

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA (O PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO, MODIFICAÇÃO E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?)

Gisele Mazzoni Welsch¹

Sumário: 1. Resumo; 2. Apresentação do Julgado; 3. Descrição do caso; 4. Razões do Julgado; 5. Análise/ Comentários ao acórdão; 6. Considerações Finais; 7. Referências Bibliográficas.

1. Resumo

O presente artigo analisa julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que trata do tema da violação de direito líquido e certo por Resolução do Conselho Nacional de Justiça, com a fundamentação de inconstitucionalidade, em razão de restrição a direito e invasão da esfera legislativa. Assim, serão analisados temas como o poder normativo de resoluções administrativas e judiciárias e sua repercussão em termos práticos, bem como possível lesão à cláusula pétrea da Separação dos Poderes contida na Constituição Federal Brasileira, e, ainda, será abordada a questão correlata da crescente função normativa da jurisdição e necessidade de eleição de critérios para tal atividade em prol da defesa do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Poder Normativo – Conselho Nacional de Justiça – Inconstitucionalidade – Jurisdição – Estado Democrático de Direito.

Summary

This article analyzes the trial Court of Rio Grande do Sul addressing the issue of violation of law for granted by resolution of the National Council of Justice,

¹ Advogada; Mestre e Doutoranda em Direito (Teoria Geral da Jurisdição e Processo) pela PUCRS; Especialista em Direito Público pela PUCRS; Professora dos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade FEEVALE; Professora Convidada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUCRS.

due to restriction of right and invasion of the legislative sphere. Therefore, themes will be analysed such as the normative power of administrative and judicial resolutions and their impact in practical terms, as well as possible damage to the entrenchment clause of the Separation of Powers described in the Brazilian Federal Constitution. It will address as well the related issue of the growing normative function of jurisdiction and the need of criteria elections for such activity in defense of the Democratic State of Law.

Keywords: Normative Power - National Council of Justice - Unconstitutionality - Jurisdiction - Democratic State of Law.

2. Julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO Nº 14/2006 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA INOVAR A ORDEM JURÍDICA.

No Estado Democrático de Direito, que adota o Regime Republicano (CF/88, art. 1º) e o princípio da tripartição dos Poderes (CF/88, art. 2º), somente a lei, em seu sentido formal e material com exceção da medida provisória, nos casos em que é constitucionalmente admitida é que pode inovar a ordem jurídica, isto é, criar, modificar ou extinguir direitos. Não há como se admitir que uma Emenda Constitucional, seja aquela que trata da fixação do teto de subsídios (EC 20/1998), seja aquela que trata do Conselho Nacional da Magistratura (EC 45/2004), possa arredar a cláusula pétrea da incidência do princípio da separação dos Poderes. A delegação legislativa, seja para o Executivo, seja para o Judiciário, só pode ocorrer nos termos em que a própria Constituição Federal expressamente autoriza, por disposição do Poder Constituinte Originário, como é o caso da lei delegada, se e quando a matéria for passível de delegação, com especificação do conteúdo e dos termos do seu exercício, tudo nos precisos dizeres do art. 68 da CF/88. A Resolução nº 14/2006, do E. CNJ, não tem qualquer eficácia, por decorrer de Emenda Constitucional que afrontou abertamente a Constituição Federal, especialmente nas cláusulas imutáveis (art. 60, § 4º, III). Além disso, mesmo se admitindo a constitucionalidade das disposições do art. 103-B, decorrentes da EC nº 45/2004, não se pode deduzir, por simples interpretação, dos dizeres daquele dispositivo, o poder de legislar para CNJ, com as características da impessoalidade, da abstratividade e da generalidade, sendo-lhe vedado inovar originariamente a ordem jurídica no sentido de criar, modificar ou extinguir direitos. **AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo Regimental Nº 70016836165, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 25/09/2006).**

3. Descrição do caso:

A referida ementa colacionada acima corresponde ao agravo regimental interposto por Henrique Osvaldo Poeta Roenick, Desembargador em exercício na 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, contra decisão que indeferiu liminar postulada no mandado de segurança nº 70016627598 por ele interposto contra ato do Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, com base na Resolução nº 14/06 do Conselho Nacional de Justiça², determinou o corte de vencimentos do impetrante, a partir do mês de julho de 2006, na parcela que extrapola o teto remuneratório da magistratura estadual.

