

Supremo Tribunal Federal
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 01.09.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 4 5 - 1

16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. CARLOS BRITTO
REQUERENTE(S)	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADVOGADO(A/S)	: LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S)	: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
INTERESSADO(A/S)	: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL - SINDJUS/DF
ADVOGADO(A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO
INTERESSADO(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO(A/S)	: FELIPPE ZERAIK E OUTROS
INTERESSADO(A/S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ADVOGADO(A/S)	: ROBERTO ANTÔNIO BUSATO
INTERESSADO(A/S)	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADVOGADO(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTROS
INTERESSADO(A/S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - FENAJUFE
ADVOGADO(A/S)	: JOSÉ LUIS WAGNER E OUTROS
INTERESSADO(A/S)	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS - ANAMAGES
ADVOGADO(A/S)	: GUSTAVO ALEXANDRE MAGALHÃES E OUTRO

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.

Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04).




Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 06/12/05, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 09/05, alterando substancialmente a de nº 07/2005.

A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da *generalidade* (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), *impessoalidade* (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e *abstratividade* (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos).

A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da *Carta-cidadã* e tem como finalidade *debulhar* os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a *Carta de Outubro*, após a Emenda 45/04.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo *caput* do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo



do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.

O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter *estadualizado* de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: **a)** emprestar interpretação conforme para incluir o termo "*chefia*" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco **b)** suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; **c)** obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem

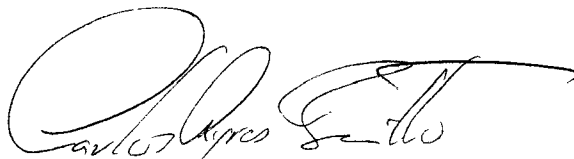


a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a Presidência do Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder a liminar, nos termos do voto do relator, para, com efeito vinculante e *erga omnes*, suspender, até o exame de mérito desta ação, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça; impedir que juízes e tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma resolução e suspender, com eficácia *ex tunc*, ou seja, desde a sua prolação, os efeitos das decisões já proferidas, no sentido de afastar ou impedir a sobredita aplicação. Esta decisão não se estende ao artigo 3º da Resolução nº 7/2005, tendo em vista a alteração de redação introduzida pela Resolução nº 9, de 06.12.2005. Vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que indeferia a liminar, nos termos de seu voto. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim.

Brasília, 16 de fevereiro de 2006.



CARLOS AYRES BRITTO

-

RELATOR

16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. CARLOS BRITTO
REQUERENTE(S)	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADVOGADO(A/S)	: LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S)	: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
INTERESSADO(A/S)	: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL - SINDJUS/DF
ADVOGADO(A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO
INTERESSADO(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO(A/S)	: FELIPPE ZERAÍK E OUTROS
INTERESSADO(A/S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ADVOGADO(A/S)	: ROBERTO ANTÔNIO BUSATO
INTERESSADO(A/S)	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADVOGADO(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTROS
INTERESSADO(A/S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - FENAJUFE
ADVOGADO(A/S)	: JOSÉ LUIS WAGNER E OUTROS
INTERESSADO(A/S)	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS - ANAMAGES
ADVOGADO(A/S)	: GUSTAVO ALEXANDRE MAGALHÃES E OUTRO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Antes de passar a palavra ao Ministro Carlos Britto, suscito, desde logo, que esta medida cautelar tem como objeto a Resolução nº 07, do Conselho Nacional de Justiça. Todos sabem, evidentemente, que sou o Presidente do CNJ e, pelas normas regimentais do Conselho e pela regra constitucional, assino os seus atos e também participo dos debates, embora não tenha voto, apenas para desempate.

ADC 12-MC / DF

Lembro que não ocorre, no caso em espécie, meu impedimento ou suspeição de participar do julgamento, na forma do que já decidimos em relação à resolução do Tribunal Superior Eleitoral, ADI nº 4, Relator Ministro Sydney Sanches; ADI nº 55, Relator Ministro Sydney Sanches; ADI nº 2.321, Relator Ministro Celso de Mello; ADI nº 2.626, Redatora para o acórdão Ministra Ellen Gracie - a questão da verticalização, sendo que naquela hipótese, à época, eu era Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e participei do julgamento -; ADI nº 2.628 e, ainda, ADI nº 2.243, Relator Ministro Marco Aurélio.

Declaro não estar impedido.



16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. CARLOS BRITTO
REQUERENTE (S)	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADVOGADO (A/S)	: LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO (A/S)
REQUERIDO (A/S)	: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
INTERESSADO (A/S)	: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL - SINDJUS/DF
ADVOGADO (A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO
INTERESSADO (A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO (A/S)	: FELIPPE ZERAIK E OUTROS
INTERESSADO (A/S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ADVOGADO (A/S)	: ROBERTO ANTÔNIO BUSATO
INTERESSADO (A/S)	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADVOGADO (A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTROS
INTERESSADO (A/S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - FENAJUFE
ADVOGADO (A/S)	: JOSÉ LUIS WAGNER E OUTROS
INTERESSADO (A/S)	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS - ANAMAGES
ADVOGADO (A/S)	: GUSTAVO ALEXANDRE MAGALHÃES E OUTRO

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Cuida-se de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade. Ação, essa, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e em prol da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que “disciplina o exercício de cargos,



empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências".

2. São estes os fundamentos do pedido:

I - o Conselho Nacional de Justiça - CNJ tem competência constitucional para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (inciso II do § 4º do art. 103-B da CF/88);

II - a vedação ao "nepotismo" é regra constitucional que decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas;

III - além de estar subordinado à legalidade formal, o Poder Público está adstrito à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui a própria Constituição;



IV - a Resolução n° 07/2005, do CNJ, nem prejudica o necessário equilíbrio entre os Poderes do Estado — por não subordinar nenhum deles a outro —, nem vulnera o princípio federativo , dado que também não estabelece vínculo de sujeição entre as pessoas estatais de base geográfica.

