

A FUNÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E OS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA NORMATIVA¹

LÚCIO DELFINO

PÓS-DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS). DOUTOR EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP). DIRETOR DE PUBLICAÇÕES DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL (ABDPRO). MEMBRO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB). DIRETOR DA REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL (RBDPRO). ADVOGADO.

MARCELO PICHOLI DA SILVEIRA

BACHAREL EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ (UEM). PÓS-GRADUADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES (UCAM-RJ). PÓS-GRADUANDO EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES (UCAM-RJ). MEMBRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL (ABDPRO). ASSESSOR DE JUIZ DE DIREITO.

SUMÁRIO: 1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004 E A CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – 2. ESTRUTURA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – 3. COMPOSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – 4. FUNÇÕES E PODERES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – O POLÊMICO INCISO I DO §4.º ART. 103-B DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004 E A CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 foi responsável por realizar verdadeiras reformas no âmbito do Judiciário. Não sem razão ficou conhecida como a Emenda da “Reforma do Poder Judiciário”².

O objetivo aqui não se volta a exploração de todas as mudanças engendradas pela EC n.º 45. Tampouco se pretende retomar a discussão, bem famosa, sobre a (in)constitucionalidade desse órgão, malgrado o assunto já esteja sepultado pelo Supremo Tribunal Federal – STF na conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367. O centro da presente pesquisa é o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (CF, art. 92, inciso I-A), suas funções (*cf.* item 2, *infra*) e, sobretudo, a extensão dos poderes normativos que lhe foi conferida pelo constituinte derivado (*cf.* item 3, *infra*).

¹ Artigo publicado em: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; JR., Nelson Nery. *Crise dos Poderes da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

² Veja-se: LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Gérson de. *Reforma do Poder Judiciário – comentários iniciais à EC 45/2004*. São Paulo: Malheiros, 2005.

2. ESTRUTURA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O art. 92 da Constituição Federal define o CNJ³ como “órgão” do Poder Judiciário. Significa isso, em linguagem administrativista, que a EC n.º 45/2004 operou uma *desconcentração* de funções do Judiciário. Tal fenômeno ocorre quando o Estado faz uma distribuição interna ou um remanejamento de atividades dentro de uma pessoa jurídica. Daí se falar, para tais casos, em *órgãos públicos* (≠ entidades públicas), cada qual deles tendo uma atribuição específica⁴. Não há outra explicação para a criação de órgãos (a *desconcentração*) senão a tentativa de garantir eficiência e racionalidade. Que fique claro: órgãos não são dotados de personalidade jurídica própria⁵⁻⁶⁻⁷, pois não passam de *centros de competência* específicos de uma entidade (esta sim tendo personalidade).

A posição acima exposta leva em consideração o conceito legal de órgão público extraído da própria legislação federal: a Lei n.º 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo) define, em seu art. 1.º, § 1.º, inciso I, que o órgão é “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta”. Além disso, a doutrina administrativa sinaliza não haver dúvida que a *teoria do órgão* de Otto Gierke prevaleceu sobre outras teses (*teoria do mandato e teoria da representação*, só para exemplificar⁸).

Otto Gierke fez uma comparação entre Estado e ser humano: as pessoas em geral manifestam suas vontades, no mundo da vida, através de sons, gestos, imagens. Cada uma delas é dotada de capacidade de direito cuja vontade é expressa por meio de seus órgãos humanos. Se “A” ataca “B” com seu braço direito, a vítima poderá

³ Sobre o panorama dos sistemas de governo e de administração de tribunais, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Do Conselho Nacional de Justiça. In: _____; GONET BRANCO, Paulo Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.033; SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 177-238.

⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68.

⁶ Eles — os órgãos — são unidades que congregam “atribuições exercidas pelos agentes públicos que integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19.ª ed., 2004, São Paulo: Atlas, p. 494).

⁷ “[...] não são pessoas, mas centros de competência criados pelo Direito Público”, compondo a estrutura do Estado sem dele se distinguirem (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47).

