

Ativismo judicial e poder normativo do CNJ**Judicial activism and normative power of the CNJ**

DOI:10.34117/bjdv6n10-209

Recebimento dos originais: 08/09/2020

Aceitação para publicação: 09/10/2020

Gladson Rogério de Oliveira Miranda

Formação acadêmica mais alta: Doutrando e Mestre

Instituição de atuação atual: Procuradoria do DF

Endereço completo (pode ser institucional ou pessoal, como preferir): SHIS QL 32, Conj. 17, casa 08, Brasília, DF

Email: gladsonrogerio@uol.com.br

RESUMO

O tema ativismo judicial costuma estar associado às decisões do Supremo Tribunal cujo teor orienta ou mesmo estaria a substituir decisões políticas dos poderes executivo e judiciário. Foi longo o avanço dos arcabouços constitucionais pátrios para se permitir essa intervenção da Corte Suprema dos demais poderes, o que ultimamente ocorre com certa frequência e naturalidade.

Entretanto, ponto pouco analisado sob o prisma de se consubstanciar, ou não, forma de ativismo judicial é a possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça exercer um poder normativo com fundamento de validade retirado de forma imediata do texto constitucional. Isso se consubstanciará em um ato normativo primário, sendo que, como exemplos de outros atos normativos primários, teríamos as medidas provisórias, os decretos autônomos e os regimentos internos dos tribunais.

Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça poderia inovar no sistema jurídico considerando um caráter amplo de legalidade, conforme recentemente decidido pelo STF, ao analisar a constitucionalidade da Resolução 07/CNJ, que trata do nepotismo no Poder Judiciário. Para o Ministro Ayres Brito, a lei não é a única fonte de atos normativos primários¹. Neste panorama, indaga-se se essa atuação do CNJ poderia se dar mesmo sem uma lei anterior tratando do tema.

Ao se analisar todas as resoluções do CNJ até então proferidas, em face da diversidade dos temas nelas abordadas, pode-se considerar que temos um novo órgão normativo autônomo dentro do Poder Judiciário?

Palavras chave: Conselho Nacional de Justiça. Ativismo Judicial. Poder Normativo Primário.

ABSTRACT

The topic of judicial activism is usually associated with the decisions of the Supreme Court whose content guides or even would be replacing political decisions of the executive and judicial powers. It has been a long time since the constitutional frameworks of the homelands were advanced to allow this intervention by the Supreme Court of the other powers, which lately occurs with a certain frequency and naturalness.

However, a point that is little analyzed from the point of view of whether or not it constitutes a form of judicial activism is the possibility of the National Council of Justice to exercise a normative power with a basis of validity immediately removed from the constitutional text. This would take

¹ STF, ADC 12/DF.

the form of a primary normative act, and as examples of other primary normative acts, we would have the provisional measures, the autonomous decrees and the internal regulations of the courts.

In this way, the National Council of Justice could innovate in the legal system considering a broad character of legality, as recently decided by the STF, when analyzing the constitutionality of Resolution 07/CNJ, which deals with nepotism in the Judiciary. For Justice Ayres Brito, the law is not the only source of primary normative acts. In this panorama, one wonders if this performance of the CNJ could occur even without a previous law dealing with the subject.

When analyzing all the resolutions of the CNJ up to then, in view of the diversity of the themes addressed in them, can one consider that we have a new autonomous normative body within the Judiciary?

Key words: National Council of Justice. Judicial Activism. Primary Normative Power.