3. Prossigo neste relatório para anotar que a postulante, após declinar os fundamentos jurídicos da sua pretensão de ver julgada procedente esta ADC, requer, liminarmente, a suspensão: a) do “julgamento dos processos que envolvam a aplicação da Resolução n° 7/05 do CNJ até o julgamento definitivo da presente ação, ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão, a qualquer título, que impeça ou afaste a eficácia da Resolução em questão” e; b) “com eficácia ex tunc, dos efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação da Resolução n° 7/05 do CNJ”. Já no tocante ao mérito, a acionante pugna pelo reconhecimento da constitucionalidade da resolução em causa.

4. Há mais o que dizer, porque figuram na presente ação, na condição de *amici curiae*, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro



e as seguintes entidades: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal - SINDJUS/DF, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA e Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União - FENAJUFE.

É o relatório.



16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)

De saída, não posso deixar de remarcar o entendimento pessoal que venho externando, por escrito e em conferências, a respeito, justamente, do instituto que atende pelo nome de "ação declaratória de constitucionalidade". Instituto que, introduzido na Constituição de 1988 pela Emenda nº 3/93, suscitou em mim a séria desconfiança técnica de que estava ele a acarretar perda de substância dos princípios federativo e da separação dos Poderes. Além do quê me pareceu conspurcar o real sentido da competência que esta nossa Corte detém para guardar, "precipuaemente", a Magna Lei Federal (art. 102, cabeça).

7. Neste lanço, todavia, não me move o propósito de lançar todas as bases do meu pensar discordante da validade de tal instituto. Limito-me a comentar uma delas, tão-somente, por considerá-la a de mais desembaraçada percepção.




8. Eis o que tenho explanado: ao possibilitar apenas à União o manejo da ação declaratória de constitucionalidade de suas leis e demais atos normativos, a Emenda nº 3 privilegiou essa pessoa jurídica central da nossa Federação. Quero dizer: a Emenda Constitucional de nº 3 incidiu na vedação de quebrar o equilíbrio de forças entre a União e os Estados-membros, em matéria de controle de constitucionalidade das respectivas leis e atos normativos em geral. Isto porque, antes dessa alteração formal da Magna Carta, os dois entes federativos se submetiam a um mesmo e paritário sistema jurisdicional de controle de validade perante a Constituição Federal. Controle consistente, por um lado, numa fiscalização do **tipo concentrado** — a cargo do Supremo Tribunal Federal —, a se dar pelo uso da ação direta de inconstitucionalidade, e, por outro, num controle do **tipo difuso** — a cargo de qualquer juiz singular ou colegiado tribunalício —, no curso de uma concreta relação processual litigiosa. Entretanto, com o advento da EC 03/93 somente a União foi contemplada com a possibilidade de obter do STF a confirmação de validade das suas leis e atos normativos, fora do caso concreto, de sorte a subtraí-los do controle jurisdicional difuso. Permanecendo os Estados-membros, já agora sozinhos, privados dessa mesma chance de excluir de apreciação judiciária a validade das suas manifestações de vontade legal e normativa em geral, seja



em tese, seja em concreto. O que já significa dizer que eles, Estados, ficaram expostos a uma situação de maior vulnerabilidade perante os reclamos jurisdicionais de terceiros. É ainda falar: as duas pessoas federadas já não suportam de forma idêntica o acesso de pessoas outras ao Poder Judiciário para lhes questionar a validade dos atos e leis editados após a data de 5 de outubro de 1988, o que implica reconhecer a perpetração de um tipo de desigualdade que tenho como ofensiva daquele ponto de equilíbrio que se põe como elemento conceitual do nosso modelo federativo.

9. Não é como pensa este Supremo Tribunal Federal, porém. Seja pela questão sensível do princípio federativo, seja por qualquer outra alegação de ofensa à Magna Carta, o fato é que esta nossa Casa de Justiça não põe em dúvida a sanidade jurídica da ADC. O Tribunal é firme no seu entendimento pela validade do instituto em causa, conforme se extrai do julgamento da Questão de Ordem na ADC nº 01. Razão por que, ressaltando a minha particularizada compreensão do tema, democraticamente acedo ao pensar majoritário da Corte e afasto, aqui, toda discussão em torno da constitucionalidade do veículo processual de que *lançou mão* a autora.



10. Feita esta ressalva, reconheço a legitimidade ativa da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), o que faço com base no inciso IX do art. 103 da Constituição. Como também entendo preenchido o requisito da pertinência temática, em face do estreito vínculo entre as finalidades institucionais da agremiação autora deste processo e o conteúdo do ato normativo por ela defendido.

11. Na mesma linha de apreciação, tenho por satisfeito o pressuposto de que trata o inciso III do artigo 14 da Lei nº 9.868/99, dado que a petição inicial me convence quanto à indicação, que faz, da *"existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória"*.

12. Pontuo, todavia, que a presente ação não merece conhecimento quanto ao artigo 3º da Resolução nº 07/05, do Conselho Nacional de Justiça. É que, em 6 de dezembro de 2005, esse órgão público editou a Resolução nº 09/05, de modo a alterar o artigo 3º da Resolução nº 07/05, dispositivo que passou a se revestir da seguinte estrutura de linguagem:

"Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com



empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação".

13. Esse o quadro, impõe-se-me reconhecer que o dispositivo originário restou ab-rogado (revogação por incompatibilidade) pelo art. 1º da novel Resolução nº 09/05.