⁸ Sobre o assunto, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 11, jul./ago./set. 2007.

promover em face do agressor ação judicial com pretensões indenizatórias. Seria ridículo que “A” pretendesse eximir-se da responsabilidade argumentando que foi seu braço e não ele próprio o causador da agressão (*princípio da imputação volitiva*⁹). Este exemplo parece infantil, mas tem o mérito do didatismo.

Enfim, a lição que se pode extrair daí é a seguinte: tal como as pessoas, o Estado também atua no mundo da vida por meio de órgãos (estatais, públicos). Assim como indicado acima, caso um órgão estatal — um “braço” — acarrete dano a alguém, a responsabilidade recairá no Estado, pois o referido órgão não é sujeito de direito, não tem personalidade jurídica que permita atribuir-lhe responsabilidade.

Uma famosa construção teórica de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda parte do pressuposto de que entes públicos são, na verdade, “*presentados em juízo*” (e não “*representados*”). Assim se lê em seus comentários ao art. 12 do Código de Processo Civil de 1973: “(...) por vezes, as leis erram: põem ‘representadas’ por ‘presentadas’”¹⁰, sendo que tal norma “diz que os seres sociais por ela apontados são ‘representados em juízo, ativa ou passivamente’, erra palmarmente, sempre que não houve outorgar de poderes e sim função de órgãos”¹¹.

Em outras palavras, significa dizer que o Estado se faz presente (= é *presentado*) na ideia fornecida por Pontes de Miranda, aí não havendo mera representação. Com o órgão algo similar ocorre: o ente se faz *presente* pelo órgão, e a mera desconcentração não impede tal conclusão.

3. COMPOSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O CNJ — órgão, repita-se, do Poder Judiciário¹²⁻¹³ — tem quinze membros, cada um deles com mandato de dois anos, admitida uma recondução por idêntico período.

⁹ “Segundo o princípio da imputação volitiva, com base na teoria dos órgãos, as ações cometidas pelos agentes são atribuídas a pessoa jurídica na qual esteja ligado, devendo ela sofrer pelos prejuízos causados por seus membros” (STJ, AREsp n.º 866.573/DF. Rel. Min. Herman Benjamin. Decisão monocrática. Julgado em 15.03.2016).

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. I, p. 267.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. I, p. 319.

¹² O CNJ, de acordo com o próprio Supremo Tribunal Federal, é “órgão de natureza exclusivamente administrativa”, com o objetivo de controlar a atividade “administrativa, financeira e disciplinar da magistratura” (STF, ADIn n.º 3.367. Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário. Julgado em 13.04.2005).

A composição desses membros é predeterminada pela Constituição Federal (CF, art. 103-B, incisos I a XIII):

- 1) o Presidente do STF;
- 2) um Ministro do STJ, indicado pelo próprio STJ;
- 3) um Ministro do TST, indicado pelo próprio TST;
- 4) um desembargador de um Tribunal de Justiça, indicado pelo STF;
- 5) um juiz de direito, indicado pelo STF;
- 6) um juiz de algum TRF, indicado pelo STJ;
- 7) um juiz federal, indicado pelo STJ;
- 8) um juiz de algum TRT, indicado pelo TST;
- 9) um juiz do trabalho, indicado pelo TST;
- 10) um membro do MPU, indicado pelo Procurador-Geral da República;
- 11) um promotor de justiça, escolhido pelo Procurador-Geral da República entre os nomes indicados por cada MP estadual;
- 12) dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB;
- 13) dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Cabe salientar que, por lógica, o prazo de dois anos de mandato não vale para o Presidente do STF (nem para o Vice), pois “são eleitos e tomam posse como decorrência das funções exercidas perante o Supremo Tribunal Federal”¹⁴. E sobretudo porque, como visto, é o Presidente do STF que presidirá o CNJ. No caso de ausência e ou impedimento, a tarefa de presidir é atribuída ao Vice-Presidente (CF, art. 103-B, § 1.º).