Indeferida a liminar, sobreveio o agravo regimental, sustentando, ao início, o cabimento do recurso, não obstante o teor da Súmula 622 do STF. No mérito, sustenta a existência de risco de ineficácia da medida caso viesse a ser deferida somente ao final, pois teria que se submeter, se vitorioso, à fila dos precatórios para ver-se pago dos valores que lhe teriam sido subtraídos. No mais, reiterou considerações acerca da inconstitucionalidade da Resolução nº 14/06 do CNJ.

4. Razões do Julgado:

O voto do relator, Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, em sede preliminar, destacou que conheceu do Agravo Regimental, a despeito da

² Resolução nº 14, de 21 de março de 2006 do Conselho Nacional de Justiça:

Dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional para os servidores do Poder Judiciário e para a magistratura dos Estados que não adotam o subsídio.

(Disponibilizada no DJ nº 62/2006, em 30/03/2006, pág. 145-146)

(Alterada pela Resolução nº 42) (Vide ADI 3854).

disposição da Súmula 622 do STF³, em razão dos reiterados precedentes no sentido de entender pelo cabimento do Agravo Regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.

Após, quanto à questão da inconstitucionalidade da Resolução nº 14/2006, entendeu o relator que a matéria diz respeito ao próprio mérito do mandado de segurança, não tendo relevância para o julgamento do Agravo Regimental.

A seguir, reporta-se ao mérito do Agravo Regimental, entendendo pela não ocorrência dos requisitos para a concessão da liminar no mandado de segurança previstos no art. 7º, II, da Lei 1.533/51, no que tange ao “risco de a medida, caso deferida somente ao final, venha a se tornar desprovida de utilidade ou eficácia”. No entendimento do relator, se viesse a ser reconhecido, em final julgamento, o invocado direito líquido e certo do agravante, seria evidente que o pagamento retroativo da parcela remuneratória decotada restauraria, em sua integralidade, o direito do requerente. Assim, negou provimento ao Agravo Regimental.

Os demais desembargadores votantes conheceram o Agravo Regimental por maioria.

Quanto ao mérito, adentrou o Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, redator para o acórdão, no próprio mérito do mandado de segurança, razão pela qual o referido julgado é escolhido para ser comentado, uma vez que evidencia, nesse voto, a questão que se pretende tratar, qual seja: **O Poder Normativo do Conselho Nacional de Justiça, com a possibilidade ou não de criação, modificação e restrição de direitos fundamentais.**

Assim, serão descritos os fundamentos do voto do Desembargador redator no sentido de se esboçarem comentários acerca do tema.

³ Súmula 622 STF: “Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

A fundamentação apresentada remete à questão da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/04 que institui e dispõe sobre o Conselho Nacional de Justiça (Art. 103-B da CF/88), em razão da ofensa ao disposto no art. 60, § 4º, III da CF/88, no que concerne à impossibilidade de emenda constitucional tendente a abolir a cláusula pétrea da separação dos poderes, a qual só poderia ser alterada diante de deliberação de Assembleia Nacional Constituinte, regularmente convocada para mudar ou elaborar nova Constituição. Segundo o entendimento do redator, **“somente a lei, em sentido formal e material, como ato do Parlamento, é que pode inovar a ordem jurídica, isto é, criar, modificar ou extinguir direitos”** e jamais ato administrativo de caráter normativo, como uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Portanto, a questão remeteria aos princípios da Supremacia da Constituição e da Reserva Legal ou Legalidade. Segundo esses princípios, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei (art. 5º, II da CF/88), esta como ato formal e material do Parlamento.

Esses princípios são de aplicação imediata e eficácia plena⁴ por força dos dizeres claros da própria Constituição Federal (§ 1º do art. 5º⁵).

Ainda refere o voto que no Estado Democrático de Direito e no Sistema Republicano, onde vigora a tripartição de Poderes, o Executivo e o Judiciário não podem legislar, a não ser nas específicas e restritíssimas hipóteses em que a Constituição Federal, por disposição do Poder Constituinte originário, autorizou a outros entes ou órgãos diferentes do Parlamento a editarem normas jurídicas primárias.

⁴ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, as normas de eficácia plena seriam aquelas diretamente aplicáveis e que desde logo estão aptas para gerar a plenitude de seus efeitos, por possuírem alta densidade normativa. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p.261). Ainda nesse sentido: "a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação". (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 23).