14. No tema, é pacífico o entendimento desta Excelsa Corte no sentido da insubsistência do interesse de agir, sempre que a norma inquinada de inconstitucionalidade deixa de integrar o Ordenamento Jurídico. Veja-se:

"Ação direta de
inconstitucionalidade. Pedido de liminar.

- Já se firmou a jurisprudência desta
Corte no sentido de que o interesse de agir, em



ação direta de inconstitucionalidade, só existe enquanto estiver em vigor a norma jurídica impugnada, ficando, pois, a ação prejudicada na hipótese de perda de seu objeto por ter sido revogado essa norma.

- No caso, com a alteração do artigo 56 do Decreto 38.048/91, em virtude da republicação deste depois de entrado em vigor, ocorreu a revogação desse dispositivo em sua redação original que foi atacada como inconstitucional pela presente ação, que, assim, ficou prejudicada.

- Ação direta de inconstitucionalidade que se julga prejudicada, ficando em consequência, igualmente prejudicado o exame do pedido de liminar."

(ADI 2.001-3, Rel. Min. Moreira Alves).

15. Nesse contexto, convenço-me de que, no ponto, a presente ação declaratória não merece conhecimento.



16. Noutro giro, tenho que a Resolução em foco intenta retirar diretamente da Constituição o seu fundamento de validade, arrogando-se, portanto, a força de diploma normativo primário. Questão que se confunde com o próprio mérito da causa e como tal é que paulatinamente me disponho a enfrentá-la. Seja como for, cuida-se de ato normativo que se reveste dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade, sujeitando-se, no ponto, ao controle objetivo de constitucionalidade.

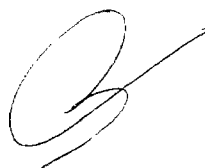
17. Com efeito, o caráter genérico da Resolução 07/05 se patenteia nos dispositivos (dela constantes) que veiculam normas proibitivas de ações administrativas **de logo padronizadas**, como, *verbi gratia*, as que dispõem sobre: a) nomeação para "o exercício de cargo de provimento em comissão, ou de função gratificada" (incisos I, II e III do art. 2º); b) "contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (inciso IV do mesmo art. 2º); c) "contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação (...)" (inciso V do art. 2º, ainda uma vez).

18. A impessoalidade, a seu turno, é predicado que se desata da ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer



que seja; vale dizer, os tribunais, juízos, magistrados e servidores que se integram na estrutura administrativa do Poder Judiciário não foram normativamente referidos pelos seus particularizados nomes, porém, isto sim, apenas em tese ou de forma teórica. Os tribunais e juízos, na sua condição jurídica de unidades divisíveis de competências estatais. Os juízes e servidores, na condição de titulares de cargos que Celso Antônio Bandeira de Mello designaria por "unidades indivisíveis de competências" igualmente estatais. Sendo que a mesma interpretação é de se dar aos textos normativos reportantes a eventuais cônjuges, companheiros e parentes de membros e servidores comuns do Judiciário, por se tratar de figuras igualmente referidas com inteira desconsideração dos respectivos nomes.

19. Quanto ao requisito da abstratividade, fácil é perceber que a Resolução nº 07, do Conselho Nacional de Justiça, veio ao mundo das positividades jurídicas para enlaçar de modo permanente o descritor e o prescriptor dos seus dispositivos. É como dizer: cuida-se de modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos. Modelo de conteúdo renovadamente normativo,



então, a desafiar o manejo de ações instauradoras de processo do tipo objetivo, como é o caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

20. Já no plano da autoqualificação do ato do CNJ como entidade jurídica primária, permito-me apenas lembrar, ainda nesta passagem, que o Estado-legislador é detentor de duas caracterizadas vontades normativas: uma é primária, outra é derivada. A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do Ordenamento Jurídico, sabido que a Constituição não é diploma normativo destinado a tal inovação, mas à própria fundação desse Ordenamento. Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa, vontade tão-somente secundária, ela é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que adota como esteio de validade um diploma jurídico já editado, este sim, com base na Constituição. Logo, vontade que não tem aquela força de inovar o Ordenamento com imediatidade¹.

¹ Nunca é demais lembrar que a vontade de que promana a Constituição originária não é uma vontade nem primária nem derivada. É uma vontade *virginalmente fundante ou inaugural* do Ordenamento Jurídico de um povo soberano, situada, por isso mesmo, em

21. Pois bem, é de elementar conhecimento que o Magno Texto de 1988 fez da lei a expressão emblemática do ato normativo primário. Lei em sentido formal, na acepção de que editada por órgão ou órgãos do Poder Legislativo, entendido este como a instância republicana que mais autenticamente encarna a representação popular e favorece a realização do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, lei ditada por uma lógica perpassante de todo o sistema de comandos de uma Constituição que faz do republicanismo a sua primeira referência à estruturação do Brasil como, justamente, um "Estado democrático de direito" (artigo 1º, cabeça). Ainda mais, lei como termo sinônimo de Direito-lei, a compreender, então, todos os atos que se integram no "processo legislativo" (art. 59, cabeça). Lei, enfim, como fonte primaz da imposição de deveres de conteúdo positivo e/ou de conteúdo negativo, segundo a garantia fundamental de que "senão em virtude" dela "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (...)". Garantia que está no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, a se traduzir no curioso **direito de não ter dever** (permito-me trocadilhar)².

plano cognoscitivo que já recai sobre o mundo do ser ou das ocorrências puramente fáticas.