1 APROXIMAÇÃO DA MATÉRIA

O tema Ativismo Judicial, no Brasil, começou a ganhar força a partir da Constituição Federal de 1988. Já nos Estados Unidos, o fenômeno é mais antigo. Luis Roberto Barroso (2012) destaca como sendo o *leading case* de ativismo na Suprema Corte Americana na interpretação constitucional o caso de *Marbury v. Madison* (1803)². Há também casos como *Brown v. Board of Education* de 1954³. Há outras dezenas de precedentes, inclusive recentes como em 2009, quando a *Supreme Court*, analisando a Sexta Emenda, julgando o caso *Montejo v. Louisiana*, concluiu que o réu pode renunciar a um advogado dativo ainda que durante seu interrogatório⁴.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, instituído ainda sob a égide da Constituição Republicana de 1891, em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça, instalado no Império sob a égide da Carta Imperial de 1824, o qual sucedera a Casa da Suplicação do Brasil em 1808⁵, levou um bom tempo até atuar de forma contumaz na seara política, orientando ou contrariando as decisões com esse caráter oriundas dos outros dois poderes.

² Segundo Barroso (2012, p. 25-26), “Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial (*writ of mandamus*), em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789 (*the Judiciary Act*), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 (1802 *term*) para apreciar o caso.”

³ Um grupo de pais afro-americanos ajuizaram ação contra o Departamento de Educação de uma cidade no Kansas buscando matriculá-los em determinadas escolas em face de negativas de matrículas motivadas questões raciais. Havia escolas diferentes para crianças brancas e negras. Chegando o caso chegado à Suprema Corte, esta, modificando entendimento anterior, destacou que a segregação nas escolas feriria a Constituição dos Estados Unidos. U.S. Supreme Court *BROWN v. BOARD OF EDUCATION*, 347 U.S. 483 (1954).

⁴ WARREN. Jacob E. *Montejo v. Louisiana: affirmative requests and the sixth amendment right to counsel*. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=djclpp_sidebar. Acessado em 06/08/17, p. 294.

⁵ MELLO FILHO, José Celso de. 1945-. Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República) / Ministro Celso de Mello. – 2. Ed. – Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 08.

O Supremo Tribunal Federal fora criado em 1890, pelo Decreto nº 848, elevando-o a uma seara imersa na política, o que é bem apontado por Miguel Seabra Fagundes:

Vínhamos, em 1891, do Império, onde a Justiça não tinha nenhuma expressão política. Era um poder que se limitava a dirimir as controvérsias do direito privado, de modo que os atos da Administração pública escapavam, por inteiro, ao seu controle. E, de chofre, pela instituição da República, o Poder Judiciário foi elevado a plano de excepcional importância na vida política do país. Atribuiu-se-lhe, ao lado da função que já era sua, de dirimidor das questões de ordem privada, uma outra, da maior importância: a de guardar os direitos individuais contra as infrações decorrentes de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, inclusive e notadamente quando esses atos afetassem textos constitucionais. Isto equivalia, de certo modo, a fazê-lo fiador da seriedade do regime como construção política, pois, ao declarar a prevalência da Lei Suprema em face de atos legislativos ou administrativos que a afetavam, o que fazia o Judiciário era preservar as próprias instituições republicanas, pela contenção dos demais poderes nas suas órbitas estritas de ação e pela garantia ao indivíduo da sobrevivência dos seus direitos, fossem quais fossem as prevenções contra eles armadas.⁶

O chamado ativismo no STF na verdade é um fenômeno mundial, principalmente em países de democratização recente, em que se potencializam os ideais do neoconstitucionalismo, muitas vezes impulsionador do ativismo judicial. As Constituições rígidas, dirigentes e analíticas permitem uma atuação onipresente dos tribunais constitucionais

Sobre o neoconstitucionalismo, necessário trazer as considerações de Luís Roberto Barroso, quando conceitua o instituto:

Um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2006, P. 14)

São indicados como formas de contribuição para um ativismo judicial no STF o rol de legitimados a provocarem o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, a possibilidade de admissão do *amicus curiae*, as audiências públicas, a participação da sociedade na elaboração das súmulas vinculantes (Lei nº 11.417/2006), o fortalecimento das Defensorias Públicas, o sistema de comunicação do STF – TV Justiça (ineditismo mundial), podendo-se também fazer referência à forma de atuação ativista de um outro órgão do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça.

Criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o Conselho de Justiça é órgão do Poder Judiciário (art. 92, II, da CF/1988). Sua composição é de forma amplamente majoritária formada por magistrados, restando poucas cadeiras a integrantes do Ministério Público, advogados e

⁶ 1828-2003 : Supremo Tribunal, sessão solene comemorativa dos 175 anos da criação da Suprema Corte do Brasil : sessão realizada em 18-9-2003. – Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 19/20.

cidadãos (art. 103-B do CNJ), sendo que o STF já assentou que “*descabe cogitar de direito subjetivo à escolha para compor o CNJ*”⁷.

O § 4º do art. 103-B da CF/1988 indica a competência do CNJ, entre as quais, a de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, inclusive com poder disciplinar sobre os magistrados. O referido dispositivo, em seu inciso I, acrescenta que o CNJ pode expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência.

Nesse panorama, o CNJ tem expedido enunciados administrativos, provimentos, instruções normativas, recomendações, portarias e resoluções.

Em alguns desses atos normativos identificam-se disposições que, em tese, teriam de ser definidas e efetivadas por meio de lei. Como exemplo, temos o Enunciado Administrativo nº 12/CNJ que dispõe sobre a reserva de vagas a candidatos com deficiência em concursos públicos para provimento de cargos do Poder Judiciário. O de nº 15, que autoriza desconto na remuneração de servidores do Poder Judiciário em caso de paralisação por motivo greve. O de nº 3, que define que se considera atividade jurídica a atuação do bacharel em Direito como juiz leigo ou conciliador do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que não inferior a 16 (dezesesseis) horas mensais. Há também o de nº 1, que traz definições sobre o termo nepotismo.

Para as atuações acima, indaga-se se não seria necessária uma lei prévia. Percebe-se que muitos dos temas até com lastros em matéria constitucional, tradicionalmente, deveriam ser tratados por meio de lei formal oriunda do Poder Legislativo.

Entre os provimentos, podemos destacar o de nº 42 que determina a:

obrigatoriedade do encaminhamento e da averbação na Junta Comercial, de cópia do instrumento de procuração outorgando poderes de administração, de gerência dos negócios, ou de movimentação de conta corrente vinculada de empresa individual de responsabilidade limitada, de sociedade empresarial, de sociedade simples, ou de cooperativa, expedida pelos Tabelionatos de Notas.

O de nº 30, que “*disciplina a recepção e protesto de cheques, nas hipóteses que relaciona, visando coibir fraudes que possam acarretar prejuízos aos devedores ou a terceiros*”. O de nº 19, que “*assegura aos comprovadamente pobres a gratuidade da averbação do reconhecimento de paternidade e da respectiva certidão*”, dentre vários outros.

Também aqui indaga-se se a criação de obrigações e penalidades pode ser criada no exercício do poder regulamentar ou se seria necessária lei formal a impor obrigações, nos termos do art. 5º, II, da CF/1988.

⁷ MS 25.393 AgR, rel. min. **Marco Aurélio**, j. 2-4-2009, P, DJE de 8-5-2009.

Entre as diversas resoluções, podemos trazer como exemplo a de número 203, que “*dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura*”. A de nº 175, que “*dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo*”. E há também a Resolução 07/2005 que motivou recente decisão do STF na definição e materialização de contornos do poder regulamentar do CNJ.

A análise que se impõe diante desse panorama é verificar se tais provimentos regulamentares furtam atividades que em tese deveriam ser trazidas por lei formal ou se a forma como trazidas pelo Conselho Nacional de Justiça está de acordo com a Constituição Federal.

2 NATUREZA JURÍDICA DO CNJ

A criação do Conselho Nacional de Justiça em si foi tema de amplo debate e controvérsia pela comunidade jurídica, com questionamentos sobre a possível violação à divisão e separação dos Poderes (art. 2º da CF/1988) ou mesmo a independência do Poder Judiciário, sendo inclusive questionada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, por meio da ADI 3.367-1, julgada improcedente pelo STF.

Questionou-se que a própria composição do Conselho, por acolher integrantes alheios ao Poder Judiciário, estaria a afetar a independência deste Poder, o que fora afastado pelo Ministro Peluso, em seu voto na referida ADI, quando afirmou que a independência entre os poderes “*só pode considerada invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política*” (STF, ADI 3367-1, 2005, p. 5).