O § 2.º do art. 103-B — com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 61/2009 — tem texto que pode denotar alguma confusão: “os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. Faltou, ao que parece, clareza na elaboração desse dispositivo.

¹³ Por isso, José Afonso da Silva entende ser equivocada a ideia segundo a qual o CNJ exerce um controle externo do Poder Judiciário: “esta expressão peca por sua má significação, porque transmite a ideia de que o Poder Judiciário seria controlado por um órgão externo” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 38.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 574).

¹⁴ PANSIERI, Flávio. Comentário ao art. 103-B. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.436.

O sentido do mencionado dispositivo, segundo a melhor orientação doutrinária, é o seguinte: *primeiro*, há a indicação da entidade específica pela cadeira (exemplo: STJ indicando um juiz federal — art. 103-B, inciso VII); *segundo*, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a CCJ do Senado Federal, realiza a “sabatina” do membro indicado; *terceiro*, a maioria absoluta da composição do Senado aprova o nome indicado para o CNJ, conforme art. 288, inciso III, alínea “I”, do Regimento Interno do Senado Federal; e, em um *quarto e último momento*, a Presidência da República nomeia o sujeito indicado, em ato administrativo classificável, por assim dizer, como puramente vinculado, sem espaço para se cogitar de discricionariedade. Ao que tudo indica, há aí uma “chancela” do Executivo, uma solenidade que talvez apenas sirva para trazer tons de simbologia inerente à divisão de poderes.

Ao menos teoricamente, a composição do CNJ revela-se democrática. É sem dúvida mais plural que a composição do próprio Supremo. E ainda que predomine a presença da magistratura (algo até natural – afinal o CNJ é um órgão do Judiciário), ela própria é oxigenada pela eleição de um membro do STF, um do STJ, um do TST, um desembargador de algum TJ, um juiz de direito, um desembargador de algum TRT, um juiz federal, um desembargador de algum TRT e, finalmente, um juiz do trabalho.

Convém assinalar, por fim, que cada indicação tem prazo legal a ser obedecido. Na inércia do responsável pela indicação, a escolha é repassada ao STF (art. 103-B, § 3.º).

4. FUNÇÕES E PODERES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – O POLÊMICO INCISO I DO § 4.º DO ART. 103-B DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Reza o § 4.º do art. 103-B da Constituição Federal que ao CNJ compete “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”. De mais a mais, estabelece também que lhe cabe, “além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura”, o que prevê os incisos I e VII, rol a ser interpretado sem que se desconheça a prescrição inicial do já aludido § 4.º.

Segundo Ilton Norberto Robl Filho, e lição primorosa, a competência atribuída ao CNJ de proceder ao controle *administrativo* e *financeiro* do Poder Judiciário e do

cumprimento de deveres funcionais dos juízes traduz a *accountability* judicial institucional (administração e finanças) e a *accountability* judicial comportamental (deveres funcionais)¹⁵.

De toda sorte, importa aqui, a fim de respeitar os limites do presente estudo, o que estabelece o inciso I do § 4.º, segundo o qual é atribuição do CNJ zelar pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, com possibilidade de expedir atos regulamentares da sua competência ou recomendar providências. Há quem entenda que este comando normativo não chega a ter muita relevância prática, pois a Constituição Federal atribuiu grande independência decisional, comportamental e institucional ao Judiciário, sendo a independência judicial defendida política e juridicamente pelo STF¹⁶. Não parece ser esta a melhor posição, porém.

Não se pode ignorar que o texto normativo estabelece que *o CNJ pode expedir atos regulamentares* no âmbito de sua competência. Gilmar Ferreira Mendes aponta, aliás, ser esta “uma das atribuições que (...) tem ensejado maiores contestações e polêmicas”¹⁷. Note-se que enquanto não entrar em vigor o Estatuto da Magistratura o CNJ, “mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor” (EC n.º 45/2004, art. 5.º, § 2.º).