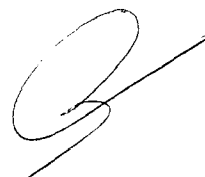
² Há toda uma justificativa ético-política para esse prestígio constitucional do Poder Legislativo. É que ele é o único a ter os seus membros totalmente eleitos pelo voto popular. O Executivo, como se sabe, tem uma parte de si (a constituída pelos Ministros de Estado) que não passa pela pia batismal do voto. Além do mais, enquanto o Chefe do Poder Executivo encarna a ideologia apenas do partido ou da coligação partidária que o elegeu, o Parlamento consubstancia todas as ideologias possíveis. Ele é a mais completa expressão do pluralismo político, esse valor



22. Acontece que as normas ditadas por essa lógica da mais abrangente irradiação sistêmica admitem contemporização. Comportam atenuação, exatamente para ceder espaço a valores e interesses outros que, embora de menor compleição material, são relevantes o bastante para merecer um tratamento heterodoxo. Um tratamento peculiar, *despadronizado*, por se traduzir numa nota de relativização àquela mais abrangente racionalidade sistêmica. Fenômeno em boa medida percebido pelo olho clínico de Carlos Maximiliano, conforme se vê da seguinte passagem do clássico "Hermenêutica e aplicação do Direito", p. 227, Editora Forense, ano de 1996:

"As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente."

fundante da própria República Federativa do Brasil, tal como posto pelo inciso V do art. 1º da *Constituição-cidadã* (Ulisses Guimarães). Por último, é de se considerar que todo mundo já sabe **onde**, **quando** e **como** o Poder Legislativo decide. O que não acontece com as decisões do Poder Executivo (BRITTO, Carlos Ayres, in *Perfil Constitucional da Licitação*, ed. Zênite, pg. 83).



23. Esta a razão pela qual a nossa Constituição, depois de fazer da lei o protótipo do ato normativo primário, e do Congresso Nacional o inequívoco editor dos diplomas da espécie, habilitou, não obstante, o Senado Federal a produzir sozinho atos normativos de igual hierarquia impositiva. Excluindo do processo, no ponto, a própria Câmara dos Deputados Federais, mesmo sendo ela a casa legislativa que se compõe, textualmente, "de representantes do povo" (art. 45, cabeça). É a matéria que se contém nos incisos VII, VIII e IX do art. 52, mais a prefigurada nas alíneas a e b do inciso V do § 2º do art. 155, *litteris*:

"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo poder público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;



IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
(...)”

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)”

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
(...)”

V - é facultado ao Senado Federal:

- a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;
- b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de



*iniciativa da maioria absoluta e aprovada por
dois terços de seus membros;
(...)”*

24. Também “com força de lei” (embora lei não sendo) é que foram expressamente qualificadas as “medidas provisórias” (art. 62), a despeito de sua produção por autoridade inteiramente situada do lado de fora do Poder Legislativo. Atos especialmente destinados à produção de imediatos efeitos, como se sabe, embora passíveis de perda de eficácia “desde a edição” (“se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período (...)).”

25. Nessa mesma toada é de se explicar a competência privativa que a Magna Carta conferiu aos tribunais judiciais para “(...) elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (alínea “a” do inciso I do art. 96). Fazendo de tais regimentos — é a minha leitura — um ato normativo ambivalentemente primário e secundário: primário, no que tange à competência e ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais e



administrativos de cada qual deles (tribunais); secundário, pertinentemente ao dever de "observância das normas de processo e das garantias processuais das partes" (cf. ADI 1.098-SP, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 1.985, Rel. Min. Eros Grau; ADI 2.763, Rel. Min. Gilmar Mendes; entre outros).

26. Acresce que essa mesma competência para editar regimento interno foi estendida, "no que couber", ao Tribunal de Contas da União e seus êmulos nas demais órbitas federativas, a teor das partes capitulares dos arts. 73 e 75 dela própria, Constituição Federal.

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



28. Agora vem a pergunta que tenho como a de maior valia para o julgamento desta ADC: o Conselho Nacional de Justiça foi aquinhoadado com essa modalidade primária de competência? Mais exatamente: foi o Conselho Nacional de Justiça contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que servem de recheio fático ao inciso II do § 4º do art. 103-B da Constituição?

29. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, começo por transcrever o mencionado inciso e mais o inteiro teor do parágrafo de que ele faz parte. Ei-los:

“Art. 103-B (...)

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

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



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

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

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



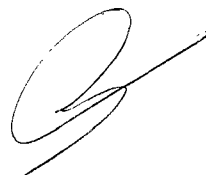
V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

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

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

(...)"

30. Da leitura de ambos os textos, creio que o § 4º, em si mesmo considerado, deixa muito claro a extrema relevância do papel do CNJ como órgão central de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. Daí porque a esse Conselho cabe aferir o cumprimento dos deveres dos juízes e ainda exercer, de parilha com os poderes que lhe forem conferidos pelo



Estatuto da Magistratura, aqueles de pronto arrolados pelos incisos de I a VII desse mesmo § 4º.

31. No âmbito dessas competências de logo avançadas pela Constituição é que se inscrevem, conforme visto, os poderes do inciso II, acima transcrito. Dispositivo que se compõe de mais de um núcleo normativo, quatro deles expressos e um implícito, que me parecem os seguintes:

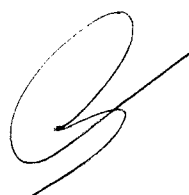
I - **núcleos expressos:** a) "zelar pela observância do art. 37" (comando, esse, que, ao contrário do que se lê no inciso de nº I, não se atrela ao segundo por nenhum gerúndio); b) "apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário"; c) "podendo desconstituí-los," (agora, sim, existe um gerúndio), "revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei"; d) "sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União" (isto quando se cuidar, naturalmente, da aplicação de lei em tema de fiscalização "contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial", mais aquelas



densificadoras dos princípios da "economicidade", "eficácia e eficiência" das respectivas gestões, pelo fato de que nesses espaços jurídicos é que também se dá a atuação dos Tribunais de Contas, tudo conforme os arts. 70 e 74 da Constituição Federal);

II - o núcleo **inexpresso** é a outorga de competência para o Conselho dispor, primariamente, sobre cada qual dos quatro núcleos expressos, na lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e ainda baixar os atos de sanção de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é uma forma de prevenir a irrupção de conflitos. O poder de precaver-se ou acautelar-se para minimizar a possibilidade das transgressões em concreto.