⁵ O art. 5º, § 1º da Constituição de 1988 dispõe: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

O voto segue afirmando que em nosso sistema constitucional, só por exceção o Poder Executivo pode legislar inovando a ordem jurídica e, ainda assim, em restritas oportunidades, como as de edição de Medidas Provisórias (CF/88, art. 62), de Lei Delegada (CF/88, art. 68), do Estado de Sítio (CF/88, arts. 137/139) e nas exceções relativas aos princípios da reserva legal e da anterioridade tributárias (CF/88, arts. 150, I, e 153, § 1º), todas elas exceções decorrentes de disposições do Poder Constituinte Originário e não do chamado poder constituinte meramente derivado, como são as Emendas Constitucionais oriundas do poder simplesmente congressional.

Por fim, esposa o redator que não há no sistema brasileiro delegação 'branca' válida, mas sim delegações inválidas, quer por violar a cláusula pétrea da separação dos Poderes (emendas constitucionais), quer por ferir a forma constitucionalmente estabelecida, quer por consubstanciar delegação de matérias indelegáveis, em todos os casos em desrespeito declarado à Constituição e às suas cláusulas imutáveis.

Com base nessas fundamentações, o voto declara posição no sentido de entender que a Resolução nº 14/2006 do Conselho Nacional de Justiça não tem qualquer eficácia, por decorrer de Emenda Constitucional que afrontou abertamente a Constituição Federal especialmente nas cláusulas imutáveis (art. 60, § 4º, III da CF/88). Ainda esboça que mesmo se admitindo a constitucionalidade das disposições do art. 103-B, decorrentes da EC nº 45/2004, parece evidente que da leitura dessas disposições não se pode deduzir, por simples interpretação, poder de legislar para o CNJ, com as características da impessoalidade, da abstratividade e da generalidade. Assim, o CNJ estaria autorizado a intervir nos casos concretos, emitindo decisão que até pode ter caráter normativo, mas sempre diante de caso específico, jamais detendo aquele órgão o poder de inovar originariamente a ordem jurídica, isto é, no sentido de criar, modificar ou extinguir direitos.

Com base nessas fundamentações explanadas, o desembargador redator do acórdão vota pelo provimento do Agravo Regimental.

Por maioria, os demais desembargadores votantes deram provimento ao Agravo Regimental, ainda agregando argumentos como a afirmação de que as atribuições do Conselho Nacional de Justiça se limitam ao poder administrativo, dentre eles o de regulamentar, esse poder não pode ultrapassar dispositivos constitucionais que asseguram a própria cidadania. E, no caso das garantias da Magistratura, a irredutibilidade de vencimentos está entre elas (Questão tratada na Resolução nº 14/2006 do CNJ e impugnada pelo mandado de segurança que deu origem ao agravo regimental).

Acrescentaram os demais votos, quanto à questão da urgência na concessão, que a mesma estaria manifesta, já que se trata de parcela vencimental, com caráter alimentar. E, não concedida a liminar no mandado de segurança, o seu pagamento só seria viável por precatório, vale dizer, inviabilizado, em razão das conhecidas dificuldades e obstruções na sistemática de pagamento dos precatórios pelo Estado.

Também foi referido que não se pode conceder à Resolução do CNJ a eficácia de romper com essa garantia de irredutibilidade de vencimentos. A resolução é meramente interpretativa da legislação. Portanto, nada altera o fato de a vantagem ter sido concedida depois de editada a Resolução, mas antes de determinado prazo para a adequação dos Tribunais a ela.

Assim, o resultado do julgamento do Agravo Regimental pode ser assim ementado:

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA - PRESIDENTE - AGRAVO REGIMENTAL Nº 70016836165, COMARCA DE PORTO ALEGRE: "QUANTO À PRELIMINAR, POR MAIORIA, CONHECERAM DO AGRAVO REGIMENTAL. NO MÉRITO, POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO, VENCIDOS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES PAULO AUGUSTO MONTE LOPES, ARAKEN DE ASSIS, VASCO DELLA GIUSTINA, MARIA BERENICE DIAS, LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS E MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA". NÃO PARTICIPARAM DO JULGAMENTO, POR MOTIVO JUSTIFICADO OS DESEMBARGADORES VLADIMIR GIACOMUZZI E JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO. PRESENTE O

DOUTOR HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK, PELO AGRAVANTE.