É de se perceber, ademais, que entre os administrativistas pensar em poder regulamentar já supõe (ou deveria supor) certo limite ínsito a referida tarefa. Odete Medauar, por exemplo, salienta que, “do ponto de vista lógico, é melhor dizer que há um poder normativo geral, do qual o poder regulamentar se apresenta como espécie”, sendo que, por razões didáticas, seu estudo faz-se de maneira apartada, justamente diante da “importância que sempre assumiu no ordenamento pátrio e o tratamento específico que a doutrina vem lhe conferindo”¹⁸.

E o que a doutrina já discorreu a respeito do poder regulamentar? Ora, poder regulamentar não pode significar mais que meramente a explicitação do teor das leis,

¹⁵ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Conselho Nacional de Justiça: controle (*accountability*) judicial. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro – Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 831.

¹⁶ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Conselho Nacional de Justiça: controle (*accountability*) judicial. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro – Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 831.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Do Conselho Nacional de Justiça. In: _____; GONET BRANCO, Paulo Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.037.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133-134.

preparando a sua execução, completando-as, se for o caso, e isso apenas quando houver necessidade logística, por assim dizer, porquanto a lei não pode abrir todas as minúcias da matéria que disciplina¹⁹. Neste sentido, é importante recordar a lição segundo a qual o ato regulamentar é sempre um ato secundário (ou derivado), incapaz de criar direitos com primazia e originalidade, pois este papel é da lei com exclusividade, ato normativo primário e originário por excelência²⁰. Ou em outros termos, “regulamentos são atos administrativos infralegais, expedidos no exercício de competência executiva específica, com a função de conferir aplicabilidade plena a uma norma legal que lhes antecede e na qual eles se fundamentam e pelas quais se limitam”²¹.

A despeito do que pensa José dos Santos Carvalho Filho, para quem o art. 103-B da Constituição Federal conferiu ao CNJ o poder de criar regulamentos autônomos e de natureza primária²², o CNJ é órgão do Judiciário e, como tal, está obrigado a ser curvar perante o princípio da separação de poderes. Não possui, por isso, poder regulamentar voltado ao incremento das balizas legais inerentes ao (futuro) Estatuto da Magistratura. Absolutamente equivocado, enfim, advogar que atos regulamentares do CNJ situem-se “no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierarquia normativa”²³⁻²⁴.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 134. Em sentido similar, mas tratando especificamente do Poder Executivo no âmbito da Administração Direta, v. FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público – gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

²⁰ COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2015, p. 359. Na mesma linha, André Tavares leciona que a Constituição dirige ao CNJ “atribuição eminentemente regulamentar, tal como faz o art. 84, IV (...) com relação aos regulamentos a serem expedidos pelo Presidente da República, o que não poderia ser diferente. Portanto, não promove, o preceptivo em questão, delegação legislativa ao CNJ, e nem poderia fazê-lo, uma vez que essa hipotética destinação de competência atentaria contra o critério constitucional originário da separação dos poderes, arrolado como cláusula pétrea (...), o que findaria por eivar a Emenda Constitucional n. 45, ao menos neste ponto, de inconstitucionalidade (material) (TAVARES, André Ramos. O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. Disponível em: RBEC. Ano 3, n. 9, jan/mar 2009, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 13-26).

²¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 36.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58.

²⁴ Nessa toada, Ilton Norberto Robl Filho aduz: “o exercício do poder regulamentar do CNJ, previsto no inciso I, do art. 103-B da CF [na verdade, do § 4.º], não pode (a) estabelecer novos direitos e deveres, (b) criar regras gerais e abstratas e (c) restringir direitos fundamentais. Por sua vez, esse poder regulamentar deveria concretizar leis formais (leis ordinárias e complementares) já estabelecidas e excepcionalmente efetivar diretamente a Constituição. Esse poder regulamentar possui uma função

Interessante artigo doutrinário sobre a referida problemática foi escrito por Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clèmerson Merlin Clève. Esses juristas defendem a importância que há em discutir os limites dessa expedição de “atos regulamentares”: poderia o CNJ substituir o Parlamento? Teria o constituinte derivado delegado ao CNJ um poder capaz de extrapolar a reserva de lei? Segundo sustentam, *com razão*, a resposta é negativa²⁵.