32. Dá-se que duas outras coordenadas interpretativas parecem reforçar esta compreensão das coisas. A primeira é esta: a Constituição, por efeito da Emenda 45/04, tratou de fixar o regime jurídico de três conselhos judiciários: a) o Conselho da Justiça Federal (inciso II do parágrafo único do art. 105); b) o Conselho



Superior da Justiça do Trabalho (inciso II do § 2º do art. 111-A); e c) o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B). Ao cuidar dos dois primeiros Conselhos, ela, Constituição, falou expressamente que as respectivas competências - todas elas, enfatize-se - seriam exercidas **"na forma da lei"**. Esse inequívoco fraseado **"na forma da lei"** a anteceder, portanto, o rol das competências de cada qual das duas instâncias. Ora, assim não aconteceu com o tratamento normativo dispensado ao Conselho Nacional de Justiça. Aqui, a Magna Carta inventariou as competências que houve por bem deferir ao CNJ, quedando silente quanto a um tipo de atuação necessariamente precedida de lei.

33. O segundo reforço argumentativo está na interpretação panorâmica ou sistemática ou imbricada que se possa fazer dos dispositivos que se integram na compostura vernacular de todo o art. 103-B da Constituição. É que tais dispositivos são tão ciosos da importância do CNJ em ambos os planos da composição e do funcionamento; tão logicamente concatenados para fazer do Conselho um órgão de planejamento estratégico do Poder Judiciário, assim no campo orçamentário como no da celeridade, transparência, segurança, democratização e aparelhamento tecnológico da função jurisdicional do Estado; tão explicitamente assumidos como estrutura normativa de



continua densificação dos estelares princípios do art. 37 da Lei Republicana; tão claramente regradados para tornar o CNJ uma genuína instância do Poder Judiciário, e não uma instituição estranha a esse Poder elementar do Estado, enfim, que negar a esse Conselho o poder de aplicar imediatamente a *Constituição-cidadã*, tanto em concreto como em abstrato, seria concluir que a Emenda 45 homiziou o novo órgão numa fortaleza de paredes intransponíveis, porém fechada, afinal, com a mais larga porta de papelão. Metáfora de que muito se valia o gênio ético-libertário de Geraldo Ataliba para ensinar como não se deve interpretar o Direito, notadamente o de estirpe constitucional.

34. Assim é que se pode remeter os conteúdos da Resolução n° 07 para outros dispositivos constitucionais com eles rimados, como, por ilustração, o inciso de n° III do mesmo § 4° do artigo 103-B, assim legendado:

"Art. 103-B, § 4°

(...)

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;

(...)"

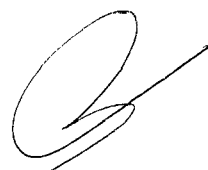
35. O mesmo é de se dizer, acredito, quanto à sintonia de tais conteúdos com os princípios regentes de toda a atividade administrativa do Estado, de modo especial os princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade (este, somente omitido pelo art. 37 da Constituição porque já proclamado na cabeça do art. 5º e no inciso III do art. 19 da nossa Lei Fundamental).

36. Em palavras diferentes, é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado. Princípios como:



I - o da impessoalidade, consistente no descarte do personalismo. Na proibição do *marketing* pessoal ou da auto-promoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública. Na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que "não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio". Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado "nepotismo". Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, *debaixo da aba familiar* dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do "cruzamento" (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor);

II - o princípio da eficiência, a postular o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas,

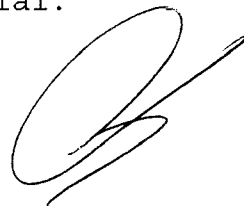


sobretudo em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho um fiel compromisso com a assiduidade e uma constante oportunidade de manifestação de espírito gregário, real compreensão de que servidor público é, em verdade, **servidor do público**. Também estes conceitos passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para o mundo das realidades empíricas, se praticadas num ambiente de projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um(a) esposo(a) ou companheiro (a), um(a) sobrinho (a), enfim, com quem eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não-parentes ou não-familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? Em suma, como desconhecer que a sobrevivência de uma enfermidade mais séria, um trauma



psico-físico ou um transe existencial de membros de u'a mesma família tenda a repercutir negativamente na rotina de um trabalho que é comum a todos? O que já significa a *paroquial* fusão do ambiente caseiro com o espaço público. Pra não dizer a confusão mesma entre tomar posse **nos** cargos e tomar posse **dos** cargos, na contra-mão do insuperável conceito de que "administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia" (Rui Cirne Lima);

III - o princípio da igualdade, por último, pois o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre assim). Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carrear para os núcleos domésticos assim favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social.



37. É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados. Por isso que deixo de atribuir a ele, em tema de nepotismo, a mesma importância que enxergo nos encarecidos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade.

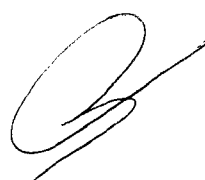
38. Em face destas premissas constitucionais, cabe perguntar: a Resolução que se faz de objeto desta ADC densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição? Respondo que sim. Ou, dizendo de modo inverso, não enxergo antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, entendo que o CNJ fez adequado uso da competência que lhe outorgou a Constituição Federal, após a Emenda 45/04.