Para tanto, o Ministro se valeu dos ensinamentos clássicos de Aristóteles, Locke, Montesquieu, Loewenstein, Otto Bachof, Hans Kelsen, Zaffaroni, entre outros, para concluir que, na percepção desse postulado histórico que é a separação de poderes, não se pode “*prescindir da análise da configuração e dos contornos que lhe dá a ordem jurídica concreta de certo Estado*” (STF, ADI 3367-1, 2005, p. 15).

A composição em si do CNJ (art. 103-B) não estaria a ferir o princípio da Separação dos Poderes (art. 2º), eis que, na hipótese, deveria se atentar para o fato de que a própria Carta Magna previra a instituição de diversos mecanismos de freios e contrapesos, a exemplo do processo de *impeachment* (arts. 51, I, e 52, I e II), da designação de Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo

Chefe do Poder Executivo (art. 101, parágrafo único), o quinto constitucional (art. 94), o controle de constitucionalidade concentrado das leis (art. 102, I, *a*), as medidas provisórias (art. 62), o controle das contas públicas pelo Congresso (art. 49, IX) entre diversos outros dispositivos, estando a composição do CNJ consentânea com tais formas de freios e contrapesos que buscam não diminuir, mas potencializar a separação em si e o princípio federativo.

Por outro lado, os Estados e o Distrito Federal não podem, ao argumento do princípio da simetria, criar conselhos de justiça no âmbito dos Estados e do Distrito Federal. O STF já assentou o caráter único da atuação, não podendo haver simetria nas Constituições Estaduais e Lei Orgânica do Distrito Federal para criarem conselhos semelhantes:

Os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. Poder Judiciário. CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura.⁸

Assim, um órgão de composição heterogênea e formado não apenas por magistrados, no contexto da Constituição Federal, não está, de forma nenhuma a atentar contra a independência de quaisquer dos poderes. Pode assim atuar na fiscalização de todos os órgãos do Poder Judiciário, excepcionando-se apenas a Corte Suprema.

3 (DES)VANTAGENS DE UM ÓRGÃO NORMATIVO DENTRO DO PODER JUDICIÁRIO

A percepção do Ministro Peluso acima referida sobre a particularidade de cada sistema na tratativa do princípio da separação dos poderes não é exclusiva do referido princípio, sendo também visível a especificidade de cada ordenamento jurídico também no que se refere ao princípio da legalidade e no poder regulamentar dele decorrente. Nesse sentido, Leonel destaca que “*a concepção do princípio da legalidade e do poder regulamentar em determinado Estado não serão idênticos ao que se pode traduzir com tais expressões, num mesmo contexto temporal, em Estado diverso*”⁹.

Vislumbrou-se acima que o STF analisou a constitucionalidade da organização e as atribuições do CNJ, considerando as premissas genéricas da separação dos poderes e da referência

⁸ STF, ADI 3.367-1, rel. min. Cezar Peluso, j. 13-4-2005, DJ de 22-9-2006.

⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Limites do poder regulamentar**. Texto disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351.pdf>. Acessado em 26/08/17, p. 02.

ao CNJ como mais um mecanismo no sistema pátrio de freios e contrapesos. Não se havia analisado, então, a questão específica das atribuições do CNJ.

Não se pode deixar de analisar o viés da separação dos poderes considerando as atribuições específicas do CNJ. O § 4º do art. 103-B da CF/1988 traz a competência do Conselho, em linhas de incisão no controle da atuação administrativa e financeira dos juízes, de seus deveres funcionais, além de cuidar dos serviços extrajudiciais, realizados pelos escritórios de notas e registros.

Dando instrumentos para desempenhar tais funções, foi-lhe atribuída pela Constituição, além de função correicional, a função normativa. A provocação de atuação do Conselho é ampla, já tendo o STF assentado que “*qualquer pessoa pode provocar a atuação do CNJ*”¹⁰.

