

O Conselho Nacional de Justiça Conforme o Supremo Tribunal Federal

ADERRUAN RODRIGUES TAVARES

Assessor de Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Bacharel em Direito pelo UDF, Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo IDP, Membro do Conselho Administrativo Editorial da *Revista Direito Público* e Membro do Conselho Editorial da *Revista Caderno Virtual*, Integrante dos Grupos de Pesquisa do IDP: Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania, sob a Coordenação de Júlia Ximenes, e Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais, sob a Coordenação de Paulo Gustavo Gonet Branco.

RESUMO: O presente artigo tem a intenção de pontuar os principais limites da atuação do Conselho Nacional de Justiça pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando julga os atos do Conselho. Nesse diapasão, a criação do Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário, merece atenção, pois o julgamento da ADIn 3367/2004 revela, sobremaneira, os principais limites do CNJ, que vão sendo, em julgamentos posteriores, sedimentados.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional de Justiça; Supremo Tribunal Federal; Poder Judiciário brasileiro.

RIASSUNTO: Questo articolo ha lo scopo di evidenziare le principali limiti della attuazione del Consiglio Nazionale della Giustizia, col'analisi della giurisprudenza dello Supremo Tribunale Federale, nel controllo giuridico degli atti del Consiglio. In tale ottica, la creazione del Consiglio Nazionale della Giustizia, come un organo magistratura amministrativo della magistratura, merita attenzione perché l'analisi della ADIn 3367/2004 rivela, soprattutto, i principali limiti del CNJ, che saranno sedimentati negli analisi seguenti.

Parole chiave: Consiglio Nazionale della Giustizia; Supremo Tribunale Federale; Magistratura.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Competências constitucionais do Conselho Nacional de Justiça; 1.1 A natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça; 1.2 Breves referências ao estudo comparado sobre os Conselhos de Justiça (ou de Magistratura); 1.3 A composição do Conselho Nacional de Justiça; 1.4 As competências do Conselho Nacional de Justiça conforme a Constituição; 2 ADIn 3367/DF: o CNJ, a separação de Poderes e o federalismo brasileiro; 2.1 O princípio da separação dos Poderes, a hierarquia funcional e o CNJ; 2.2 O federalismo e o CNJ; 3 Controle das decisões do CNJ pelo Supremo Tribunal Federal: a fixação das competências do conselho; 3.1 O STF é uma instância julgadora do CNJ?; 3.2 O caso do nepotismo: as resoluções do CNJ e o precedente da ADC 12; 3.3 A questão do Presidente do Supremo Tribunal Federal nas decisões do CNJ; 3.4 A função do procurador-geral da justiça e do presidente da Ordem dos Advogados do Brasil; 3.5 A atuação do CNJ em relação a fatos jurídicos anteriores à sua criação; 3.6 A inconstitucionalidade dos atos do CNJ que cassam sentenças judiciais; Breves conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, talvez, foi a maior criação da justiça brasileira para a “justiça” brasileira. Trata-se de um órgão que visa

à proteção dos direitos fundamentais a partir da fiscalização da atividade jurisdicional, abrindo em medida ainda a ser definida a “caixa-preta” que assola o Poder Judiciário.

No presente artigo, não discutiremos as ações do CNJ – embora mereça um estudo pormenorizado –, mas procuraremos entender quais são as competências do Conselho perante a Constituição, consoante aquilo que o Supremo Tribunal Federal – STF entende.

Assim, o estudo se volta máxime para a análise de julgados da Suprema Corte brasileira, mas não se esquecendo de palmilhar algumas ideias presentes na doutrina brasileira acerca dos embates judiciais travados em torno do Conselho Nacional de Justiça.

Não se pretende, nem teríamos como, exaurir a matéria sobre as competências constitucionais do CNJ a partir dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal. Até porque o Conselho Nacional de Justiça é um órgão ainda em construção, buscando seu verdadeiro espaço dentro do Poder Judiciário pátrio. Nesse processo, o Supremo Tribunal Federal é um dos principais balizadores, limitadores, das competências do Conselho, sendo esse o seu principal fiscalizador das suas próprias funções e competências constitucionais. Daí a necessidade do presente estudo, a fim de que se possa (tentar) revelar até onde o Conselho Nacional de Justiça pode atuar, para que assim o CNJ possa exercer com excelência o que é lhe esperado, o exercício de suas funções na defesa dos direitos fundamentais pela fiscalização da atividade dos juízes, administrativa e financeiramente.

1 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

1.1 A NATUREZA JURÍDICA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ foi criado pela EC 45, de 30 de dezembro de 2004. Conforme o § 4º do art. 103-B da Constituição Federal de 1988, compete ao CNJ o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Segundo José Roberto Nalini, quiçá, o CNJ é “a mais proeminente originalidade da Emenda nº 45/2004” e, não obstante,

integra o Poder Judiciário a partir de 2004 e neste lustro sua atuação produziu inúmeros frutos. Portou-se como o imprescindível órgão de planejamento da justiça, verdadeiro arquipélago de Tribunais muito ciosos de sua autonomia e quase sempre desatentos à urgência de estabelecer metas que ultrapassem o biênio de uma gestão.¹

1 NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010, p. 964.

Nessa esteira, o CNJ é um órgão de controle interno do Poder Judiciário, visto se tratar de um órgão integrante do Poder Judiciário, nos termos do art. 92, inciso I-A, da Constituição Federal.

Partindo dessa premissa, cabem alguns comentários acerca da natureza jurídica do CNJ.

Uadi Lammêgo Bulos entende que a previsão do CNJ, no rol do art. 92 da CF, é inadequada, pois o CNJ tem “atribuições exclusivamente administrativas, e não jurisdicionais, motivo pelo qual não se enquadra no organograma do Poder Judiciário”, sugerindo que a previsão do CNJ “fosse disciplinado num parágrafo único do art. 92”². Ainda, o eminente constitucionalista entende que o CNJ é um *apêndice* do STF, “no sentido de parte *acessória*, mas distinta pela sua forma ou posição, de importância menor se comparada a ele, submetida à sua magnitude”³.

Não obstante o apreço que dispensamos ao Professor Uadi Lammêgo Bulos, ousamos discordar de suas posições anteriormente expostas. Primeiro que o CNJ é um órgão administrativo interno do Poder Judiciário, pois o art. 92, I-A, da CF, não limita seu rol apenas aos órgãos jurisdicionais. Nessa esteira, o CNJ não é *apêndice* do STF. A levar o argumento exposto por Uadi Lammêgo Bulos adiante, conclusão lógica seria também considerar os outros órgãos do Poder Judiciário *apêndices* do STF, o que seria impensável, pois todos os órgãos, incluindo o STF, têm suas competências fixadas na Constituição, não cabendo nem mesmo à nossa Suprema Corte desrespeitá-las. Não se discute que o Supremo Tribunal Federal é órgão máximo do Poder Judiciário, seja judicialmente, seja administrativamente, contudo o CNJ tem suas atribuições definidas na Constituição, o que lhe confere *status* de órgão do Poder Judiciário, mesmo sendo órgão administrativo, e não como se fosse um órgão do STF.

A nosso ver, José Adércio Leite Sampaio acerta na natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça, aduzindo que:

O Conselho Nacional de Justiça é órgão *administrativo-constitucional* do Poder Judiciário da República Federativa do Brasil com *status* semiautônomo ou de autonomia relativa. A estatura constitucional decorre da sua presença no Texto da Constituição. A natureza administrativa é dada pelo rol de atribuições previstas no art. 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. Mas há algo que o *status* constitucional, associado à composição híbrida de juízes,

2 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1098.

3 Idem, p. 1099.

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 precípua de controle e de garantia da independência do Judiciário. Pouco de externo tem em seu controle, posto que de formação híbrida. Controla-se para dentro o Judiciário por órgão Judiciário atípico, administrativo-político; defende-se para fora a independência orgânica e funcional judiciária.⁴ (grifo nosso)

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão da natureza jurídica também está posta, mesmo que por *obiter dictum*. Para os Ministros Celso de Mello⁵ e Menezes Direito⁶, *e.g.*, o Conselho Nacional de Justiça é um órgão “meramente administrativo”. Todavia, tal entendimento não deve prosperar, uma vez que o CNJ tem sua criação determinada por uma norma constitucional, não por meio de uma lei ou um decreto. Outrossim, a sua composição não é própria de um órgão meramente administrativo, mas sim de um órgão de envergadura política, haja vista o processo para a escolha de um conselheiro, em suma: sabatina do Senado Federal e nomeação pelo Presidente da República. Com isso, os membros do CNJ que são alheios às carreiras do Poder Judiciário ressaltam o caráter político do Conselho, e os membros do Poder Judiciário engrandecem o seu caráter administrativo. Eventual decisão, *e.g.*, de determinar a aposentadoria compulsória de juízes não leva em consideração apenas aspectos administrativos, mas também políticos.

Assim, o melhor acerto, a nosso sentir, em relação à natureza jurídica do CNJ, é o dado pelo Ministro Ayres Britto:

Eu só teria uma ponderação a fazer – mas é lateral, não é para aprofundar a discussão – quanto à natureza jurídica do CNJ. Como o CNJ foi criado por emenda constitucional e integra o Poder Judiciário em artigo também de natureza constitucional, eu entendo que *ele não é simplesmente, secamente, meramente administrativo*, é um órgão de compostura, digamos assim, binária ou dual, *é um órgão político-administrativo: político nos termos da Constituição e administrativo nos termos da lei*. Seguindo uma diretriz que me parece adotada pela Constituição, no art. 18, quando considera cada pessoa federada como uma entidade político-administrativa. [...]