39. Outra pergunta: os condicionamentos impostos pela Resolução em foco seriam atentatórios da liberdade de nomeação e



exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37)? A resposta agora é negativa, pela clara razão de que a interpretação dos mencionados incisos tem que ficar adstrita à exegese dos comandos que se lê no *caput* do mesmo art. 37. E já vimos que é nesse dispositivo capitular que figuram os princípios reitores de toda a Administração Pública, adequadamente pinçados e debulhados pelo ato normativo *sub judice*. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, **as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade, sobretudo**. Quero dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se tratando, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.

40. Um terceiro questionamento: o modelo normativo em exame é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos



Poderes e até mesmo do princípio federativo? Outra resposta negativa se me impõe, primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (já foi dito) e não está a submeter esse Poder à autoridade dos dois outros; segundo, **porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele.**

41. Explico. Ao dispor sobre o Poder Legislativo Federal, qual foi o discurso da Constituição? O de que esse Poder orgânico se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado, que são órgãos exclusivamente da União. De nenhuma outra pessoa federada (art. 44). Diga-se o mesmo quanto à estrutura do Poder Executivo Federal (art. 76), englobante apenas do Presidente da República e dos Ministros de Estado. É dizer, englobante de órgãos ainda uma vez exclusivos da nossa pessoa federada central. Ora, não foi esse o tratamento dispensado ao Poder Judiciário. Aqui, a Lei Maior *senta praça* do seu propósito de incluir órgãos judiciários estaduais no todo judiciário do País, como se verifica dos seguintes dizeres:

"Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;



I-A - o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios."

(original sem destaque)

42. É certo que o art. 125 da nossa Constituição defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça. Mas não é menos certo que o *caput* desse mesmo art. 125 junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior da República Federativa do Brasil. E o fato é que entre esses princípios constitucionais figuram todos aqueles já exaustivamente citados nesta minha análise jurídica.

43. Nesse rumo de idéias, *ao fim e ao cabo* (como diria o ministro Nelson Jobim), não me parece que, ao editar a Resolução nº 07/2005, o Conselho Nacional de Justiça haja invadido seara

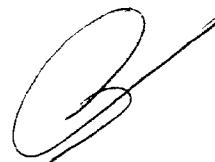


reservada, com exclusividade, nem ao Poder Legislativo Federal nem ao Poder Legislativo dos Estados. Limitou-se a exercer, reitero, as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas. Como bem anotou, aliás, o ministro Cezar Peluso, no voto que proferiu na ADI 3.367-DF ³:

“(...)

De modo que, sem profanar os limites constitucionais da independência do Judiciário, agiu dentro de sua competência reformadora o poder constituinte derivado, ao outorgar ao Conselho Nacional de Justiça o proeminente papel de fiscal das atividades administrativa e financeira daquele Poder. A bem da verdade, mais que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política ao aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional. São antigos os anseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas construtivas e elaborar programas que, nos limites de

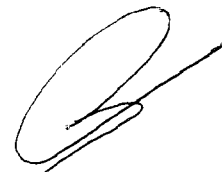
³ Ação Direta de Inconstitucionalidade que põe em xeque a validade da Emenda Constitucional 45/2004 - Reforma do Poder Judiciário.



suas responsabilidades constitucionais, dêem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder. Como bem acentuou JOSÉ EDUARDO FARIA:

`(...) como o Judiciário tem diferentes braços especializados organizados em diferentes instâncias, é natural que cada um deles e cada uma delas sintam-se tentado a definir seu próprio programa de ação, o que, obviamente, torna de fundamental importância a criação de um órgão representativo de todos esses braços e instâncias capazes de atuar numa dimensão de política-domínio, responsabilizando-se pela uniformização dos diferentes programas 'parcialmente contraditórios' e parcialmente compatíveis' sob a forma de uma estratégia global da instituição"

(...) A esse paradigma pode também reconduzir-se a instituição do Conselho, que, sob a rubrica das atribuições inerentes ao poder de controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário (art. 103 - B, § 4º), assume o dever jurídico de



diagnosticar problemas, planejar políticas e formular projetos, com vistas ao aprimoramento da organização judiciária e da prestação jurisdicional, em todos os níveis, como exigência da própria feição difusa da estrutura do Poder nas teias do pacto federativo. Como já acentuamos, somente um órgão de dimensão nacional e de competências centralizadas pode, sob tais aspectos, responder aos desafios da modernidade e às deficiências de visões e práticas fragmentárias na administração do Poder.

(...)"


44. Uma explicação adicional, todavia, parece-me cabível e ela se traduz no seguinte: o que nos incumbe, nesta sede de controle abstrato de normas, é tão-somente aferir a constitucionalidade da Resolução nº 07/05. Não esmiuçar cada qual das suas teóricas possibilidades de incidência, menos ainda os particularizados efeitos de sua aplicação em concreto. Empreitada, essa, a cargo do próprio CNJ e, em derradeira análise, deste Pretório Excelso.