5. Análise/ Comentários Acórdão:

O julgado em apreço trata de uma importante questão que demanda maior debate e análise, qual seja: o poder normativo exercido por órgãos administrativos e judiciários no sentido de criar, modificar e restringir direitos, inclusive os de matriz fundamental.

O acórdão apontado debate a problemática da inobservância do princípio da separação dos poderes contido na cláusula pétrea do art. 60, § 4º, III da CF/88 e, portanto, imutável, podendo ser alterado somente mediante deliberação de Assembleia Nacional Constituinte, regularmente convocada para mudar ou elaborar nova Constituição e não pelo poder constituinte derivado, por meio de emenda constitucional.

Nas razões do voto do redator, são apresentados argumentos no sentido de que o princípio da Supremacia da Constituição e da Reserva Legal ou Legalidade são inobservados na medida em que não se respeita a cláusula pétrea da separação dos poderes, a qual outorga somente ao Poder Legislativo a prerrogativa de criar leis abstratas e jamais a ato administrativo de caráter normativo, como uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Também é apresentado nas razões do julgado o entendimento de que a Resolução nº 14/2006 do Conselho Nacional de Justiça não tem qualquer eficácia, por decorrer de Emenda Constitucional que afrontou abertamente a Constituição Federal especialmente nas cláusulas imutáveis (art. 60, § 4º, III da CF/88). Ainda esboçam que mesmo se admitindo a constitucionalidade das disposições do art. 103-B, decorrentes da EC nº 45/2004, parece evidente que da leitura dessas disposições não se pode

deduzir, por simples interpretação, poder de legislar para o CNJ, com as características da impessoalidade, da abstratividade e da generalidade.

Dessa forma, o CNJ estaria autorizado a intervir nos casos concretos, emitindo decisão que até pode ter caráter normativo, mas sempre diante de caso específico, jamais detendo aquele órgão o poder de inovar originariamente a ordem jurídica, isto é, no sentido de criar, modificar ou extinguir direitos, como a lei em sentido formal e material.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado e regulado pela Emenda Constitucional 45/2004 (Art. 103-B CF/88), a qual foi intitulada de “A Reforma do Poder Judiciário”, buscando a criação e instauração de mecanismos tendentes a conferir ao Poder Judiciário maior agilidade, efetividade e probidade. Porém, tal órgão possui caráter administrando visando à regulamentação de procedimentos no âmbito do Poder Judiciário, no sentido de que seja aplicada a lei.⁶ Assim, o texto constitucional não

⁶ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
(...)

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

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

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

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

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

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

faculta ao Conselho Nacional de Justiça a função de promulgar leis abstratas no sentido de criar, modificar ou extinguir direitos, mas o fato é que, em termos práticos, é o que se verifica por meio das previsões e implicações de algumas de suas Resoluções, como é o caso da Resolução nº 14/2006, que dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional para os servidores do Poder Judiciário e para a magistratura dos Estados que não adotam o subsídio e, assim, acaba maculando a garantia de irredutibilidade de vencimentos (Art. 95, III da CF/88).

É de se referir que muitas controvérsias são traçadas acerca da constitucionalidade dos atos do Conselho Nacional de Justiça, inclusive existe uma Ação Direta de Inconstitucionalidade da Associação dos Magistrados Brasileiros contra a Resolução nº 135 do CNJ, cujo objeto se refere à inconstitucionalidade formal e material da referida Resolução do CNJ ao pretender regulamentar o processo disciplinar de magistrados nos tribunais. A referida ação promove impugnação integral do ato normativo mencionado, em razão da sua inconstitucionalidade formal, já que a matéria nele tratada não se encontra dentre as competências constitucionais do CNJ, sendo, em verdade, ou matéria de competência privativa dos Tribunais (CF/88, art. 96, I e II) -- quanto às penas de censura e advertência -- ou matéria de competência privativa do legislador complementar (CF/88, art. 93, caput, VIII e X), quanto às penas de remoção, disponibilidade e aposentadoria.

O julgamento de tal Ação encontra-se suspenso, mas a fundamentação se assemelha ao conteúdo das fundamentações do julgado ora em exame, no sentido de entender que a atuação do órgão extrapola os limites constitucionais, inclusive pelo fato de interferir no poder correicional das Corregedorias dos Tribunais estaduais. Porém, a decisão da liminar

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

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

pleiteada na referida ADI assentou que “a competência correicional do CNJ é de natureza material ou administrativa comum, nos termos do artigo 23, I, da Constituição Federal, tal como aquela desempenhada pelas corregedorias dos tribunais, cujo exercício depende de decisão motivada apta a afastar a competência disciplinar destes, nas situações anômalas caracterizadas no voto do Ministro Celso de Mello no MS 28.799/DF.”