Colocando em ênfase estes dois aspectos: o caráter político, porque de natureza constitucional, e administrativo, nos termos da lei.⁷

-
- 4 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 264-265.
 5 MS 28.611/DF AgRg-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 01.04.2011.
 6 ADC 12, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, Julgamento em 20.08.2008, Publicado no DJe 18.12.2009.
 7 MS 28.611/DF, AgRg-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 01.04.2011.

Diante do apresentado, entendemos que a natureza jurídica do CNJ não é de um apêndice do STF, como prefere Uadi Lâmegos Bulos, nem de um órgão meramente administrativo, como sugerem, por exemplo, os Ministros Celso de Mello e Menezes de Direito, mas trata-se de um órgão administrativo-político nos termos da Constituição, com base no que entendem José Adércio Leite Sampaio e o Ministro Ayres Britto.

1.2 BREVES REFERÊNCIAS AO ESTUDO COMPARADO SOBRE OS CONSELHOS DE JUSTIÇA (OU DE MAGISTRATURA)

Em breve estudo de direito comparado, vê-se que a previsão de um órgão interno no Poder Judiciário para o seu controle administrativo e financeiro não é realidade apenas brasileira.

Com efeito, a Constituição de 1976 da República de Portugal prevê o Conselho Nacional da Magistratura⁸. Na Itália, há o *Consiglio Superiore della Magistratura*, sendo que o seu Presidente é o Presidente da República Italiana. Na França, há a previsão do *Conseil Supérieur de La Magistrature*⁹. Na Espanha, existe o *Consejo General Del Poder Judicial*.

Na continente americano, destaca-se, no Canadá, o Conselho Canadense da Magistratura; na Argentina, o *Consejo de la Magistratura*; na Bolívia, o Conselho da Judicatura; no Equador, o Consejo Nacional de la Judicatura; na Colômbia, o *Consejo Superior de la Judicatura*; no México, o Conselho da Judicatura Federal e na Venezuela, o *Consejo de la Judicatura*¹⁰.

8 “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. No entanto, a sua composição indicia que não se trata de *órgãos de autogoverno* da magistratura ou do Ministério Público. 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. Neste sentido se diz que eles ‘legitimam’ a independência da magistratura furtando-a à ‘opacidade corporativo-institucional’. Por outro lado, a presença de um número significativo de Magistrados impede qualquer tentativa de politicização de órgãos que pela sua própria razão de ser se destinam a assegurar a independência externa das magistraturas. 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)” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 598).

9 Atualmente, “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” (SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 184).

10 Idem, p. 183-235.

Há países que não preveem um órgão que fiscalize o Poder Judiciário, como Alemanha, Dinamarca, Finlândia, Grã-Bretanha, Irlanda, Holanda e Estados Unidos¹¹.

1.3 A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A composição do CNJ, que se dá nos termos do *caput* do art. 103-B¹², busca a regularidade da representatividade dos integrantes do Poder Judiciário e das funções essenciais à justiça. Com isso, vemos sem razão a não previsão de um integrante da Defensoria Pública entre o quadro de conselheiros do CNJ. Naturalmente, um defensor público poderá ser indicado como cidadão, podendo ser pelo Senado Federal ou pela Câmara. Todavia, reputamos essencial que seja prevista a indicação de um membro da Defensoria Pública na composição periódica do CNJ, até mesmo com a intenção de valorização permanente dessa carreira espetacular.

Nos termos da EC 45/2004, o presidente do Conselho Nacional de Justiça tinha como presidente um Ministro do Supremo Tribunal Federal, o gerava alguns problemas, a nosso ver. O primeiro era que o presidente do CNJ ficaria fora da distribuição de processos no Supremo. Diante disso, a melhor solução seria que o Ministro presidente do STF fosse também o presidente do CNJ.

O segundo problema se relacionava com o Ministro Cesar Peluso. Como se sabe, na ordem fático-cronológica de substituição de presidentes do STF, depois do Ministro Gilmar Mendes, seria o Ministro Cesar Peluso. Todavia, combinado o *caput* do art. 103-B e o inciso I desse mesmo artigo da Constituição, nos termos da EC 45/2004, não se permitiria que o Ministro

11 “Nos Estados Unidos, onde vigora o Presidencialismo puro, por assim dizer, também não foi aceita a previsão de um Conselho de Justiça, atividade que é realizada pelo Executivo (Presidência da República), Legislativo (Senado) e Judiciário (Suprema Corte). Nesse particular, destaque-se a existência de *impeachment* para juízes, bem como a adoção de critérios eleitorais mistos, nos Estados e Distritos, para a escolha de juízes locais, para um mandato determinado, e com a participação da sociedade. Quanto aos juízes federais, eles são escolhidos pelo Presidente da República.” (BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 1098)

12 “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009*) I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009*) II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo Tribunal; III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI – um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.”

Cesar Peluso fosse presidente do CNJ, por, na época de assumir a presidência do CNJ, ter mais de 65 anos; sendo assim, outro Ministro do STF assumiria e ficaria sem distribuição ou com menor carga de processos na Corte Suprema. Outro problema era o fato de o Conselho Nacional de Justiça não ter um vice-presidente.

Todos esses “problemas” foram, ao que parece, contornados com a Emenda Constitucional nº 61, de 11 de novembro de 2009, prevendo que o Presidente do Supremo Tribunal Federal também seja o do Conselho Nacional de Justiça¹³, com o Vice-presidente do Supremo assumindo a Presidência do CNJ, em caso de impedimento ou de licenças.

Outrossim, a citada EC 61 retirou a previsão da idade mínima e idade máxima, 35 anos e 66 anos, respectivamente, para os integrantes do CNJ. No que tange à idade máxima, o integrante do CNJ, seja Ministro de Tribunal Superior ou conselheiro, poderá ser nomeado enquanto não tiver 70 anos completos, sendo essa a idade limite para o funcionalismo brasileiro. Em relação à idade mínima, observa-se que será de 18 anos, embora não acreditamos que alguém com menos de 30 anos, pelo menos, possa se tornar conselheiro do CNJ, tanto em virtude do conhecimento jurídico quanto pelo processo de escolha e sabatina.

Impende tecer breves comentários sobre as sabatina dos Conselheiros do CNJ. Segundo o § 2º do art. 103-B da Constituição, excetuado o Presidente e o Vice-Presidente do CNJ, os demais membros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Com essa regra, o Ministro do STJ e o do TST, indicados para o CNJ, terão que passar pela sabatina dos Senadores da República. Quanto a isso, entendemos desnecessária tal exigência, pois esses dois Ministros já passaram por sabatina no senado para integrar o corpo de ministros correspondente, sendo considerados competentes para o exercício da judicância. Mesmo que se trate de outro órgão – administrativo, diga-se – com outras funções, não visualizamos qualquer sentido nessa regra. Outro fato é a desnecessidade de sabatina pelos senadores do cidadão indicado pelo próprio Senado Federal. Seria certamente algo teratológico o fato que o indicado pelo Senado Federal não fosse aprovado pelos próprios Senadores.

1.4 AS COMPETÊNCIAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA CONFORME A CONSTITUIÇÃO

As competências constitucionais do CNJ são, nos termos do § 4º do art. 103-B da Carta de 1988:

13 O Vice-Presidente no CNJ somente atuará quando o Presidente estiver impedido ou ausente, nos termos do art. 5º do Regimento Interno do CNJ.

- a) 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;
- b) 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;
- c) 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 correccional 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;
- d) representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a Administração Pública ou de abuso de autoridade;
- e) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de Tribunais Julgados há menos de um ano;
- f) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- g) 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.

A Constituição também faz expressa referência às competências da Corregedoria Nacional de Justiça, que terá como Corregedor Nacional o Ministro indicado pelo Superior Tribunal de Justiça, que não terá distribuição de processos no âmbito do STJ¹⁴.

14 “Art. 103-B. § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I – receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos Magistrados e aos serviços judiciários; II – exercer funções executivas do Conselho,

Por previsão do § 6º do art. 103-B, junto ao CNJ oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

2 ADIN 3367/DF: O CNJ, A SEPARAÇÃO DE PODERES E O FEDERALISMO BRASILEIRO

A criação do Conselho Nacional de Justiça por meio da EC 45/2004 não obteve total simpatia daqueles que fazem parte do dia a dia do Poder Judiciário. A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, inclusive, ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade contra a criação do CNJ, sustentando, em suma, que essa criação: a) macularia o princípio da separação dos Poderes, vez que em sua composição comportaria integrantes de fora do Poder Judiciário (dois advogados indicados pela OAB, dois membros do Ministério Público indicados pelo PGR e dois cidadãos de notável saber jurídico e de reputação ilibada, um indicado pela Câmara, o outro, pelo Senado); b) desrespeitaria o princípio federativo, invocando a tese que o CNJ seria um órgão da União e não poderia adentrar na autonomia das “justiças estaduais”; e c) quebraria a hierarquia funcional judiciária, pois o CNJ seria composto de juízes da Primeira Instância que poderiam julgar desembargadores e ministros dos Tribunais superiores.