O argumento é “simples”²⁶: a lei carrega generalidade e abstração; os atos regulamentares — decretos, resoluções, portarias... — destinam-se a concreções e individualizações, de maneira que uma resolução jamais estará na mesma hierarquia da lei, pelo mero fato de esta emanar do Poder Legislativo e aquela ter apego às matérias de menor amplitude normativa²⁷. A advertência de Streck, Sarlet e Clève desperta atenção. Qual afinal o limite do poder regulamentador que se atribuiu ao CNJ? Há balizas de lei?

Veja-se o caso da Resolução n.º 203, de 23 de junho de 2015, que impôs a reserva de 20% das vagas para negros em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura²⁸. Trata-se de ato administrativo com evidente abstração e generalidade, não apresentando diferença ontológica (ou deontológica, que seja) com leis votadas e aprovadas pelos representantes populares no Congresso Nacional.

E aí começam os problemas. Na ocasião em que referida Resolução foi aprovada, o Presidente do CNJ (à época, o Min. Ricardo Lewandowski) invocou — para motivar o ato — a Lei n.º 12.990/2014; o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º

parecida com as leis medidas, devendo o CNJ exercer esse poder no âmbito de sua competência. [...] Os limites do poder regulamentar do CNJ dependem de duas questões: (a) o novo Estatuto da Magistratura Nacional e (b) costumes constitucionais firmados pelo CNJ, Supremo Tribunal Federal, Congresso Nacional e presidente da República” (ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 269).

²⁵ “[...] a leitura do texto constitucional não dá azo a tese de que o constituinte derivado tenha ‘delegado’ aos referidos Conselhos o poder de romper com o princípio da reserva de lei e de reserva de jurisdição” (STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça [CNJ] e do Conselho Nacional do Ministério Público [CNMP]. *Revista da ESMECS*, v. 12, n. 18, 2005, p. 19).

²⁶ “Simples”, não fraco. A simplicidade apenas demonstra, nesse caso, a força do argumento: ele é de simples exposição, não demandando maior esforço para exibi-lo ao leitor. É evidente em si mesmo.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMECS*, v. 12, n. 18, 2005, p. 19.

²⁸ Os autores não têm o objetivo de discutir, neste *paper*, a constitucionalidade ou não do tema das cotas, *mas o alcance de validade* deste verdadeiro poder normativo do CNJ.

12.288/2010); a decisão do STF proferida na ADPF n.º 186/DF; e “os resultados do Primeiro Censo do Poder Judiciário”. Alguém poderia dizer então que a Res. n.º 203/2015 do CNJ tem abstração e generalidade devidamente justificadas em leis *stricto sensu*, emanadas do próprio Poder Legislativo. Não é o caso, contudo.

A Lei n.º 12.990/2014, p. ex., reservou 20% de vagas apenas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (art. 1.º, *caput*). Não há nada nesse diploma legislativo impondo semelhante *dever ser* ao Poder Judiciário. O mesmo se diga a respeito do Estatuto da Igualdade Racial: ainda que ele preveja políticas públicas envolvendo o assunto, não impõe a nenhum dos poderes estatais a criação de cotas para concursos públicos. Finalmente, a ADPF n.º 186/DF abarcou situação muito diferente, pois envolvia a criação de cotas em determinada universidade pública, entidade sabidamente inserida em contexto legal e administrativo muito diferente do Judiciário.

Só resta concluir que o CNJ legislou porque certo é que o aludido ato administrativo vinculará todos os tribunais (generalização), sem preocupações quanto a especificidade (abstração). Independentemente da opinião que se tenha sobre as cotas raciais na magistratura — tema bastante discutível... —, ninguém está autorizado a ignorar que, antes de tudo, há nisto um sério problema de ordem constitucional.