O texto do inciso I do § 4º do art. 103-B da CF/1988 é vago, não trazendo qualquer delineamento ou limitação de tal poder regulamentar. Até que ponto esse poder regulamentar pode checar? Qual é a hierarquia desse tipo de regulamento considerando as demais espécies normativas previstas pela CF/1988? Pode o Poder Legislativo sustar os atos normativos do CNJ que exorbitem do poder regulamentar, assim como o é permitido fazer com o Poder Executivo (art. 49, V)? Pode a regulamentação eventualmente expedida contrariar dispositivos legais? Pode criar obrigações para além das já previstas em lei para o cidadão comum, membros do Poder Judiciário ou titulares dos serviços extrajudiciais? Até que ponto sua atuação não estaria usurpando as atribuições típicas do Poder Legislativo? O CNJ tem atribuições jurisdicionais? Pode deferir medidas liminares? O controle do CNJ poderia incluir os tribunais superiores, o próprio STF? Ao zelar o Congresso Nacional pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa do CNJ (art. 49, IX), não estaria usurpando a função de controle deferida ao STF (art. 102, inciso I, r)?

Da verificação dos atos até então expedidos pelo CNJ, percebe-se sua nítida função de regular o poder judiciário e a atividade extrajudicial. E a forma de exercício dessa atividade reguladora seria distinta da conferida pela CF, por exemplo, às agências reguladoras (art. 174 da CF)?

Nesse ambiente de dúvida, diversos atos e resoluções do CNJ foram questionados perante o STF, que tem competência constitucional originária para processar e julgar as ações contra o CNJ por força do art. 102, inciso I, alínea r, da CF, já tendo inclusive destacado o Órgão de Cúpula da Justiça Brasileira que “*o CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito*”¹¹.

¹⁰ STF, MS 28.620, rel. min. Dias Toffoli, j. 23-9-2014, 1ª T, DJE de 8-10-2014.

¹¹ STF, ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, j. 13-4-2005, P, DJ de 22-9-2006.

Sobre a abrangência do controle e regulação do CNJ sobre os órgãos de cúpula do Poder Judiciário, o STF já assentou que apenas o STF escapa da fiscalização do CNJ, destacando que a competência desta é “*relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF*”¹².

Também em caráter de limitação da competência do CNJ, o STF já destacou:

O Conselho Nacional de Justiça não dispõe, constitucionalmente, de competência para deliberar sobre situações que alcancem ou que atinjam resoluções e manifestações volitivas emanadas de órgãos e autoridades vinculados a outros Poderes do Estado e, por isso mesmo, absolutamente estranhos ao âmbito de atribuições institucionais daquele órgão de controle meramente administrativo do Poder Judiciário, ainda que se trate de provimento de cargo de Desembargador pela regra do quinto constitucional (CF, art. 94), pois, em tal hipótese, cuidando-se de procedimento subjetivamente complexo (RTJ 178/220 – RTJ 187/233-234 – RTJ 188/663, v.g.), o ato final de investidura pertence, exclusivamente, a agente público que chefia o Poder Executivo (CF, art. 94, parágrafo único).¹³

Mesmo com um poder forte e regulador assegurado constitucionalmente ao CNJ, o STF “*em distintas ocasiões já afirmou que o CNJ não é dotado de competência jurisdicional, sendo mero órgão administrativo*”¹⁴, no entanto tem atribuição de correição superior e independente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. O STF já ressaltou que “*arquivado qualquer procedimento, disciplinar ou não, da competência das corregedorias, é lícito ao CNJ desarquivá-los e prosseguir na apuração dos fatos*”, sendo que quando houver “*prova da incapacidade de atuação dos órgãos locais por falta de condições de independência, hipóteses nas quais é lícita a inauguração de procedimento pelo referido Conselho ou a avocação do processo*”¹⁵. Inclusive, já destacou o STF que “*não há necessidade de exaurimento da instância administrativa ordinária para a atuação do CNJ*”¹⁶, sendo a competência concorrente, e não subsidiária.