Coube ao Ministro Cezar Peluso, juiz de carreira do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a relatoria da ADIn 3367/DF. Nesse julgamento, preliminarmente, o STF, por unanimidade, afastou a inconstitucionalidade formal da EC 45/2004, invocando entendimento consolidado no Tribunal de que a simples supressão de parte do texto pela Casa Revisora não daria o condão de fazer retornar o projeto para a Casa Iniciadora. Quanto ao mérito da contenda, o Tribunal, por maioria, considerou a criação do CNJ inteiramente constitucional, votaram nesse sentido os Ministros Cezar Peluso (Relator), Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Nelson Jobim (Presidente). O Ministro Marco Aurélio votou pela integral inconstitucionalidade do CNJ. Os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie consideraram inconstitucionais os incisos X, XI, XII e XIII do art. 103-B da CF, que preveem a indicação de membros externos ao Poder Judiciário. Por seu turno, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou tão somente o inciso XIII do art. 103-B da CF inconstitucional, considerando indevida a indicação de cidadãos “alheios” à justiça.

Analisaremos, pois, as principais alegações da AMB para que possamos pôr um ponto de partida a fim de se visualizar as competências do CNJ nos termos do entendimento do STF.

de inspeção e de correção geral; III – requisitar e designar Magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou Tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.”

2.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A HIERARQUIA FUNCIONAL E O CNJ

O princípio da separação de Poderes (ou funções, como querem alguns) desde a antiguidade pauta as discussões sobre os delineamentos dos Estados em suas diversas épocas e formas. Aristóteles, historicamente, foi o primeiro a rascunhar qualquer coisa sobre o referido princípio, que seria por Charles de Montesquieu, bem mais tarde, concretizado em nossa cultura político-jurídica.

Todavia, não cabe ao presente estudo fazer longas divagações quanto a esse princípio, que realmente merece o maior cuidado e manejo em sua análise. Requer, para o escopo do presente, apenas breves apontamentos sobre o vivificado princípio.

Assim, José Joaquim Gomes Canotilho entende que o princípio da separação de Poderes abrange duas “dimensões complementares”: “(1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa” e “(2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas” – dimensão positiva. Para eminente constitucionalista português, o princípio da separação com base na premissa da primeira dimensão assume uma “*medida jurídica* ao poder de Estado” e, por isso, possibilita a garantia e proteção da “esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos”. Quanto à segunda dimensão, o comentado princípio prevê “uma justa e adequada ordenação das funções do Estado”, e, por conseguinte, atua como “esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania”. Conclui, pois, afirmando que “nessa perspectiva, separação ou divisão de Poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder”¹⁵.

José Adércio Leite Sampaio, já em referência ao princípio da separação dos Poderes e o CNJ, afirma que o princípio da separação dos Poderes teria seu conteúdo solidificado com a criação do Conselho. Em sua visão, os Poderes, “no presidencialismo ou no sistema parlamentarista”, não podem estar “isolados” ou em situações que não permitem uma relação dependente e intercomunicativa, mas, sim, obedientes entre si com o propósito da garantia da soberania popular. Para ele, o princípio da separação dos Poderes tem mais relação com a “ideia de controle” do que necessariamente com a de “independência ou autonomia de cada um deles”. Com isso, o controle interno de poder não pode ser tido por algo considerado contrário à separação de Poderes¹⁶.

15 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 244.

16 SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 251.

Ademais, o jurista mineiro aduz que:

Tirante a liberdade de julgar, a independência do Judiciário já vem do berço limitada. Basta recordar o vínculo com os demais Poderes para nomeação de diversos cargos judiciais, o Supremo Tribunal inclusive, para a elaboração dos orçamentos, a criação ou extinção dos Tribunais ou se seus cargos e membros, o estabelecimento de vencimentos e subsídios ou a disciplina da organização judiciária.¹⁷

Ainda no que tange à separação de Poderes e ao Conselho Nacional de Justiça, Luis Roberto Barroso faz interessantes manifestações. Para esse ilustre Professor, o CNJ só vilipendiaria o princípio da separação dos Poderes quando, primeiramente, este “provocar uma concentração de funções ou consagrar uma instância hegemônica de poder”, e, depois, se essa criação “esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências privativas”¹⁸.

Avançando no assunto, Luis Roberto Barroso pondera que “nada impede que cidadãos em geral componham órgãos do Poder Judiciário, inclusive com funções jurisdicionais, como é o caso do júri”. Assim, não seria cabível que um “órgão com funções de fiscalização e supervisão administrativas de um dos Poderes estatais” não homenageie “a participação dos cidadãos na gestão e no controle da atividade administrativa”¹⁹.

Diante dessas breves premissas resumidamente expostas, o insigne constitucionalista fluminense aduz que a criação do CNJ não viola o princípio da separação dos Poderes, que

tem como sentido básico a repartição das funções estatais entre diferentes centros de competências – Poderes –, de modo que haja controle recíproco entre eles. Por isso, atribuem-se-lhes competências privativas (especialização funcional) e garantias que assegurem a independência de cada um dos Poderes em face dos demais (independência orgânica). O Conselho Nacional de Justiça é órgão do próprio Judiciário, não de outro Poder, e suas atividades dizem respeito à fiscalização e à supervisão de atividades administrativas, não da atividade privativa do Judiciário. O princípio da separação dos Poderes não serve de funcionamento para pretensões envolvendo a organização interna de cada Poder e a distribuições de atribuições entre órgãos de um mesmo Poder. Não há aqui, portanto, qualquer vulneração à cláusula pétrea em questão.²⁰

17 Idem, p. 252.

18 BARROSO, Luis Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. *Interesse Público. Revista Bimestral de Direito Público*, n. 30, p. 13-38.

19 Idem, p. 33.

20 Idem, p. 37.

Esposando entendimento diverso, Ives Gandra da Silva Martins pondera que:

Mais do que uma questão de inconstitucionalidade – a meu ver, fere o § 4º, inciso III, do artigo, todo o art. 103-B da EC 45 no que concerne à participação de outros polos – trata-se de questão de incompatibilidade, esta transposição de um modelo de controle parlamentar para um País de perfil presidencial. É tornar um Poder Técnico, como é o Judiciário, em poder controlado politicamente, ou seja, sujeito a interpretações próprias de operações e oportunidades jurídicas, mais do que de soluções exclusivamente técnicas.²¹

Em relação à ADIn 3367/2004, a mais incisiva alegação de inconstitucionalidade aventada pela AMB contra a criação do CNJ foi a possível transgressão ao princípio da separação dos Poderes. Para a AMB, seria inconstitucional a criação de um órgão externo ao Poder Judiciário para o seu controle e fiscalização, ainda mais que na composição do CNJ constam seis membros externos ao Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal não aceitou as razões da AMB acerca desse tópico.

Para o Relator da contenda, Ministro Cezar Peluso, “sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê *a priori* como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça”. Aduzindo em suma que o fato de estarem previstos seis membros externos ao Poder Judiciário não macularia o princípio da separação de Poderes, vez que a maioria dos membros seria integrante do Poder Judiciário (nove membros), bem como o seu presidente seria um ministro do STF e o corregedor seria um ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Ao que tange à hierarquia funcional, a principal insurgência da AMB era a possibilidade incabível de um juiz de carreira poder julgar um Magistrado ou ministro de Tribunal superior, *e.g.*. De igual modo, a tese foi rechaçada, argumentando-se que as decisões do CNJ seriam tomadas pela integralidade de seus componentes, não, monocraticamente.

Nesse sentido, destacam-se, a nosso sentir, as principais passagens dos votos do Ministro Relator Cezar Peluso:

Mas, se escusa reforça à resposta, é sobremodo importante notar que o Conselho não julga causa alguma, nem dispõe de nenhuma atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício fosse capaz de interferir no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional. [...]

21 MARTINS, Ives Gandra da Silva. A reforma do Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Método, 2005. p. 193.

Ou o poder de controle intermediário da atuação administrativa e financeira do Judiciário, atribuído ao Conselho Nacional de Justiça, não afronta a independência do Poder, ou será forçoso admitir que o Judiciário nunca foi, entre nós, Poder independente. [...]

Tem-se, portanto, de reconhecer, como imperativo do regime republicano e da própria inteireza e serventia da função, a necessidade de convívio permanente entre a independência jurisdicional e instrumentos de responsabilização dos juízes que não sejam apenas formais, mas que cumpram, com efetividade, o elevado papel que se lhes predica. Para isso, é preciso, com reta consciência e grandeza de espírito, desvestirem-se os juízes de preconceitos corporativos e outras posturas irracionais, como a que vê na imunidade absoluta e no máximo isolamento do Poder Judiciário condições *sine qua non* para a subsistência de sua imparcialidade. [...]

Longe, pois, de conspirar contra a independência judicial, a criação de um órgão com poderes de controle nacional dos deveres funcionais dos Magistrados responde a uma imperfeição contingente do Poder, no contexto do sistema republicano de governo. Afinal, *regime republicano é regime de responsabilidade. Os agentes públicos respondem por seus atos*. E os mesmos riscos teóricos de desvios pontuais, que se invocam em nome de justas preocupações, esses já existiam no estado precedente de coisa, onde podiam errar, e decerto em alguns casos erraram, os órgãos corregedores. [...]