Todavia, a constitucionalidade *lato sensu* do Conselho Nacional de Justiça já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, restando a discussão sobre os limites do poder regulamentar do Conselho, o que implica necessariamente discutir a natureza jurídica de suas resoluções, isto é, o questionamento acerca do poder de emitir resoluções com força de lei.

Dessa forma, configura erro hermenêutico o entendimento de que o Conselho Nacional de Justiça possa, mediante a expedição de resoluções, substituir-se à vontade geral (Poder Legislativo) e tampouco ao próprio Poder Judiciário. A interpretação do texto constitucional, portanto, não autoriza a conclusão de que o constituinte derivado tenha “delegado” aos referidos Conselhos o poder de romper com o princípio da reserva legal e da reserva de jurisdição.⁷

Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelo aludido Conselho não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange a restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” do Conselho esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. As garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário estão devidamente explicitados no texto constitucional e na respectiva lei orgânica. Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional, uma vez que não se trata de

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CLÈVE, Clemerson Merlin. *OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP)*. In: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF>. Acesso em 24.06.2012.

poder de legislar, mas sim de regulamentar do Conselho Nacional de Justiça.⁸

Por outro lado, há a questão do poder normativo das Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, pois a lei confere poder normativo ao Tribunal Superior Eleitoral quando elenca o exposto no artigo 23, inciso IX do Código Eleitoral⁹ e na Constituição Federal, que elenca em seu artigo 59¹⁰, na consecução do processo legislativo, a elaboração destas leis eleitorais denominadas resoluções.

O Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral sobre fidelidade partidária, quando, em 12/11/2008, por 9 votos a 2, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) n.ºs 3999 e 4086, ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e pelo Partido Social Cristão (PSC) contra a Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral, que disciplinava o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.¹¹

Destarte, através desta decisão, o Supremo Tribunal Federal declarou a total constitucionalidade da resolução n.º 22.610/07 do Tribunal Superior

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CLÈVE, Clemerson Merlin. *OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP)*. In: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF>. Acesso em 24.06.2012.

⁹ Lei nº 4.737 de 15 de Julho de 1965

Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,
(...)

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

¹⁰ Constituição Federal de 1988:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

¹¹ RAMOS DE CARVALHO, Franklin. *O poder normativo conferido às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e a perda do cargo eletivo por infidelidade partidária*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10837. Acesso em 24.06.2012.

Eleitoral, até que o Congresso Nacional, como poder legiferante, exerça a sua competência constitucional e regule o assunto em lei específica.¹²

Contudo, apesar de ter sido declarada a constitucionalidade do poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral, por meio da edição de suas resoluções, não há que se estender tal interpretação para as resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça, uma vez que, como referido, as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral podem ser dotadas de força de lei, em razão da interpretação sistemática¹³ das previsões legais contidas nos artigos 23, IX do Código Eleitoral e 59 da Constituição Federal, pelo menos até que o Congresso Nacional, como poder legislativo regular, exerça a sua competência constitucional e regule o assunto em lei específica.

Porém, a mesma interpretação não se aplica às atribuições do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que o art. 103-B, § 4º da Constituição Federal, ao elencar as atribuições e funções do Conselho, não acrescentou a prerrogativa de normatização abstrata¹⁴, mas somente de controle externo do Poder Judiciário, bem como expedição de atos regulamentares, no sentido de zelar pela autonomia e regular funcionamento do Poder Judiciário, de acordo com as disposições legais já instituídas e não criando novas leis, no sentido de criar, modificar ou extinguir direitos.

¹² Na síntese de Olivar Coneglian; “Assim como cabe ao Poder Executivo a regulamentação das leis ordinárias, ao Poder Judiciário cabe, como Poder Executivo das eleições, regulamentar as leis eleitorais”. (CONEGLIAN, Olivar. *Radiografia da Lei das Eleições*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 39).

¹³ Relativamente a tal questão, é indispensável citar o conceito de sistema jurídico esposado por Juarez Freitas em sua obra “A Interpretação Sistemática do Direito”: (...) entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição. (FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54.)