45. Não é tudo, porque ainda nesse preliminar exame jurídico já se percebe a necessidade de realizar dois pontuais ajustes no ato normativo em causa:

I - a Resolução nº 7/05, ato normativo que tenho como de natureza primária, podia mesmo fazer do terceiro grau de parentesco consanguíneo um critério de inibição ao "*nepotismo*". Impedida estava, no entanto, de criar um novo grau do parentesco, por afinidade, devido a que essa matéria é de caráter civil, reservada pela Constituição à competência do Poder Legislativo Federal. E o fato é que ela (Resolução nº 07/05) distendeu as fronteiras do parentesco para incluir os "*parentes de 3º grau*" por afinidade, ultrapassando, assim, o instituto do *cunhadio*. Daí a necessidade de emprestar-se interpretação conforme aos incisos do art. 2º da Resolução nº 07 do CNJ, para restringir o parentesco por afinidade da linha colateral "*aos irmãos do cônjuge ou companheiro*";

II - A Constituição Federal vinculou os cargos em comissão e as funções de confiança às "**atribuições de direção, chefia e assessoramento**" (inciso V do artigo 37). Entretanto, provavelmente por erro material, a Resolução nº 07/05 deixou de mencionar o vocábulo "**chefia**", do que decorre a necessidade de se



emprestar à matéria "interpretação conforme" para incluir o termo "**chefia**" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco;

46. Nessa ampla moldura, voto pela concessão da medida liminar para, com **eficácia vinculante**:

a) determinar a suspensão, até o exame de mérito desta ADC, do julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça;

b) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ; e

c) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.

47. É como voto.



16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: Afirma-se a constitucionalidade da resolução n. 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que coíbe o nepotismo.

Essa constitucionalidade seria posta em dúvida a partir das seguintes assertivas: [i] apenas a lei em sentido formal poderia tratar da matéria (argumento da legalidade); [ii] a resolução afrontaria o princípio da "separação dos poderes", na medida em que subordinaria o Poder Judiciário a um outro poder, o CNJ, o que também expressaria violação da autonomia dos tribunais; [iii] a resolução violaria o princípio federativo, seja porque invadiria a competência dos Estados-membros para dispor sobre a organização e estruturação da Administração Pública de cada um deles, seja porque subordinaria hierarquicamente os tribunais estaduais a um órgão não estadual, o CNJ; [iv] a resolução restringiria direitos de servidores públicos e de terceiros, relações contratuais, criando uma modalidade de rescisão contratual não contemplada nos contratos já celebrados com a Administração.

2. Afasto prontamente os argumentos referidos à "separação dos poderes" e ao princípio federativo, para tanto simplesmente me reportando às razões expostas no voto que proferi no julgamento da ADI n. 3.367. O Judiciário é Judiciário Nacional, excepcionando algumas exigências da Federação, como ressaltei nesse voto. De outra banda, o CNJ é um dos órgãos do Poder Judiciário, como tal definido

pelo artigo 92 da Constituição, suas decisões estando sujeitas a controle pelo Supremo Tribunal Federal.

3. A resolução também não restringe direitos de servidores públicos e de terceiros, relações contratuais, criando modalidade de rescisão contratual não contemplada nos contratos já celebrados com a Administração.

A uma porque, como largamente afirmado por esta Corte, os servidores públicos não são titulares de direito adquirido a regime jurídico. A duas, quanto aos nomeados para o exercício de cargos em comissão e aos contratados por tempo determinado, em situações excepcionais, porque o rompimento da relação de trabalho atenderá, no caso, às imposições da moralidade e da impessoalidade. Imposições que abrangem todos os contratos celebrados com a Administração.

4. Resta o argumento da legalidade.

Lembro, a respeito, que a Constituição do Brasil consagra a legalidade como *reserva da lei* e como *reserva da norma*¹. Tome-se o enunciado do seu artigo 5º, II: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei; [ii] vinculação às definições decorrentes --- isto é, fixadas em virtude dela --- de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva da lei*; no segundo, em face da "*reserva da norma*" [norma que pode ser tanto *legal* quanto *regulamentar*; ou *regimental*]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa --- mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei --- o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa

¹ Vide meu O direito posto e o direito pressuposto, 6ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, págs. 236 e ss.

reserva da lei em termos relativos [= reserva da norma], razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares --- e os vincule. Voltando ao artigo 5º, II, do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em *termos relativos*, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando --- manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto --- ato normativo não legislativo, porém regulamentar ou regimental, definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários. Tanto isso é verdadeiro --- que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos --- que em pelo menos três oportunidades [isto é, no artigo 5º, XXXIX, no artigo 150, I, e no parágrafo único do artigo 170] a Constituição retoma o princípio, então o adotando, porém, em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem *lei*, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça. Não tivesse o artigo 5º, II consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas. Dizendo-o de outra forma: se há um princípio de reserva da lei --- ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei --- evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos do Poder Executivo e regimentos do Judiciário; quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias, não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda --- *verba cum effectum sunt accipienda*.

Note-se bem, por outro lado, que não se opera, no caso, delegação de função legislativa ao CNJ. Permito-me simplesmente reportar-me, no que tange a este ponto, ao voto que proferi no HC 85.060, do qual sou relator. Já é tempo de afastarmos as concepções que os liberais do século XIX nutriam a respeito dos regulamentos, das quais muitos dos nossos publicistas ainda hoje fazem praça. A classificação das funções estatais segundo um critério material --- função *normativa*, função *jurisdicional* e função *administrativa* --- ainda não chegou aos ouvidos dessa gente, o que faz crer que não há ninguém mais conservador do que um liberal...

5. De toda sorte, no caso, é a própria Constituição, no inciso I do § 4º do seu artigo 103-B, que atribui ao Conselho Nacional de Justiça o exercício da função normativa regulamentar.

Concedo a medida liminar.



16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, entendo, em princípio, ser constitucional a Resolução 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Apenas trago breves observações sobre o tema.