Uma persistente conexão entre o Judiciário e o corpo político é, ademais, importante fator de legitimação social e democrática – não falo aqui do mito do “déficit de legitimação democrática”, mas de outra coisa – que não deve ser subestimado por arrogância da magistratura. [...]

De modo que, num juízo objetivo e sereno, como convém à matéria e ao interesse público, a composição do Conselho – cujo modelo não pode deixar de ser “pluralístico e democrático” – estende uma ponte entre o Judiciário e a sociedade, de um lado permitindo oxigenação da estrutura burocrática e, de outro, respondendo às críticas severas posto nem sempre de todo justas para com a instituição, que lhe vinham de fora e de dentro, como ecos da opinião pública. [...]

Vale a pena chamar a atenção para o fato de que a própria Emenda Constitucional nº 45/2004 contém provisões adequadas a garantir que o exercício do poder disciplinar se paute por critérios de rigorosa legalidade. Relembre-se, ainda uma vez, que a maioria qualificada de membros do Conselho é formada de juízes e, pois, de pessoas insuspeitas à magistratura, aprovadas e experimentadas no ofício de aplicar a lei. Donde é lícito crer que tal maioria constitua o primeiro elemento regulador da retidão e legitimidade do uso do poder de controle atribuído ao órgão. Acresça-se-lhe a circunstância, não menos significativa, de que a função de Ministro-Corregedor é destinada ao Ministro representante do Superior Tribunal de Justiça (art. 103-B, § 5º). [...]

Ao depois, a participação de juízes de hierarquia inferior em decisões disciplinares sobre atos de juízes de categoria superior não rompe nenhum princípio nem regra constitucional imutável, porque não encerra nem supõe atribuição de competência monocrática cujo exercício subverta relações de hierárquicas. É que o caso retrata apenas competência destinada a formar a vontade coletiva de órgão colegiado, ao qual é adjudicado o poder de decidir. A arguição da autora, aqui, nasce de erro de perspectiva, porque não atina com o fato de que a relação hierárquica, pressuposta ao poder de decidir, se estrutura entre o órgão superior, o Conselho, e o juiz subordinado, cuja conduta é objeto do julgamento, não entre este e o juiz subordinado, cuja conduta é objeto de julgamento, não entre este e o juiz ou juízes integrantes do Conselho, os quais só podem ser considerados de hierarquia inferior sob outro ponto de vista. A competência de decidir e o conteúdo da decisão são juridicamente imputados ao órgão, não a cada uma das pessoas que o compõem. A relação hierárquica correspondente forma-se no nível decisório (eficácia da decisão), entre órgão superior e Magistrado que lhe está sujeito, o que nada tem a ver com o tipo de subordinação que se dá noutro plano, o dos degraus da carreira. [...]

Pressuposto agora que a instituição do Conselho, não apenas simboliza, mas também opera ligeira abertura das portas do Judiciário para que representantes da sociedade tomem parte no controle administrativo-financeiro e ético-disciplinar da atuação do Poder, robustecendo-lhe o caráter republicano e democrático, nada mais natural que os dois setores sociais, cujos misteres estão mais próximos das atividades profissionais da magistratura, a advocacia e o Ministério Público, integrem o Conselho responsável por esse mesmo controle.

Concordando com os termos do Ministro Relator, o Ministro Celso de Mello aduz que:

Sempre entendi essencial e plenamente compatível com a ideia republicana – que possui extração constitucional – a necessidade de instaurar-se, em nosso País, um sistema destinado a viabilizar a instituição de modelo vocacionado a conferir efetividade ao processo de fiscalização social dos atos não jurisdicionais emanados dos membros e órgãos do Poder Judiciário.

Já o Presidente do Supremo Tribunal Federal, à época do julgamento, Ministro Nelson Jobim, alerta que a falta de membros externos ao Poder Judiciário poderia representar a continuidade do “sistema corporativo e de isolamento” do Poder Judiciário:

Por isso creio que a presença de dois membros do Conselho, oriundos do Congresso Nacional, um do Senado e outro da Câmara, mostra que estamos revertendo ou virando a curva do isolamento, porque se o Conselho fosse integrado apenas por Magistrados, advogados e promotores, teríamos ainda a manutenção de um sistema corporativo e de isolamento. A presença de

dois membros externos ao sistema judicial possibilita, fundamentalmente, inclusive, o constrangimento em relação às decisões que possam ser tomadas.

Por seu turno, o Ministro Marco Aurélio, manifestando-se sobre ser inteiramente inconstitucional a criação do Conselho Nacional de Justiça, argumenta que o CNJ seria um “superórgão”, todavia, sem poderes jurisdicionais, e que a sua atuação ofenderia o princípio da separação dos Poderes, quando se prevê em sua composição integrantes alheios ao Poder Judiciário, se não, vejamos:

Quando nos referimos a órgãos integrantes do Poder Judiciário, imaginamos jurisdição. Imaginamos algo que é inerente à soberania do Estado, à atuação deste ao dirimir conflitos de interesse, de modo a restabelecer a paz social, momentaneamente abalada por um certo conflito de interesses. [...]

Ilações me ocorrem: a primeira é de termos um superórgão – vou dizer por que entendo haver surgido um superórgão administrativo – que não terá – ainda bem – jurisdição, ou seja, o ofício judicante, jurisdicional propriamente dito. [...]

Há mais, entretanto. Se pararmos, haveremos de admitir que entre os componentes do Conselho egressos da magistratura será possível contar-se com pessoas que, na origem, tenham saído da classe dos advogados e do Ministério Público. E aí se constata, até mesmo, a possibilidade de uma sobreposição, Contudo, além da integração de advogados e de membros do MP – que afinal são indispensáveis à administração da Justiça, e não chego a estender a previsão constitucional à área administrativa –, tem-se a participação de cidadãos que votarão no campo administrativo, considerada a extensão das atribuições do Conselho previstas na própria emenda constitucional, e com o detalhe da alternatividade: a existência de mandato com a possibilidade de uma única recondução. [...]

Imagino os Poderes no mesmo patamar: o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Como não concebo um conselho nacional do Executivo, como não concebo um conselho nacional do Legislativo, com as atribuições previstas no art. 103-B decorrente da emenda, não concebo também, por mais que me esforce, um conselho nacional do Judiciário – e se disse de Justiça –, mas acaba sendo do Judiciário, porque esse Conselho, não sei nem se há exceção relativamente ao Supremo Tribunal Federal, considerada a parte administrativa, exercerá, atuará em relação a todos os Tribunais do País.

Corroborando, em parte, com o entendimento exposto pelo Ministro Marco Aurélio, mas em menor extensão, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Carlos Velloso, consideraram constitucional a criação do CNJ e as suas atribuições definidas pela EC 45/2004, mas inconstitucional a previsão de membros externos ao Poder Judiciário, por violar o princípio da separação de Poderes, veja-se:

Ministra Ellen Gracie: Assim procedendo no presente caso, considero indevida a participação de membros do Ministério Público e advogados e cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e Senado Federal em órgão incrustado, pela própria Emenda Constitucional nº 45/2004, na organização do Poder Judiciário. [...]

Levando-se em conta a competência não somente gerencial, mas também invasiva do Conselho recém-criado e por se tratar de órgão do Judiciário que tem como campo de atuação, ainda que despojado de função jurisdicional, o funcionamento do próprio Judiciário, a participação daqueles que não são membros deste Poder choca-se frontalmente com a já referida independência qualificada do Poder Judiciário, que se desdobra nas garantias de independência no exercício da judicatura e na autonomia administrativa, financeira e orçamentária dos Tribunais, tudo para que, no sistema de freios e contrapesos existente, esta parcela do poder estatal (Estado-juiz) tenha a mais absoluta isenção na realização de atividade que representa a própria submissão do Estado Democrático de Direito às decisões judiciais contra si proferidas.

Ministro Carlos Velloso: Quanto aos representantes da política partidária – os indicados pelo Senado e pela Câmara terão essa característica –, não admito no Conselho. A uma, em nome da separação dos Poderes, que constitui cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, III). É que ter-se-á, com a indicação de representantes de um Poder para fiscalizar outro Poder, ingerência de um Poder em outro Poder, com maus-tratos na cláusula pétrea da separação dos Poderes. Essa participação, portanto, é inconstitucional. A EC 45, no ponto, feriu de morte a cláusula pétrea da separação dos Poderes. A duas, porque a participação de representantes da política partidária na administração da Justiça causará danos ao Poder Judiciário e à independência deste, com ofensa, destarte, ao disposto no art. 2º da Constituição Federal. A política partidária deve estar distante da Justiça por expressa recomendação constitucional: CF, art. 95, parágrafo único, III. [...]

A inclusão dos representantes da OAB e do Ministério Público no Conselho ofende o disposto no art. 60, § 4º, III, e o disposto no art. 2º da Constituição Federal.

Ainda, em menor extensão que os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou somente inconstitucional a indicação para o quadro de conselheiros do CNJ, a dos dois cidadãos, um a ser indicado pelo Senado Federal e outro, pela Câmara dos Deputados:

É que nele (CNJ) se criou uma forma nova de ingerência do Poder Legislativo na composição de um órgão formalmente inserido na estrutura nacional do Poder Judiciário, com imensos poderes, aqui corretamente já chamados, hoje, de “poderes de superposição” a todo o exercício do autogoverno do Judiciário Federal e também do Judiciário dos Estados-membros. Refiro-me à indicação de dois membros do Conselho Nacional de Justiça, um, pelo Senado; outro, pela Câmara dos Deputados.