¹⁴ A normatização abstrata, no sentido de lei formal, se diferencia da ideia de normatização concreta, representada pelos conceitos jurídicos indeterminados (técnicas de subsunção) e cláusulas gerais (atividade de concreção), os quais expressam fator de colaboração entre o legislador e o juiz. A esse respeito: ÁVILA, Humberto. *Subsunção e Concreção na aplicação do direito*. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 286.

Portanto, O Conselho Nacional de Justiça, apesar de ter sido concebido com a função de zelar pela autonomia e regular funcionamento do Poder Judiciário e de ser composto não só por membros do Poder Judiciário, acaba exercendo funções compatíveis com as funções outorgadas ao poder Legislativo e Judiciário, o que fere a Constituição no que tange à cláusula pétrea da separação de poderes.

Sobre práticas que ameaçam a preservação constitucional da separação dos poderes, é de se destacar a crescente função normativa exercida pela Jurisdição em razão do fenômeno da criação judicial do Direito.

A necessidade da prestação jurisdicional de forma justa, efetiva e célere e, sobretudo, compatível com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados determina à jurisdição moderna novas funções e compromissos. Em razão de tal realidade, surge a questão da criação judicial do Direito, situação cada vez mais evidenciada na prática forense e privilegiada pela criação de mecanismos legislativos viabilizadores de tal atividade. Porém, é necessária uma ponderação quanto aos seus limites e deficiências, em razão da possibilidade de invasão da competência do Poder Legislativo e da inobservância do modelo constitucional de divisão dos poderes como forma de tornar viável a consecução do Estado Democrático de Direito.

Dentro da análise da criação judicial do Direito, seguindo a linha do pensamento de Mauro Cappelletti em sua obra “Juízes Legisladores?”, transcreve-se o seguinte:

Não se nega, com isto, que a ficção do caráter declarativo e “meramente” interpretativo da função judiciária possa oferecer, em certas circunstâncias, algumas vantagens e ter certas justificações. Ela pode ter sido útil como instrumento dirigido a tornar mais visível as “virtudes passivas” da função judiciária, que embora não efetivamente fundadas sobre a mencionada não criatividade do processo jurisdicional, podem, todavia, parecer mais evidente quando o juiz se apresenta como a “inanimada boca da lei”. Parece claro, por outro lado, que atualmente as vantagens dessa ficção são amplamente superadas pelas desvantagens –

especialmente nas sociedades democráticas, nas quais o processo legislativo tornou-se particularmente lento, obstruído e pesado, forçando, por consequência, o aumento do grau de criatividade da função judiciária.¹⁵

Dessa forma, a questão da criação judicial do Direito e a aplicação de técnicas nesse sentido devem ser analisadas e debatidas com o escopo de definir a necessária atuação e função da Jurisdição moderna¹⁶, analisando-se as naturezas dessas atividades e o papel dentro do contexto do Estado Constitucional¹⁷, onde o processo civil deve servir de instrumento de efetivação dos direitos materiais envolvidos no caso concreto e observando os ditames e preceitos constitucionais.¹⁸

A respeito de tal temática, essencial para o entendimento e análise da atual função jurisdicional, a qual aponta para o respeito aos precedentes, destaca Luiz Guilherme Marinoni:

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999. pp. 130/131.

¹⁶ Ovídio Baptista da Silva, ao promover análise histórico-evolutiva da função jurisdicional desde Roma até a contemporaneidade, ponderou que: “Com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal. Uma indeterminação do sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em última análise em legislador, afigurava-se contraditória com a doutrina da divisão de poderes”. Em outra passagem, o autor ainda refere que: “(...) a doutrina de Hobbes ofereceu contribuição decisiva para a sustentação do conceito romano de jurisdição como função subalterna, atribuída aos “magistrados servidores”, a fim de que estes fossem o oráculo do soberano, pronunciando os comandos claramente contidos na lei.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 104 e 123.)

¹⁷ A respeito do modelo brasileiro de Estado Constitucional, discorre Daniel Mitidiero: “O controle difuso de constitucionalidade, nessa senda, está na essência do constitucionalismo brasileiro, conformando tanto o direito material como o direito processual civil, haja a vista a influência que esse exerce na configuração dos institutos desses ramos, forjada pela força normativa da Constituição e pela concretização, em nossa vida social, da eficácia dos direitos fundamentais”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.)

¹⁸ Acerca da necessária observação à força normativa da Constituição destaca Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento segundo o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o Direito Privado viesse a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, nº 352.p. 58.)