Alguém poderia sustentar que os mesmos argumentos acima levantados contra a Resolução n.º 203/2015 afetariam também a conhecidíssima Resolução n.º 7/2005, responsável por vedar o nepotismo em cargos comissionados do Poder Judiciário (impossibilidade de contratação de parentes até o 3.º grau)²⁹. O caso é completamente diferente, pois a própria CF atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça a tarefa de “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

²⁹ Pouco tempo depois o Supremo Tribunal Federal acabou aprovando o enunciado n. 13 de sua súmula vinculante, assim redigido: “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”.

necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União” (art. 103-B, § 4.º, inciso II). A baliza semântica do texto normativo indicado abre espaço para que se proíba o nepotismo: quando o CNJ veda o nepotismo no âmbito do Judiciário, não está inovando na ordem jurídica porque, a rigor, isso sempre foi vedado diante dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa (*caput* do art. 37 da CF)³⁰⁻³¹⁻³².

³⁰ Acertada, assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade n.º 12/DF, em que se reconheceu a constitucionalidade da Res. n.º 7/2005 do CNJ, ao argumento de que “as restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade” (STF, ADC n.º 12/DF. Rel. Min. Ayres Britto, Plenário. Julgado em 20.08.2008). A decisão foi noticiada pelo próprio STF com o *status* de “histórica”, uma vez que “determinou uma mudança drástica no sistema de contratação para o serviço público nacional” e resultou na aprovação do enunciado sumular vinculante de n. 13 (NOTÍCIAS STF. *ADC 12: decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário*. Disponível em: <<http://goo.gl/VsVJ8C>>. Acesso em: 09 jun. 2016). **Isso não quer dizer que o STF conferiu, pela ADC n.º 12, o poder normativo primário**, como equivocadamente defende Antonio Veloso Peleja Júnior (PELEJA JÚNIOR, Antonio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira*. 2.ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 141). Uma coisa é a declaração de constitucionalidade da Resolução n.º 7/2005, outra é o poder normativo em si considerado. Ademais, Peleja Júnior parece buscar apenas os argumentos do Min. Ayres Britto (o relator), em detrimento dos demais. É dizer: se, eventualmente, Ayres Britto defendeu suposto poder normativo primário do CNJ (nem pareceu ser o caso!), assim o fez de forma que podemos atribuir, às suas **opiniões**, o mero *status* de *obiter dictum*.

³¹ Neste sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27.ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23-24.

³² Veja-se que o dispositivo legal situa o CNJ como fiscalizador do cumprimento dos relevantes princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência” (ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241). Sobre este assunto em particular, é oportuno transcrever a lição proferida por José Adércio Leite Sampaio, irretocável do ponto de vista analítico: “Não poderá, assim, o CNJ buscar razões adicionais que extrapolem a sua condição de órgão administrativo. Então, a resolução sobre nepotismo será inconstitucional? Não. Porém, não será pela decorrência direta da Constituição ou porque o Conselho tem atribuição normativa autônoma e primária. No caso da resolução em comento, ele não inovou a ordem jurídica, pois não fez mais do que *explicitar* o que já existia espalhado no sistema. Diversos instrumentos normativos já previam a vedação por ele trazida: o artigo 177, VIII, da Lei n. 8.112/1990 – para o serviço público federal; o 10 da Lei n. 9.421/1996 – para o Judiciário Federal; o 22, da Lei n. 9.953/2003 – para o Ministério Público da União; e o 357, parágrafo único, RISTF – para o Supremo Tribunal Federal –, para ficarmos apenas no plano federal; havia ainda jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de normas, agora, estaduais, em que deduzia da moralidade e da impessoalidade e negativa ao nepotismo. [...]. Estava, portanto, sedimentado o vínculo lógico e retórico entre os dois elementos, segundo o sistema de fontes adotado no Brasil. Há justificativa interna e externa para afirmarmos que antes da resolução já vigorava norma proibitiva. Ou, se preferirmos, a) a atividade da Administração se deve pautar, dentre outros princípios, pela impessoalidade e pela moralidade; b) o nepotismo é prática violadora do princípio da impessoalidade e da moralidade administrativas; c) o nepotismo é vedado pela Constituição. Entre (a) e (b), há uma razão *r*, consagrada pelo sistema de fontes do direito positivo brasileiro *s*, que possibilita a conclusão (c). A norma, então, assim se proclama: “sob a razão *r*, se (a) e (b), então (c)”. Dá para ouvir a crítica à verve positivista da enunciação. Ledo engano. O sistema consagrado de fontes do direito positivo tem por pressuposto – ou como regra de fundamentação –, como discorreremos, o primado do Estado Democrático de Direito que impõe o acento normativo nos vínculos da soberania popular com os direitos refletivos nas funções do Estado. Assume-se que a administração *deve ser* programada a não se programar. Notemos a função de