Com efeito, entendemos que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 3367/2004 foi acertada. O Conselho Nacional de Justiça, partindo da premissa que as funções do Estado não são isoladas, mas sim relacionáveis entre si, permite que o Poder Judiciário tenha um maior diálogo com a sociedade civil organizada e com os outros Poderes. A proveniência dos membros do CNJ dá, sobremaneira, um aspecto de legitimidade nas decisões políticas do Conselho, uma vez que este não estará fadado ao corporativismo, considerando que recebe integrantes de outros setores da Justiça, bem como da sociedade civil. Ademais, nem as decisões do Conselho serão substancialmente políticas, visto que a maioria dos seus são provenientes do Poder Judiciário.

O princípio da separação dos Poderes não traduz o isolamento frio e desconfigurado, mas, sim, o imbricamento profundo entre as funções estatais, a ponto de um conhecer o que o outro faz para que se possa realizar um efetivo controle das funções estatais.

2.2 O FEDERALISMO E O CNJ

Antes de adentrar nas razões da decisão do STF quanto ao federalismo e as competências e o âmbito de atuação do CNJ, cabe-nos delinear em poucas linhas o conceito de federalismo.

O federalismo teve suas primeiras bases nos Estados Unidos da América, quando, em 1781, foi criada a Confederação dos trezes Estados soberanos da América do Norte. Porém, esse modelo inicialmente posto não subsistiu; e, em 1787, esses trezes Estados se abdicam de suas soberanias e criaram um novo Estado, o Federal²².

No Brasil, o processo de federalização foi oposto ao que ocorreu nos Estados Unidos. Enquanto neste, os Estados soberanos abriram mão de sua soberania, subsistindo tão somente autonomia, para a criação de um Estado; naquele, o único Estado soberano e centralizador distribuiu parcelas de suas competências para entes criados, dividindo todo o território nacional. Essa diferença de processo explica em parte a maior ou menor autonomia que existe em um ou em outro país.

Assim, em busca de um conceito não exauriente, o federalismo é, nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, a forma de Estado, adotada por uma lei maior, que consiste na reunião de vários Estados em um só, “cada qual com certa independência, autonomia interna, mas obedecendo todos a uma

22 RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação e República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Mendes; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Tratado de direito constitucional I*. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 719-751.

Constituição única”, os quais enumerarão as competências e limitações de cada ente que se agregou²³.

Para Dircêo Torrecillas Ramos, o federalismo se faz em uma “sociedade de Estados autônomos com aspectos unitários”, vez que é, enquanto “Estado Federal, uma unidade territorial, unidade de representação e unidade nacional”²⁴. Ainda continua o Professor da USP, afirmando que:

Os princípios desta forma do Estado são a União e a não centralização, já nasce não centralizado. Esta característica apresenta-se quando o Poder Constituinte, originário e soberano estabelece em sua obra, a Constituição, as competências da União e de seus componentes, decretando a autonomia que não depende de um poder central para uma maior descentralização ou centralização.²⁵

Esse entendimento vai ao encontro das ideias de Luis Roberto Barroso, principalmente, quando afirma que a forma federativa estatal comporta dois conteúdos primordiais: a) “a autonomia dos entes central e locais” e b) “a participação deles na formação da vontade do ente global”. Quanto ao primeiro conteúdo, pode-se dizer que a autonomia é entendida como o “governo próprio dentro de um círculo que é pré-traçado pelo constituinte originário”, em que esse “círculo” é limitado pelas competências destinadas a cada ente, “que envolvem, em geral, competências político-administrativas, legislativas e tributárias, e por normas obrigatórias impostas pelo Texto Constitucional em benefício da unidade nacional”. Em relação à participação, segundo conteúdo, tem-se que os entes federados devem, de alguma forma, participar da “vontade manifestada pelos órgãos do ente global, isto é: a chamada vontade federal”²⁶.

Já em relação ao federalismo aplicado ao Poder Judiciário e, por conseguinte, ao Conselho Nacional de Justiça, José Adércio Leite Sampaio esclarece que “as exigências de certeza jurídica impõem a uniformidade das leis federais”, ainda que observadas pelo Judiciário local, “havendo para tanto, uma Corte Suprema dotada de competência recursal”. Tenha-se que tal fato não pode e nem ocorre com os outros Poderes/funções do Estado. José Adércio Leite Sampaio conclui:

Os estados unitários mais descentralizados requerem, sem embargo, que leis estatutárias e de natureza “constitucional”, aprovadas pelos parlamentos de regiões ou autonomias, sejam ratificadas pelo parlamento nacional, haven-

23 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 215-221.

24 RAMOS, Dircêo Torrecillas. Op. cit., p. 720.

25 Idem, *ibidem*.

26 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 32.

do vinculações e, quando muito, descentralizações administrativas a revelar continuidade entre os dois níveis territoriais de poder. A mesma situação não se pode admitir no federalismo. Cada unidade federativa exerce competência própria sem interferência de outra.²⁷

Com isso começamos a análise de uma das queixas da AMB, a de que o CNJ, órgão da União, poderia adentrar no campo autônomo das justiças estaduais, violando o princípio do federalismo. O Supremo Tribunal, todavia, não se curvou às alegações da AMB, assentando que o Poder Judiciário é uno, indivisível e nacional, não se aplicando a este as balizas federalistas que são adequadas ao Poder Executivo e Legislativo. Sendo, pois, o CNJ integrante do Poder Judiciário, não subsistiria a tese aventada.

A propósito, o Ministro Cezar Peluso argumentou que:

O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, “Judiciários estaduais” ao lado de um “Judiciário federal”.

Outrossim, restou assentado que, embora o CNJ receba recursos da União, de modo idêntico ao que acontece com o próprio STF e com os Tribunais Superiores, trata-se de um órgão nacional.

José Adércio Leite Sampaio entende que o Poder Judiciário é nacional, independentemente das competências das diversas “justiças estaduais”. E esse entendimento é aplicável ao CNJ, sendo que a sua “composição reflete a estrutura federativa”. Não é de consideração relevante o fato de sua fonte de custeio ser proveniente da União. Isso, em hipótese alguma, macula o caráter nacional do CNJ²⁸.

Filiando-se ao entendimento anteriormente exposto, Luis Roberto Barroso sustenta que “o CNJ é órgão nacional e não do ente central ou de qualquer dos entes locais, de modo que não há subordinação das estruturas estaduais do Judiciário a um órgão do ente central”. Ademais, a criação do Conselho Nacional de Justiça não viola os conteúdos essenciais do federalismo, quais sejam: a autonomia dos entes federados e a participação desses na formação da vontade dos órgãos centrais e nacionais²⁹.

27 SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 253-254.

28 Idem, p. 256.

29 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 36.

3 CONTROLE DAS DECISÕES DO CNJ PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A FIXAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS DO CONSELHO

3.1 O STF É UMA INSTÂNCIA JULGADORA DO CNJ?

Segundo a redação do art. 102, I, r, da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal analisar as decisões do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse diapasão, a nossa Corte Suprema firmou o entendimento que ela não é uma mera instância revisora dos atos e decisões do Conselho Nacional de Justiça.

O Ministro Gilmar Mendes, acompanhando o entendimento do Ministro Celso de Mello, no indeferimento do pedido liminar no MS 27.077, da relatoria do Ministro Ayres Britto, aduziu que:

É de se destacar a necessidade de proceder a uma redução do âmbito de proteção do art. 102, I, r, da Constituição de 1988 [...].

Ademais, ressalta-se que a ordem constitucional assegura ao Conselho Nacional de Justiça espectro de poder suficiente para o exercício de suas competências (art. 103-B da CF/1988), não podendo esta Corte substituí-lo no exame discricionário dos motivos de suas decisões, quando estas não ultrapassem os limites da legalidade e da razoabilidade. [...] (grifo nosso)

De igual modo, exemplificando o entendimento majoritário do Supremo na presente discussão, o Ministro Joaquim Barbosa pondera que:

O ato coator, portanto, não é prática de determinado ato lesivo a alegado direito líquido e certo, mas a rejeição de pretensão levada ao conhecimento do órgão que se reputou competente. Portanto, a tutela buscada perante o STF reduz-se à simples revisão do entendimento sufragado pelo CNJ.³⁰

Portanto, em outras palavras, o Supremo entende que ele não é competente para revisar o mérito administrativo dos atos e das decisões do CNJ, manifestando se a decisão do Conselho foi certa ou errada. Ao Supremo, conforme seu próprio entendimento, cabe o controle da constitucionalidade, denegando ou concedendo a segurança para aqueles que comprovarem que o CNJ tisonou direito líquido e certo, ou que o CNJ transgrediu as leis ou a Constituição.

30 MS 28133/DF AgRg, Rel. Min. Joaquim Barbosa. No mesmo sentido: MS 27.710/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; MS 26.749/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; MS 27.979/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MS 27.077/DF, Rel. Min. Ayres Britto; MS 27.026/DF, Rel.^a Min. Cármen Lúcia.