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a realizada pelo juiz americano.¹⁹

Nesse desiderato e seguindo o pensamento já apontado por Mauro Cappelletti, aduz Nicola Picardi:

A verdade é que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições. Registra-se, de fato, um considerável aumento dos poderes do juiz, tanto no confronto da legislação quanto da administração.²⁰

Como consequência do ativismo judicial representado pela criação judicial, se insere a crescente busca de unidade do Direito²¹ pela atividade jurisdicional, evidenciada por técnicas de uniformização e valorização da jurisprudência, cada vez mais presentes em nosso ordenamento, como, por exemplo, a inserção da técnica de solução de recursos repetitivos, conforme analisa Luiz Guilherme Marinoni:

Ou melhor: a técnica do julgamento por amostragem e do sobrestamento dos recursos repetitivos constitui um paliativo ao grave problema da insubordinação à autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça – espoliado, pela prática forense, de sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal. Ora, não são apenas os precedentes elaborados em “causas repetitivas” que devem ser respeitados pelos tribunais inferiores. E aqui surge outro sério problema: ao se criar fórmula para

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 100.

²⁰ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.5.

²¹ A certeza e previsibilidade do Direito também estão ligadas à ideia da unidade do direito, a qual mostra-se cada vez mais presente por meio de mecanismos e institutos tendentes a promover a uniformização de aplicação do Direito, pelo menos em casos idênticos ou análogos. A esse respeito: “Compreende-se, assim, sem grande dificuldade, que o equilíbrio entre a eficácia vinculante do precedente judicial e a persuasão racional do juiz representa, sem dúvida, fator essencial para uma eficiente distribuição da justiça”. (CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 304.

impor o respeito às decisões proferidas em “causas repetitivas”, corre-se o risco de se estar abrindo mão da autoridade natural de um tribunal superior em nome da agilização dos processos de massa – como se a razão de se fazer respeitar um precedente estivesse aí.²²

Dentro de tal sistemática e tendência, se insere o instituto apresentado como grande inovação do Projeto do Novo Código de Processo Civil²³ em trâmite perante a Câmara dos Deputados: o incidente de resolução de demandas repetitivas^{24 25}.

Assim, percebe-se que a crescente função normativa da Jurisdição ou a criação judicial do Direito representa uma tendência e, até mesmo, uma realidade atual, porém, necessitando de maior regulamentação e eleição de critérios para sua consecução, pois é preciso “salvar a criatividade do juiz e, ao mesmo tempo, garantir um mínimo de certeza do direito”²⁶, sob pena de consistir-se em mais uma prática atentatória aos ditames constitucionais no que tange à cláusula pétrea da separação dos poderes, prevista no art. 2º e no

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 495.

²³ O Projeto do CPC (PLS 166/2010) foi redigido de acordo com finalidades centrais e com o espírito de buscar maior sintonia do processo com a Constituição Federal. Tais objetivos se focam na busca de maior organicidade e coesão do sistema, norteando-se pela aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (adequação do direito material às formas de tutela), além da observância da colaboração do juiz com as partes e o enaltecimento do diálogo judicial (contraditório como dever de consulta). (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pp. 55/61.)

²⁴ O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos arts. 895 a 906 do Projeto 166/2010 do Novo CPC da redação original do Projeto 166/2010, encontra-se atualmente previsto nos arts. 930 a 941, de acordo com as alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira. (Fonte: Senado Federal (www.senado.gov.br). Acesso em 24.06.2012).

²⁵ Com relação a institutos de Direito Comparado, é importante referir o modelo alemão: “Há um incidente de resolução de demandas repetitivas denominado musterverfahren, onde não existe a substituição processual típica das ações coletivas. Assim, mostra-se inexistente a dificuldade da legitimação (que ocorre nas lides representativas), uma vez que “o escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo”. (OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado*. In: www.processoscoletivos.net. Acesso em: 02.11.2010). Ainda sobre a análise das ações coletivas no Direito Comparado: CRUZ E TUCCI, José Rogério coordenador. *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

²⁶ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Volume 2: O século XX. Tradução Luca Lamberti; Revisão da tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 169.

art. 60,§ 4º, III da CF/88, e, portanto ferindo o princípio²⁷ da Supremacia da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A partir da análise do julgado referido e destacado, foram apontadas e analisadas questões de extrema relevância, pertinência e atualidade, como o Poder Normativo de Resoluções expedidas por órgãos administrativos e judiciários, essencialmente os atos administrativos emanados pelo Conselho Nacional de Justiça, a partir de acórdão de Agravo Regimental do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, originário de Mandado de Segurança que propugnou direito líquido e certo violado pela Resolução nº 14/2006 do Conselho Nacional de Justiça, com a fundamentação de inconstitucionalidade de tal resolução, em razão de restrição a direito e atuação inovadora, invadindo a competência do Poder Legislativo.