Já houve inclusive por parte Corte Magna contenção de atos no CNJ, que iam contra decisões de caráter jurisdicional:

O CNJ, 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 STF e seus ministros (ADI 3.367/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 se mostra arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional a

¹² STF, ADI 3.367, rel. min. **Cezar Peluso**, j. 13-4-2005, P, DJ de 22-9-2006.

¹³ STF, MS 27.033 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 30-6-2015, 2ª T, DJE de 27-10-2015.

¹⁴ STF, ADI 4.638 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 8-2-2012, P, DJE de 30-10-2014.

¹⁵ STF, MS 28.003, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 8-2-2012, P, DJE de 31-5-2012

¹⁶ STF, MS 28.620, rel. min. Dias Toffoli, j. 23-9-2014, 1ª T, DJE de 8-10-2014.

deliberação do corregedor nacional de justiça que, agindo *ultra vires*, paralise a eficácia de decisão que tenha concedido mandado de segurança.¹⁷

As limitações feitas pelo STF são inúmeras, já se tendo assentado que “o CNJ, embora seja órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da CF, possui, tão somente, atribuições de natureza administrativa e, nesse sentido, não lhe é permitido apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos, mas somente sua legalidade”¹⁸.

Considerando o poder regulamentar conferido ao CNJ pela Constituição Federal, o STF já assentou que os atos decorrentes de tal poder, por sua vez, “são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”, podendo, por exemplo, “impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa”¹⁹.

4 PODER NORMATIVO PRIMÁRIO

O processo legislativo é matéria tipicamente constitucional sendo que a própria Constituição define os limites e parâmetros da atividade legislativa.

E em muitos casos, a Carta Magna exige atividade legislativa para que ocorra a integração de determinados preceitos. Nesse sentido, Ramos (2010, p. 184) destaca que “por meio da atuação do legislador se promove a densificação do conteúdo normativo dos dispositivos constitucionais em foco, razão pela qual se estabelece uma relação instrumental entre a legislação editada e as normas superiores a que se reporta”.

Abaixo da atividade legiferante há o poder regulamentar, que deve sempre se apresentar com as características da generalidade, impessoalidade e abstratividade, devendo ainda observar o princípio da legalidade.

Sobre o regime jurídico dos regulamentos, indica Leonel:

a existência de um sistema francês, que admite por parte do Poder Executivo a emissão de regulamentos gerais e autônomos, bem como o que denomina de sistema anglo-saxão ou de legislação delegada (*delegated legislation*), no qual as delegações legislativas específicas suprem a inexistência constitucional de um poder regulamentar geral. Neste último, aduz que a lei que acaba por traduzir a aludida delegação contém *standarts* ou normas gerais, cuja regulamentação será realizada com certa discricionariedade, respeitando-se evidentemente a razoabilidade que pode ser indicada como justiça substancial.

Anota também que na Alemanha, fora do campo dos denominados regulamentos organizatórios editados discricionariamente pelo Executivo, inexistente poder regulamentar geral, havendo

¹⁷ STF, MS 28.611 MC-AgR, rel. min. **Celso de Mello**, j. 14-10-2010, P, DJE de 1º-4-2011; STF; MS 29.744 AgR, rel. min. **Gilmar Mendes**, j. 29-6-2011, P, DJE de 4-10-2011; e STF, MS 27.708, rel. min. **Marco Aurélio**, j. 29-10-2009, P, DJE de 21-5-2010.

¹⁸ STF, MS 28.872 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 24-2-2011, P, DJE de 18-3-2011.

¹⁹ STF, MS 27.621, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 7-12-2011, P, DJE de 11-5-2012.

necessidade de delegações específicas e explícitas a fim de que sejam produzidos os regulamentos normativos.”²⁰

O Ministro Ayres Britto, em seu voto na ADC 12/DF, analisando a Resolução 07/2005 do CNJ, tratando do nepotismo no Poder Judiciário, destacou que referida resolução “*se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade*”²¹.