3.2 O CASO DO NEPOTISMO: AS RESOLUÇÕES DO CNJ E O PRECEDENTE DA ADC 12

No julgamento da ADC 12, o Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade, a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, exarada pelo Conselho Nacional de Justiça quando “vedou” a prática do nepotismo no recinto do Poder Judiciário. O pleno do STF considerou que o Conselho Nacional de Justiça não extrapolou de sua competência constitucional, conforme balizada no art. 103-B, § 4º, inciso II, argumentando que a regulamentação feita pela resolução do CNJ apenas empresta maior esclarecimento à observância, sem exceções, dos princípios encartados no art. 37 da CF, que têm, diga-se, aplicação imediata e direta.

Não queremos, pois, sobrelevar os diversos entendimentos sobre a prática do nepotismo, vez que isso não é o escopo deste trabalho, mas não deixaremos de registrar uma parte do voto do Ministro Celso de Mello que bem ilustra o caso:

Na realidade, a Resolução CNJ nº 7/2005 traduz emanção direta do que prescreve a própria Constituição da República, considerados, notadamente, para esse efeito, além da regra de competência fundada no art. 103-B, § 4º, inciso II, do Texto Constitucional, os postulados da impessoalidade e da moralidade que representam valores essenciais nas conformações das atividades do poder. [...]

A prática do nepotismo, tal como corretamente repelida pela Resolução CNJ nº 7/2005, traduz a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que não tolera – porque incompatível com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática – o exercício do poder *pro domo sua*. [...]

O fato é um só, Senhor Presidente: quem tem o poder e a força do Estado, em suas mãos, não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. O nepotismo, além de refletir, um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. E esta Suprema Corte, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a tão graves transgressões da ordem constitucional.³¹

Avançando nas implicações do referido julgamento, foi trazida à baila da discussão, talvez, a principal competência do CNJ, qual seja a de editar resoluções³² que obrigam todos os órgãos do Poder Judiciário – sempre lembrando a exceção que é o STF.

31 Como é cediço, os votos originais do Min. Celso de Mello são carregados de grifos e sublinhados.

32 Cf. ROSILHO, André Janjácomo. O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, n. 14, a. 4, p. 37-83, abr./jun. 2010.

O Supremo Tribunal Federal ao conhecer – e deferir a liminar – da ADC 12 consignou o entendimento de que das resoluções do CNJ cabem ações diretas de (in)constitucionalidade. Trata-se de um precedente importantíssimo para as funções do Conselho Nacional de Justiça.

Com efeito, não teria razão de existência do Conselho, e a determinação do art. 103-B, § 4º, inciso II, da CF restaria esvaziada, caso não pudesse exarar determinações com certo grau de abstratividade e generalidade dentro dos limites nacionais do Poder Judiciário.

Registra-se que, no presente julgamento, a resolução do CNJ regulamentou diretamente um dispositivo da Constituição. Para o Ministro Ayres Britto, Relator da ADC 12, os atos por meio dos quais o CNJ regula diretamente preceitos da Constituição, não os eiva de inconstitucionalidade, visto que essa função é implícita ao seu mister constitucional, constituindo-se estes em atos normativos primários, o que permite, e.g., serem impugnados por ações diretas.

Na ocasião, ao proferir o seu voto, o ministro relator lançou luzes sobre vários temas jurídicos. Destacamos, nesta oportunidade, o *conceito de ato normativo primário*, que faz parte do núcleo essencial do voto por ele proferido, e que toca de perto a questão das espécies normativas e seu fundamento de validade.

Para o Ministro Ayres Britto, o Estado-legislador é detentor de duas caracterizadas vontades-normativas: uma primária, e outra, derivada. A primária é assim designada por buscar o seu fundamento de validade diretamente no Texto Constitucional, sem interposta espécie legislativa outra, logo, podendo inovar no ordenamento jurídico como força primária que é. Já a vontade secundária é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar infraconstitucional, ou seja, em outra espécie legislativa já editada, por isso chamada de instrumento secundário que não pode inovar no ordenamento jurídico pátrio.

Segundo os ensinamentos do Ministro Ayres Britto, são exemplos de atos normativos primários, estruturados a partir da linguagem do Texto Constitucional: *resoluções do Senado Federal* (art. 52, VII, VIII e IX, e art. 155, § 2º, V, alíneas *a* e *b*, todos da Constituição Federal); *medidas provisórias* (art. 62 da Constituição Federal); *decreto – regulamento autônomo* – (art. 84, VI, *a*, da Constituição Federal); *resolução do Conselho Nacional de Justiça* (art. 103-B, II, da Constituição Federal); *regimentos internos dos Tribunais* (art. 96, I, alínea *a*, da Constituição Federal). Neste ponto, o Ministro Ayres Britto destacou uma peculiaridade: é que estes regimentos internos possuem natureza dúbia, porquanto podem ter natureza de atos primários, quando dispõem sobre competência e funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos de cada qual deles (Tribunais); e de atos secundários, quando dispuserem sobre o dever de observância das normas de processo e das garantias processuais das partes.

Em sendo assim, os órgãos constitucionais que foram aquinhoados com a possibilidade de editar estes instrumentos jurídicos são detentores da chamada competência para expedir atos normativos primários, atos que podem inovar no ordenamento jurídico independentemente da existência de interposto texto legal, uma vez que o fundamento de validade para edição de tais atos primários advém da própria Carta Republicana.

*Dentro destas premissas, acolhidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, plenamente constitucional é o conteúdo da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já que trata de ato normativo primário em consonância com seu fundamento de validade, qual seja, mais especificamente, a cabeça do art. 37 da Constituição Federal, que trata dentre outros princípios, da impessoalidade, eficiência e moralidade administrativa. (grifo nosso)*³³

Todavia, as resoluções do CNJ, embora possuam abstratividade e generalidade, constituindo-se em verdadeiros atos normativos primários, não podem tisonar sob nenhum argumento as normas superiores hierarquicamente, senão darão azo ao provimento de parâmetro de controle de legalidade ou de constitucionalidade³⁴.

Confirmando a tese anteriormente exposta, o próprio Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades se utilizou da Súmula nº 266³⁵, a fim de não conhecer de mandato de segurança contra resoluções do CNJ.

A competência do CNJ de editar resoluções para a regulamentação de questões internas é o principal fator de sua emancipação institucional perante os órgãos do Poder Judiciário. O CNJ vem ocupando lugar, para o e no Poder Judiciário, que antes cabia à lei. Talvez, esse fato revele o fortalecimento do Poder Judiciário em face dos outros Poderes, sendo cada vez mais autônomo, não precisando se socorrer do Legislativo e do Executivo para a consecução de seus fins³⁶.

Em sentido contrário, Manoel Jorge Silva e Neto revela a preocupação das resoluções do CNJ (e do CNMP) diante do princípio da legalidade e da segurança jurídica. Para o Professor constitucionalista, as resoluções do CNJ, mesmo sendo tipificadas como “lei em sentido material”, devem ser

33 NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. ADC 12 no STF. O conceito de ato normativo primário no voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 963, a. 11, 21 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8001>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

34 Interessante conferir parte do voto do Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento da ADC 12: “A partir do momento em que a Corte consignou que o ato editado pelo Conselho Nacional de Justiça é um ato normativo autônomo – isso já está decidido pelo menos neste caso, e deixo para rediscutir a matéria em outro processo –, tendo, portanto, o Conselho a competência legiferante, concluo pela constitucionalidade, sem qualquer acréscimo, sem interpretação conforme”.

35 Súmula nº 266 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

36 ROSILHO, André Janjácómo. Op. cit., p. 81.

limitadas à luz do princípio da legalidade, para que possa ser respeitada a segurança jurídica das relações regulamentadas. Por meio desse controle é que se pode “discorrer sobre os limites do poder regulamentar dos Conselhos (CNJ e CNMP), exercitável, como se sabe por meio de resoluções”³⁷.

Nessa linha, André Ramos Tavares entende que o Conselho Nacional de Justiça não tem competência para edição de atos normativos primários, que inovam no sistema jurídico brasileiro, cabendo ao CN “tão apenas, regulamentar disposições legais. Sua produção normativa há de ser secundária, com atenção especial aos termos da LC 35, de 1979, a qual se afigura, no momento, como o Estatuto (da magistratura) em questão”³⁸.

Em relação à atuação normativa do Conselho Nacional de Justiça, sem o receio de atuação em causa própria, o Supremo Tribunal Federal obtém o melhor entendimento. Alguns dispositivos constitucionais têm aplicabilidade imediata e eficácia plena³⁹, como, por exemplo, o *caput* do art. 37. Pergunta-se: para que o CNJ vedasse o nepotismo, com base no *caput* do art. 37, precisaria de uma lei em sentido estrito? Mas e a aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais elencados no art. 37? Esses só poderiam ser regulamentados no âmbito do Poder Judiciário se existisse uma lei? Respondendo de uma só vez as perguntas, entendemos constitucional a possibilidade do CNJ regulamentar disposições constitucionais de aplicabilidade imediata no âmbito do Poder Judiciário, não podendo, por óbvio, quando estiver frente a disposições que requeiram uma lei em sentido estrito.

3.3 A QUESTÃO DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS DECISÕES DO CNJ

Segundo a EC 61/2009, alterando o § 1º do art. 103-B da CF, o presidente do Supremo Tribunal Federal será necessariamente o presidente do Conselho Nacional de Justiça.