De todo modo, fique claro que a prolação de “leis” *via atalhos* antirrepublicanos e antidemocráticos forjados pelo CNJ coloca em xeque a tese da representatividade, já afetada pela ausência de mecanismos eleitorais capazes de acompanhar os tempos atuais³³. E mais: i) ainda que democrática a composição do CNJ (ao menos se comparada com a de outros órgãos do Judiciário), capaz de travestir de regularidade a normatividade dos atos produzidos por este órgão, jamais será tão plural a ponto de substituir a atuação dos membros das duas casas do Congresso Nacional; ii) são diversos os procedimentos de nomeação de parlamentares e de membros do CNJ, sendo certo que a generalidade dos cidadãos brasileiros não se encontra efetivamente representada pelos últimos; iii) leis gerais e abstratas devem ser produzidas pelos representantes eleitos democraticamente, isto é, são produtos do tenso e complicado jogo democrático; iv) as decisões do CNJ não interessam apenas aos órgãos judiciais, mas também *aos próprios cidadãos do Estado*³⁴ — notadamente aqueles interessados em ingressar nessas carreiras por concurso público (dever administrativo estatal — art. 37, inciso II, da Constituição Federal).

O poder regulamentar do CNJ encontra (deveria encontrar) o mesmíssimo limite imposto ao poder regulamentar da administração em geral: deve ser utilizado com a baliza da lei, sem a pretensão de substituí-la. Não se diga, ademais, que a observância rigorosa desta exigência (natural, para o Estado Democrático *de Direito*) inviabilizaria

governo não se confundir com o poder ou a função executiva. Então, o pressuposto *p* nos autoriza a afirmar que, “sob *r*, se (a) e (b), então, (c)”. Ou “*p*: (a)^(b) → (c)”. Aparentemente, a distinção é retórica; no fundo, não é. Se reconhecemos ao Conselho atribuição para inovar na ordem jurídica, por a ele afetarmos o poder de ir às razões morais, éticas e pragmáticas do processo de concretização dos enunciados de normas constitucionais, estaremos ou dando-lhe função legislativa de construção ou função jurisdicional de reconstrução (limitada) das razões. Sistematizar é reconstruir, no entanto sem apelo recorrente aos três planos de argumentação [...]. Nosso espaço de atuação não é tão largo. Para furtar a fala ao Seabra Fagundes, administrar é aplicar a Constituição de ofício nos limites de densidade que a ela foram dados pelo legislador e pela jurisprudência.” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 284-286).

³³ Cf. ALMEIDA, Debora Rezende. Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil. *Opinião Pública* (Unicamp), Campinas, vol. n. 20, n. 1, jan./abr. 2014.