Resta, entretanto, delinear até onde esse ato decorrente de poder normativo primário poderia inovar na seara legal.

É certo que estamos diante de novos paradigmas relacionados à democratização da jurisdição constitucional. Ferreira (2011, p. 175) destaca que “*tem-se feito crescente a interveniência da função jurisdicional do Estado nas relações sociais, com inexpugnável tendência à judicialização do debate público, à judicialização de escolhas que tradicionalmente a democracia confiou aos órgãos constituídos da atividade estatal legiferante*”.

Neste panorama, há tempos se nota a preponderância do Poder Judiciário em relação aos demais poderes no que se refere à implementação da Constituição. A criação e atribuição normativa do CNJ materializa de certa forma a expansão das esferas de atuação do Poder Judiciário.

O problema em se atribuir poder normativo primário ao CNJ está no fato de termos uma Constituição extremamente abrangente e que tem como seu guardião final o Poder Judiciário. Este, seja por meio do CNJ, de outros órgãos do Poder Judiciário, ou mesmo do STF, pode passar a ser visto como uma espécie de parlamento, como destacado pelo Ministro Gilmar Mendes quando se discutia na Corte a manipulação das células troncos:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.²²

Seria desejável um CNJ, dotado de poder normativo primário, com as características indicadas no trecho de texto do Ministro Gilmar Mendes acima indicado? Percebe-se que, afastando-

²⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. Limites do poder regulamentar. Texto disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351.pdf>. Acessado em 26/08/17, p.15.

²¹ STF, ADC 12/DF.

²² MENDES, Gilmar: Voto no julgamento da ADI 1351-DF, 2006, disponível em www.stf.jus.br.

se os exageros argumentativos, o aumento na atuação do Poder Judiciário na seara política é um fato e que, longe de estar no fim, demonstra até uma certa necessidade de tal atuação, o que se dará sob formas diversas, como no caso sob análise, por uma atuação normativa do CNJ.

5 CONCLUSÕES

Até que ponto a referida atuação do Poder Judiciário na seara legiferante pode ser desejada diante inércia dos outros poderes? Medeiros (2011, p. 539) destaca que o ativismo judicial, que nem sempre é progressista, “*pode se dar no vácuo da atuação dos outros poderes bem como no caso de delegação estratégica para aqueles que não se submetem a processos eletivos*”.

Muitas vezes, a atribuição de poder regulamentar pode inclusive dar mais força a uma postura ativista do Poder Judiciário. Com efeito, na atividade jurisdicional, é vedado o ativismo judicial consubstanciado na criação de normas jurídicas, embora, conforme destaca o Professor Inocêncio “*toda lei precisa de consistência judicial, vale dizer, de uma espécie de juízo de validação do judiciário, para que se tenha como efetiva e definitivamente em vigor, sendo certo, ademais, que a participação dos juízes na criação do direito varia, significativamente, conforme o tipo de norma que se trata de interpretar, aplicar e desenvolver*”(COELHO, 2011, P.478). As observações aqui também podem ser aplicadas ao poder normativo do CNJ.

Com feito, o poder normativo do CNJ, insere-se na seara do aumento das funções do Estado, “*inclusive como incremento da atividade normativa da administração paralelamente à atividade legislativa do parlamento*”²³. Está inserido na própria Constituição que define a competência para a edição de atos regulamentares, não sendo, portanto, a atribuição outorgada exclusivamente ao chefe do Poder Executivo.

O panorama de crise institucional e conflito de valores no âmbito do Poder Legislativo evidencia maior necessidade de atribuição direta pela Constituição de função normativa, seja ao Poder Executivo, seja ao Poder Judiciário, o que se evidencia, nesSa análise, na atuação do CNJ. Neste ambiente, resta fortalecido o poder regulamentar. É sabido que o legislador não pode prever, de forma abstrata e genérica, tudo o que deve ser positivado, tornando-se necessário que a administração, seja a do âmbito do Executivo ou do Judiciário, complemente ou esclareça a atividade normativa primária.