Assim, tratou-se da questão da possibilidade de criação, modificação e restrição de direitos, inclusive os de natureza fundamental, por atos administrativos com força normativa, em termos abstratos, do Conselho Nacional de Justiça, a partir da análise da Emenda Constitucional (EC 45/2004) que criou e regulamentou o órgão, essencialmente no que tange às atribuições conferidas pelo art. 103-B, § 4º da CF/88, bem como à razão de ser de sua criação e atuação.

²⁷ Conceituando o sistema jurídico e fazendo referência à função dos princípios, cita-se CANARIS: "uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da ordem interna à característica dos princípios gerais". (CANARIS, V. Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. de Menezes Cordeiro, 1989, pp.77-78).

A partir de tal análise, verificou-se que, apesar do Supremo Tribunal Federal ter declarado a constitucionalidade *lato sensu* do Conselho Nacional de Justiça, ainda é necessário o debate sobre os limites do poder regulamentar do Conselho, sob pena do mesmo acabar promovendo a restrição de direitos em termos práticos. A tese de inconstitucionalidade das resoluções emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça remetem ao desrespeito à cláusula pétrea da Separação dos Poderes, contida no art. 2º e no art. 60, § 4º, III da CF/88 e, portanto, à Supremacia da Constituição, já que tal cláusula só pode ser alterada pelo poder constituinte originário reunido para tal fim e não pelo constituinte derivado, em sede de emenda constitucional.

Além de tais argumentos, ainda foi referida Ação Direta de Constitucionalidade promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros contra a Resolução nº 135 do CNJ (ADI 4638), cujo objeto se refere à inconstitucionalidade formal e material da referida Resolução ao pretender regulamentar o processo disciplinar de magistrados nos tribunais, extrapolando a previsão constitucional das atribuições do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, ficou evidenciada a controvérsia que existe sobre a constitucionalidade e limites de atuação de tal órgão administrativo e tal questão também foi confrontada e comparada com o poder normativo das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, o qual já foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, porém por circunstâncias diversas, em razão de previsões legais expressas contidas nos artigos 23, IX do Código Eleitoral e 59 da Constituição Federal, cujas leituras e interpretações sistemáticas autorizam a força normativa até que lei específica seja promulgada quanto à questão prevista na resolução.

O problema da inconstitucionalidade do poder normativo das resoluções do Conselho Nacional de Justiça no sentido de restringir direitos fundamentais e, no caso em exame, tratava-se de violação à garantia de irredutibilidade de vencimentos como direito adquirido, e, até mesmo, da inconstitucionalidade da própria Emenda Constitucional que criou e regulamentou o funcionamento de tal órgão correlaciona-se com a realidade crescente da criação judicial do Direito ou da função normativa da jurisdição, a partir de técnicas de

uniformização de jurisprudência, visando à obtenção de unidade do Direito e segurança jurídica.

Por derradeiro, foi abordada a questão da função normativa da jurisdição como tendência atual, mas demonstrando-se a necessidade de eleição de critérios para a realização de tal prática, no sentido de privilegiar a efetivação da igualdade de tratamento a casos análogos e da segurança jurídica em termos de previsibilidade do Direito, contudo sem macular os princípios constitucionais e, portanto, o próprio Estado Democrático de Direito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. *Subsunção e Concreção na aplicação do direito*. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- CANARIS, V. Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. de Menezes Cordeiro, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999.
- CONEGLIAN, Olivar. *Radiografia da Lei das Eleições*. Curitiba: Juruá, 1998.
- CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério coordenador. *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. Volume 2: O século XX. Tradução Luca Lamberti; Revisão da tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado*. In: www.processoscoletivos.net. Acesso em: 02.11.2010.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e Revisor Técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, nº 352.
- SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CLÈVE, Clemerson Merlin. *OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO*

PÚBLICO (CNMP). In: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF>. Acesso em 24.06.2012.

- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.