitucionalismo”. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coordenadores). Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. pp. 11-28.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito administrativo. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O Direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Conselho Nacional de Justiça e a Administração do Poder Judiciário. Revista de Processo, São Paulo, v. 31, nº. 141, pp. 263-278, Nov. 2006.

MATEO, Ramón Martín. Manual de Derecho Administrativo. 21ª Ed. Madri: Editora Trivium, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 25ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Direito Constitucional. 17ª. edição. São Paulo: Atlas, 2005.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na Ótica da Teoria Estruturante do Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coordenadores). Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. pp. 45-52.

NINO, Carlos Santiago. La Constitucion de la Democracia Deliberativa. Barcelona: Gedisa, 2001.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça: um estudo sobre a concretização normativa (in)direta da Constituição da República Brasileira em nível regulamentar. Belo Horizonte, 2009. 93f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

PELICIOLO, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo. São Paulo: Editora LTr, 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y Positivismo. Coyoacán: Fontanamara, 1999.

ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

ROYO, Javier Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2002.

RUARO, Regina Linden, CURVELO, Alexandre Schubert. O poder regulamentar (autônomo) e o Conselho Nacional de Justiça – Algumas anotações sobre o poder regulamentar autônomo no Brasil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.96, nº.858, pp. 103-132, abr. 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às Agências Reguladoras. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 17-38.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de Direito público. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trotta: Madrid, 1999.