Essa medida, como visto anteriormente, resolveu alguns problemas de ordem prática. Poderíamos citar, *e.g.*, a questão da distribuição de processos no STF. Com a possibilidade de o presidente do CNJ ser outro ministro que não o presidente do STF, isso faria que dois ministros recebessem menos processos na distribuição, o que aumentaria a carga de processos para os outros nove ministros.

Ademais, com a redação anterior do § 1º do art. 103-B da CF, ficava a dúvida de quem substituiria o presidente do CNJ em seus impedidos ou

37 SILVA NETO, Manoel Jorge. Controle de atividades de juizes e promotores de justiça pelo CNJ e pelo CNMP. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, v. 7, n. 24, p. 49-62, jan./mar. 2009.

38 TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional brasileiro concretizado*. São Paulo: Método, 2006. p. 384.

39 CF. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Mallheiros, 2009.

ausências, não se sabia se seria algum conselheiro do CNJ ou algum ministro do STF.

Registre-se que, na história conjunta do Supremo e do Conselho, em todas as oportunidades, o presidente daquele também foi desse.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal teve que se posicionar quanto ao possível impedimento do Presidente do CNJ participar dos debates na Suprema Corte quando atos do CNJ forem impugnados. Como se sabe, em sede de mandato de segurança, quem presta as informações ao relator da causa no STF é o ministro-presidente do CNJ, sendo este a autoridade coatora. O que cabe a discussão se esse estaria, ou não, impedido de atuar na causa perante o STF.

Dessarte, o STF firmou entendimento que o presidente do CNJ não estaria impedido de participar do julgamento das demandas postas ao Supremo. Esse entendimento foi tomado, por analogia com o que foi firmado para afastar o impedimento dos ministros que atuam nos processos perante o TSE.

Com efeito, na análise do MS 25.938⁴⁰, o Tribunal citou a Súmula nº 72⁴¹ do STF, de 1963, para afastar o impedimento do presidente do CNJ nos julgamentos do STF.

Ademais, nesse julgamento, o Ministro Celso de Mello entendeu que, se houvesse impedimento nos casos de ministros presidentes do CNJ e dos ministros do TSE, “o Supremo Tribunal Federal ficaria impedido de exercer, com regularidade e em plenitude, as suas atribuições jurisdicionais”.

Com isso, pode-se afirmar que não há impedimento do presidente do CNJ, ou do vice-presidente em alguns casos, perante o STF quando atos do Conselho forem impugnados. Embora se trate de dois órgãos diferentes, o que, *per se*, não é suficiente para determinar o impedimento, as funções do Ministro Presidente do STF e CNJ foram determinadas pela Constituição, que, expressamente, quer que Ministros do STF façam parte do CNJ e do TSE, por causa da relevância desses dois órgãos.

Afinal, quando os Ministros do STF participam desses outros órgãos, não se desvinculam funcionalmente do Supremo, e atuam como Ministro da Suprema Corte.

40 “Preliminarmente, o Tribunal assentou que não há impedimento do Presidente do CNJ, que fez a publicação da decisão, mesmo que tivesse participado eventualmente da própria sessão que seu ensejo à prática do ato.” (MS 25.938, Plenário, Rel^a Min. Cármen Lúcia, extrato de ato, Julgamento em 24.04.2008, DJe de 12.09.2008)

41 Súmula nº 72 do STF: “No julgamento de questão constitucional, vinculada à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário”.

Caso bem diverso é quando, por exemplo, o Advogado-Geral da União participa de um processo, nessa condição, e, após, venha a integrar os quadros do Supremo Tribunal Federal, em que será impedido, por causa das funções distintas.

3.4 A FUNÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA E DO PRESIDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Segundo o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, o Procurador-Geral da Justiça e o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil oficiaram perante o plenário, podendo usar a palavra (art. 3º, parágrafo único).

Entre algumas funções desses dois órgãos, podemos citar: a) em processo administrativo disciplinar perante o Conselho, o Procurador-Geral da República poderá se manifestar ou designar órgão do Ministério Público, conforme art. 73 e seguintes do Regimento Interno do CNJ; b) segundo o art. 79 do RICNJ, o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB poderão requer ao CNJ avocação de processo de natureza disciplinar em curso contra membros do Poder Judiciário ou de seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro; e c) nos termos do § 3º do art. 122 do RICNJ, o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB poderão ser representados nas sessões do Plenário por quem eles indicarem.

O STF também entendeu que a ausência do Procurador-Geral da República e do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, nas sessões do CNJ, não invalida as decisões tomadas.

Mandado de segurança contra ato do CNJ: arquivamento de petição que pretendia a anulação de decisão judicial, por alegado vício processual atribuído aos Ministros do STJ: indeferimento. Ainda que disponha o art. 103-B, § 6º, da CF que “junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB”, a ausência destes às sessões do Conselho não importam em nulidade das mesmas. (MS 25.879-AgRg, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento em 23.08.2006, DJ de 08.08.2006)

Com efeito, se outra tivesse sido a decisão do STF, as funções administrativas do CNJ estariam comprometidas. A previsão do § 6º do art. 103-B da CF é um mandamento dirigido ao Procurador-Geral da República e ao Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, em que são instados a comparecer às sessões do CNJ, para que possam acompanhar a validade das decisões e dos seus efeitos. Ademais, como se verificou no Regimento Interno do CNJ, o PGR e o Presidente do CFOAB poderão se fazer substituir

por suas próprias escolhas, ou seja, as suas presenças não são impostas, o que empresta mais um argumento ao entendimento revelado do STF.

3.5 A ATUAÇÃO DO CNJ EM RELAÇÃO A FATOS JURÍDICOS ANTERIORES À SUA CRIAÇÃO

O pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 25.962, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, entendeu que a atuação do CNJ não está limitada no tempo. Assim, o CNJ terá competência para se debruçar em fatos jurídicos anteriores à sua criação. A propósito, o Ministro Marco Aurélio aduziu que:

Inicialmente, consigno que não procede o inconformismo quanto ao fato de o Conselho Nacional de Justiça ter passado a existir com a Emenda Constitucional nº 45/2005 e o edital do concurso haver sido veiculado em data anterior. É que, na mencionada emenda, somente ficou estabelecido o prazo de instalação do citado Conselho, e não o termo inicial da ação fiscalizadora no campo administrativo considerados os atos dos Tribunais em geral – exceto, evidentemente, os do Supremo no que a este incumbe o crivo quanto a essa atuação. Vale dizer que não surgiu no mundo jurídico cláusula a limitar a atuação considerada a data do ato a ser apreciado. Essa circunstância, em vez de revelar a existência de órgão de exceção, diz da harmonia do Conselho com a ordem jurídica no que apanhados atos em geral, não se tratando de órgão criado – e então seria dar envergadura maior ao concurso realizado – para exercer a glosa desta ou daquela situação jurídica individualizada.⁴²

Tal entendimento espanca a ideia descabida de que o Conselho Nacional de Justiça seja um Tribunal de exceção.

Todavia o ato de revisão do CNJ não poderá desrespeitar o comando do art. 54 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

3.6 A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DO CNJ QUE CASSAM SENTENÇAS JUDICIAIS

Na ADIn 3367/2004, o Supremo Tribunal Federal, como visto, assentou que o Conselho não poderia adentrar no mérito das decisões judiciais, ou seja, não cabe ao CNJ a atuação jurisdicional.

Não obstante, em algumas oportunidades, o CNJ desconstituiu decisões judiciais.

42 MS 25.962, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento em 23.10.2008, DJe de 20.03.2009.

No julgamento do MS 28.611/DF, o STF, por unanimidade, cassou decisão do Corregedor Nacional da Justiça que tornou sem efeito decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

No presente caso, o TJMA concedeu a segurança para que serventuário, ocupante de serventia judicial sem concurso público, permanecesse na função, em desacordo com a Resolução nº 80/2009 do Conselho Nacional de Justiça, que declara a vacância dos serviços notariais e de registro ocupados em desacordo com as normas constitucionais pertinentes à matéria, estabelecendo regras para a preservação da ampla defesa dos interessados, para o período de transição e para a organização das vagas do serviço de notas e registro que serão submetidas a concurso público.

Ao desconstituir a decisão do Corregedor Nacional, o Tribunal Supremo entendeu que o CNJ, máxime monocraticamente, não poderá entrar no mérito judicial e cassar decisões jurisdicionais, nos termos do entendimento fixado na ADIn 3367/2004.

A propósito, na análise do AgRg-MS 28.611/DF – MC, o Ministro Celso de Mello ponderou que:

Não se desconhece que o Conselho Nacional de Justiça embora incluído na estrutura constitucional do Poder Judiciário qualifica-se como órgão de caráter eminentemente administrativo, *não dispondo de atribuições institucionais que lhe permitam exercer fiscalização da atividade jurisdicional dos Magistrados e Tribunais*. [...]

Assinalo por oportuno, que também proferi decisões em igual sentido (MS 27.148/DF, Rel. Min. Celso de Mello), advertindo que *o Conselho Nacional de Justiça – quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus conselheiros ou do Senhor Corregedor Nacional de Justiça – não dispõe de competência para intervir em decisões emanadas de Magistrados ou de Tribunais, quando impregnadas (como sucede na espécie) de conteúdo jurisdicional*. [...]