³⁴ “Ao mesmo tempo em que desafia o cognitivismo, a representação democrática depende de muito mais do que simplesmente procedimentos eleitorais. Ela requer robustas autonomia local e liberdade de expressão e associação, bem como certa igualdade básica de condições materiais. Demanda também uma cultura ética de cidadania que possibilite que tanto os representados quanto os representantes vejam as relações partidárias como não irredutivelmente antagonistas e sua defesa não como uma promoção incondicional de privilégios sectários contra o bem-estar de todos” (URBINATI, Nadia. *O que torna a representação democrática? Lua Nova*, São Paulo, n.º 67. Tradução de Mauro Soares, 2006, p. 224).

as funções que lhe foram atribuídas. Doutrina e STF não divisam problemas sequer com a técnica legislativa da *norma penal em branco heterogênea*, fenômeno legislativo no qual o tipo penal é completado por um ato administrativo – recorde-se o clássico exemplo da Lei n.º 11.343/2006: a definição das “drogas” exaure-se em portarias do Ministério da Saúde. Se a prática judiciária a envolver o direito penal, embebido que é de inúmeras garantias e direitos individuais, consegue conviver tranquilamente com o aludido fenômeno, não há razão para se pensar que seria diferente com a atuação do CNJ.³⁵

É, pois, inadmissível o afastamento da legalidade por uma subversão da juridicidade, em evidente descompromisso com o sistema de fontes normativas³⁶. Talvez seja hora de levar a sério a sugestão de Cláudio Luiz Bueno de Godoy no sentido de se criar uma *técnica de modulação* (ou calibragem) desse exercício regulamentar conferido ao CNJ, sensível à entrevisão de assuntos que sejam realmente nacionais e em atenção a outros que se coloquem mais na esfera da particularidade local e da autonomia dos órgãos descentralizados³⁷.

Em arremate, cite-se uma vez mais Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clèmerson Merlin Clève:

Muito mais do que uma mera e egoística disputa por prerrogativas – como habitualmente acabam sendo qualificadas, em *terrae brasilis*, tentativas legítimas e democráticas de impugnação de uma série de medidas e reformas – está em causa, aqui, a defesa enfática e necessária dos elementos essenciais de nosso Estado Democrático de Direito, que, por certo, não há de ser um Estado governado por atos regulamentares, decretos e resoluções³⁸.

³⁵ Não se defende aqui, de outro lado, que o CNJ deva assumir postura inerte, como se mero apêndice fosse do Poder Judiciário. Há regulamentações estritamente voltadas para os membros da magistratura dignos de menção. Já se decidiu, p. ex., que o CNJ pode “instituir condutas e impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa, como a que determina aos magistrados a inscrição em cadastros ou sítios eletrônicos com finalidade estatística e fiscalizatória ou, para materializar ato processual”, como o afamado *Bacen Jud*, instrumento que permite a penhora *on line* (STF, MS n. 27.621/DF. Rel. orig. Min. Cármen Lúcia; Rel. p/ o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Plenário. Julgado em 16.10.2008).

³⁶ PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *Conselho Nacional de Justiça – Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 106. Neste interessante estudo a autora explora os limites das resoluções do CNJ mediante a análise de vários atos por ele proferidos.

³⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça. In: LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato (Orgs.). *O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 63.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMECS*, v. 12, n. 18, 2005.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Debora Rezende. Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil. *Opinião Pública* (Unicamp), Campinas, vol. n.º 20, n.º 1, jan./abr. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Sistema Bacen Jud.* Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO>>. Acesso em 09 jun. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n.º 11, jul./ago./set. 2007.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça. In: LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato (Orgs.). *O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público – gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Gérson de. *Reforma do Poder Judiciário – comentários iniciais à EC 45/2004*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Do Conselho Nacional de Justiça. In: _____; GONET BRANCO, Paulo Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Notícias STF. *ADC 12: decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário*. Disponível em: <<http://goo.gl/VsVJ8C>>. Acesso em 09 jun. 2016.

PANSIERI, Flávio. Comentário ao art. 103-B. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *Conselho Nacional de Justiça – Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

PELEJA JÚNIOR, Antonio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira*. 2.^a ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. I.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Conselho Nacional de Justiça: controle (*accountability*) judicial. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro – Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 38.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TAVARES, André Ramos. *O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora*. Disponível em: RBEC. Ano 3, n. 9, jan/mar 2009, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 13-26

URBINATI, Nadia. *O que torna a representação democrática?* Lua Nova, São Paulo, n.º 67. Tradução de Mauro Soares, 2006.