²³ LEONEL, Ricardo de Barros. Limites do poder regulamentar. Texto disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351.pdf>. Acessado em 26/08/17, p. 06.

Destarte, o princípio da legalidade tem sofrido modificações, gerando campo propício ao desenvolvimento do poder regulamentar, ainda que seja oriundo do Poder Judiciário. Assim, com razão Leonel ao afirmar:

A palavra “lei”, que tem o poder de vincular a conduta de todos em razão da sistemática hierárquica decorrente de sua supremacia no ordenamento jurídico, deve ser compreendida em seu conteúdo material, vale dizer como todo e qualquer ato normativo dotado dos atributos relacionados à sua generalidade e aplicabilidade geral, gerado como fruto do poder de legislar, exercido pelos órgãos a quem tenha sido atribuído este poder.²⁴

Portanto, anda bem a Constituição ao atribuir poder regulamentar ao CNJ, eis que o órgão, seja pela sua composição, seja pelas suas atribuições, mostram o cumprimento do direito em si.

Assim, a atribuição constitucional ao CNJ de poder regulamentar, por estar prevista na própria CF, materializa inclusive o próprio princípio da legalidade. A reserva a lei é estabelecida pela própria Constituição Federal. Esta impõe a observância e obediência à lei em sentido formal e, também, material. E é a Carta Magna que define os limites e delineamento de quaisquer dos poderes.

É evidente que os abusos e a própria sedimentação das atividades do CNJ ainda serão bastante discutidas. Os limites inerentes são o respeito à hierarquia normativa, a observância da competência, do procedimento para a edição dos atos, o respeito à Constituição e aos princípios gerais de direito. Ainda impera a concepção clássica do poder regulamentar, no sentido de que não pode o poder regulamentar contrariar a lei, impor obrigações ou criar direitos, trazer penalidades ou proibições. Entretanto, a análise dessas limitações deve considerar o arcabouço constitucional que rege a matéria, tendo sido clara a Constituição ao definir a real função do CNJ. Mas e quando esse poder regulamentar está sendo retirado diretamente da CF, pode-se dizer que o regulamento não estaria meramente subordinado a outro ato normativo também primário, a Lei?

Desta forma, as resoluções e demais atos normativos do CNJ materializam o poder regulamentar sendo que a base desse poder decorre diretamente, conforme já reconhecido pelo STF, da própria Constituição, cabendo agora se delinear os contornos de tal poder, o que não foi acenado por nossa Carta Magna de forma direta e específica.

²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Limites do poder regulamentar. Texto disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351.pdf>. Acessado em 26/08/17, p. 09

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-26:
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. São Paulo: Centro de Estudos da PGE, 2006.
- BRASIL. **1828-2003** : Supremo Tribunal, sessão solene comemorativa dos 175 anos da criação da Suprema Corte do Brasil : sessão realizada em 18-9-2003. – Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 19/20.
- BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1**. Relator : MIN. Cezar Peluso. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoPelusoADI3367.pdf>.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito**. As novas faces do ativismo judicial. Organizadores André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Editora Juspodium, 2011.
- FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles Ferreira. **novos paradigmas da legitimação democrática da jurisdição constitucional no brasil**. Constituição e ativismo judicial : limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial / Jacinto Miranda Coutinho, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão organizadores. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011 p. 175.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351.pdf>. Acessado em 26 ago 2017.
- MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Ativismo, delegação ou estratégia?** A relação inter poderes e a judicialização no Brasil. As novas faces do ativismo judicial. Organizadores André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Editora Juspodium, 2011.
- MELLO FILHO, José Celso de. 1945-. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República) / Ministro Celso de Mello. – 2. Ed. – Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2007.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. – São Paulo : Saraiva, 2010.
- U.S. Supreme Court. **Brown v. Board of education**, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf. Acessado em 6 ago 2017.
- WARREN, Jacob E. **Montejo v. Louisiana: affirmative requests and the sixth amendment right to counsel**. P. 294. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=djclpp_sidebar. Acessado em 6 ago 2017.