O Conselho Nacional de Justiça, embora integrando a estrutura constitucional do Poder Judiciário como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura – excluídos, no entanto, do alcance de referida competência, o próprio Supremo Tribunal Federal e seus Ministros (ADIn 3367/DF) –, qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus Conselheiros ou, ainda, do Corregedor Nacional de Justiça, fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de Magistrados e Tribunais em geral, *razão pela qual mostra-se arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional a deliberação do Corregedor Nacional de Justiça que, agindo ultra vires, paralise a eficácia de decisão que tenha concedido mandado de segurança*. (grifo nosso)

No mesmo sentido da decisão anteriormente exposta, que entende ser incabível ato do CNJ que desconstitua decisão judicial, estão, *e.g.*, o MS 27.708⁴³, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio e o MS 28.712-MC, Relatoria do Ministro Celso de Mello.

Ressaltamos que, antes de o Conselho Nacional de Justiça não ter competência, falta-lhe primeiramente jurisdição, nos termos do entendimento do STF no julgamento da ADIn 3367/2004.

Assim, falta ao Conselho, *a priori*, a investidura⁴⁴ para o exercício da jurisdição. Quando o CNJ desconstitui, cassa uma decisão judicial, seja qual for o motivo, repita-se, seja qual for o motivo, estará realizando uma impossibilidade jurídica, pois quem não é investido na função de órgão judicante não poderá prolatar sentenças, nem cassá-las. Ato dessa natureza não podem na teoria surtir qualquer efeito. Nesse sentido, o CNJ, mesmo sendo órgão do Poder Judiciário, está na mesma situação que todos os outros órgãos/entidades do Estado brasileiro que não detêm a jurisdição, *ex.*: Banco do Brasil, Ministério da Educação, Polícia Federal, etc. É cabível que esses possam desconstituir decisões judiciais? Cremos que em hipótese nenhuma. O mesmo pensamento, salvo melhor juízo, serve para o CNJ; e, por motivo despreziosamente simples, decisões administrativas não podem desconstituir decisões judiciais. Pensar o contrário é instalar o caos e a crise institucional entre as integrantes do próprio Poder Judiciário.

Por fim, o CNJ, segundo o STF⁴⁵, não poderá analisar a constitucionalidade de atos administrativos, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da CF, tão somente a legalidade desses atos:

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. (grifo nosso)

43 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – ATRIBUIÇÃO – ACORDO JUDICIAL – INTANGIBILIDADE – *Detendo o Conselho Nacional de Justiça atribuições simplesmente administrativas, revela-se imprópria declaração a alcançar acordo judicial* (MS 27708, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgado em 29.10.2009, DJe-091, Divulg. 20.05.2010, Public. 21.05.2010, Ement. v. 02402-03, p. 00620). (grifo nosso)

44 “O princípio da investidura corresponde à ideia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. A jurisdição é um monopólio do Estado e este, que é uma pessoa jurídica, precisa exercê-la através de pessoas físicas que sejam seus órgãos ou agentes: essas pessoas são os juízes. É claro, pois, que, sem ter sido regularmente investida, não será uma pessoa a encarnação do Estado no exercício de uma de suas funções primordiais.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 155)

45 O Conselho Nacional de Justiça, embora seja órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, possui, tão somente, atribuições de natureza administrativa e, nesse sentido, não lhe é permitido apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos, mas somente sua legalidade (MS 28.872/DF-AgRg, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 24.02.2011, Publicado no DJe em 18.03.2011).

BREVES CONCLUSÕES

Não ainda sem tempo, todas essas considerações requerem ter um desfecho necessário – triunfal ou não. Vejamos:

1. Em relação à natureza jurídica, o Conselho Nacional de Justiça é um órgão político-administrativo, nos termos da Constituição, que, embora tome decisões administrativas, em determinados casos, a sua decisão será também política.
2. Não vemos razão de não se prever uma vaga, entre os membros do CNJ, para ser ocupada por alguém proveniente da Defensoria Pública. Essa, assim como o Ministério Público e a Advocacia, exerce uma função essencial à justiça. Vemos, salvo melhor juízo, uma diferenciação ilógica da própria Constituição, que deveria assegurar uma vaga do CNJ para a Defensoria Pública.
3. Entendemos que é desnecessária a sabatina dos Ministros do STJ e do TST para compor o Conselho Nacional de Justiça, uma vez que já passaram por esse processo anteriormente, bem como é desnecessária a sabatina do cidadão indicado pelo próprio Senado Federal.
4. Nos termos da ADIn 3367/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a criação do Conselho Nacional de Justiça pela EC 45/2004 não viola o princípio da separação de poderes, o federalismo e a hierarquia funcional.
5. Segundo entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, esta Corte não é uma mera instância revisora dos atos e das decisões do CNJ. Assim, o STF não adentrará no acerto ou desacerto da decisão administrativa do Conselho, quando esta não transgredir a lei ou a Constituição. Nessas hipóteses, certamente, caberá a desconstituição do ato do CNJ, mas por aspectos ilegais e/ou constitucionais, não pela conveniência e oportunidade.
6. No julgamento da ADC 12, a Suprema Corte brasileira decidiu que as resoluções do CNJ são atos normativos primários, ou seja, que inovam no ordenamento no âmbito do Poder Judiciário. Diante dessa tese, frise-se que uma resolução do CNJ poderá sofrer qualquer ação direta, tendo como exemplo a própria ADC 12.
7. A possibilidade de normatividade primária do Conselho faz com que, em consequência, o Poder Judiciário atue de forma mais autônoma em relação aos outros poderes/funções, vez que não

precisará, a todo tempo, se remediar do Executivo e do Legislativo para a consecução de seus fins constitucionais. Todavia, não se pode esquecer que o Conselho Nacional de Justiça não poderá, por meio de suas resoluções, transgredir normas hierarquicamente superiores, podendo, porém, regulamentar normas constitucionais de aplicabilidade imediata e de eficácia plena.

8. Para o Supremo Tribunal Federal, o seu presidente, que é também do Conselho Nacional de Justiça, não é impedido de atuar nos processos em que o CNJ for parte perante o STF. Trata-se, pois, de defender a principal função do presidente do STF que é conduzir os debates no plenário do STF e deles participar. Assim, caso fosse validado entendimento contrário, as funções do STF estariam seriamente prejudicadas, pois de igual modo aconteceria, *e.g.*, com os três Ministros que participam do TSE. Todavia, nesse caso, há entendimento sumular do Supremo afirmando que os Ministros do STF que atuam no TSE não estão impedidos de participar dos julgados perante o STF, quando da causa eles tenham participado no TSE.
9. O Procurador-Geral da Justiça e o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil não são indispensáveis nas sessões do CNJ, como visto anteriormente, embora entendamos que o mandamento do § 6º do art. 103-B da CF é uma ordem de presença nas sessões do CNJ, dada a importância dessas duas entidades, mas que poderão designar substitutos, nos termos do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.
10. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 25.962, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, entendeu que a atuação do CNJ não está limitada no tempo. Ou seja, o CNJ poderá se debruçar em atos administrativos ocorridos antes da sua criação, respeitando, todavia, a previsão do art. 54 da Lei nº 9.784/1999.
11. O Conselho Nacional de Justiça, não sendo investido de jurisdição, por óbvio, não poderá, em caso algum, cassar, desconstituir decisão judicial, sendo esse ato juridicamente impossível, não surtindo na teoria qualquer efeito. É que, segundo o STF, ao CNJ só cabem funções administrativas, jamais jurisdicionais.
12. Com base em entendimento do STF, o CNJ não poderá analisar a constitucionalidade de atos administrativos, tão somente a legalidade desses atos, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da CF.

Com efeito, no plano prático, a criação do CNJ foi e é necessária para um Poder Judiciário mais corajoso e sabedor das suas funções na defesa dos direitos fundamentais, máxime do princípio da dignidade humana, seja qual conteúdo esse princípio tiver.

O Conselho Nacional de Justiça, inegavelmente, agitou o Poder Judiciário para uma nova fase de comunicação com a sociedade. Não se pode mais pensar que o Poder Judiciário é santuário intocável. Muito pelo contrário. O Poder Judiciário deve ser o primeiro a se abrir para a sociedade, até para legitimar suas decisões, muitas vezes, *contra majoritárias*.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal é de suma importância a fim de balizar e ponderar os limites do Conselho Nacional de Justiça. Hodiernamente, o STF sabe muito do que o CNJ pode e do que não pode fazer, conforme foi desenvolvido, mas, certamente, muitas outras demandas serão postas ao STF, e tenhamos atenção no acompanhamento das futuras decisões, que podem modificar totalmente as competências do CNJ, ou simplesmente confirmar as já tomadas. Não perdemos por esperar.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. Interesse Público. *Revista Bimestral de Direito Público*, n. 30, p. 13-38.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A reforma do Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Método, 2005.
- NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010.
- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. ADC 12 no STF. O conceito de ato normativo primário no voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 963, a. 11, 21 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8001>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação e República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Mendes; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Tratado de direito constitucional I*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSILHO, André Janjácomo. O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, n. 14, a. 4, p. 37-83, abr./jun. 2010.

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 positivo*. São Paulo: Mallheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Controle de atividades de juízes e promotores de justiça pelo CNJ e pelo CNMP. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, v. 7, n. 24, p. 49-62, jan./mar. 2009.