A primeira vincula-se ao fato de o ato normativo objeto da presente ação ter sido expedido sem fundamento em lei, mas baseado diretamente na Constituição Republicana. Esse ponto tem sido repisado por aqueles que se opõem à validade da resolução, e isso em virtude de dois dogmas administrativo-constitucionais intrinsecamente ligados e de suma relevância: o da inexistência de regulamento autônomo no direito brasileiro e o de que é vedada qualquer inovação normativa pela via infralegal. Noutras palavras, somente a lei, como ato normativo primário, teria a primazia de criar direitos e obrigações.

Contudo, esses dogmas já foram anteriormente excepcionados, pela Emenda Constitucional 32/2001, que previu a possibilidade de extinção, mediante decreto, de funções e cargos públicos - criados por lei - quando vagos (art. 84, VI, b, da Constituição federal).

Nova exceção foi criada pela Emenda Constitucional 45/2004, no art. 103-B, § 4º, II, da Lei Maior, que atribui ao Conselho Nacional de Justiça competência para "zelar pela observância do art. 37". Como bem destacado na inicial, ao conferir tal atribuição ao CNJ, o constituinte derivado implicitamente outorgou os meios práticos de exercê-la, por meio de atos administrativos, dos quais a resolução é exemplo.

Incide, aqui, sem sombra de dúvida, a teoria dos poderes implícitos concebida por Hamilton no fim do século XVIII e magistralmente concretizada por John Marshall em 1819, no caso *McCulloch versus Maryland*.

Assim, já que se incumbiu ao CNJ a função de assegurar a observância dos princípios constitucionais regentes da atuação administrativa do Poder Judiciário, é curial que se entenda lícita a possibilidade de imposição, pelo Conselho, mediante ato normativo próprio, de obrigações nesse específico sentido.

Como se vê, os dois axiomas enunciados, que de resto nunca foram isentos de controvérsia, vieram a ser atenuados pelo constituinte derivado, em norma cuja constitucionalidade já foi confirmada pelo Tribunal.

Inexiste, pois, vício formal que contamine a Resolução 07, de 18.10.2005.

No mérito, a legitimidade do ato é inquestionável. Ao zelar pela observância ao art. 37 da Constituição, o CNJ proibiu "a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder

Judiciário". Aliás - e porque esse ponto também tem sido alvo de rebeldia -, deve-se salientar que o Poder Judiciário é uno, de modo que a vinculação de todos os seus órgãos à norma em questão - na esfera estadual e na federal - não implica violação do sistema federativo, exatamente porque o CNJ não representa este ou aquele ente federativo, mas, sim, é órgão **nacional**, como, aliás, já ficou assentado por ocasião do julgamento da ADI 3.367 (rel. min. Cezar Peluso).

Evidentemente, as regras estabelecidas pelo CNJ na Resolução 07/2005, no exercício do dever que lhe foi constitucionalmente imposto, buscam dar efetividade aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa.

Na lúcida lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade "*não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia*", de que é aplicação concreta o ingresso em cargo, função ou emprego público **mediante** concurso público¹. Não é legítimo, no caso, qualificar como persecutória a resolução, por discriminar parentes, já que o § 1º do art. 2º excepciona os ocupantes de cargo de provimento efetivo nas carreiras judiciárias, admitidos por concurso público. Plenamente obedecido, portanto, o princípio da igualdade.

Por sua vez, talvez com mais ênfase ainda, impõe-se ao caso o princípio da moralidade, por aplicação direta da

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 104.

Constituição, sem necessidade de nenhuma intermediação legislativa, como sugerem os opositores da norma atacada. Com efeito, como bem discorre José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da moralidade

"impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. [...] Tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram".

E prossegue:

*"Somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos do espírito público é que o princípio será efetivamente observado."*²

Nota-se, portanto, que a Resolução 07/2005 observa duplamente o princípio da moralidade - é, em si, ato que prima pelos preceitos éticos e, a par disso, impõe sejam estes obedecidos.

Por fim, Senhor Presidente, nesta ação declaratória, vejo claramente delinear-se uma das magnas funções de uma Corte Constitucional, qualificada por um grande jurista e magistrado israelense, Aaron Barak, como *"brindging the gap between law and society"*. Ou seja, à Corte Constitucional cabe o papel de

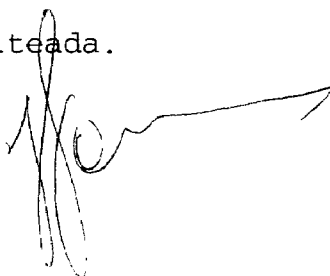
estreitar, de eliminar o fosso que às vezes existe entre a sociedade e o microcosmo jurídico, o qual, como todos sabemos, às vezes forja as suas próprias realidades, fomenta as hipocrisias e, por que não dizê-lo, uma certa moralidade manca, como cotidianamente temos oportunidade de verificar.

O Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma **moral coletiva**, pois ele reflete um conjunto de **crenças e valores** profundamente arraigados, que emanam da **autoridade soberana**, ou seja, do **povo**. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se **grave sintoma** de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva.

Para além dos argumentos puramente jurídicos, inúmeros neste caso, é essa função corretiva e restauradora de uma moral coletiva que o STF expressará nesta jornada, caso venha a ser declarada a constitucionalidade da norma do CNJ.

Feitas essas considerações, entendo necessária a concessão da cautelar pleiteada.

É como voto.



² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 14.

16/02/2006


TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, examino rapidamente algumas das preliminares, porque o eminente Ministro Relator e os demais ilustres colegas que me antecederam já o fizeram à exaustão, referindo-se, até, ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade da Emenda que criou o Conselho.

Faço breve alusão à questão da competência, porque, se a Constituição da República atribuiu ao Conselho o dever de velar pela observância do art. 37 e de controlar a validade dos atos administrativos, lhe deu, implicitamente, parece-me óbvio, o poder de regulamentar a aplicação desses princípios, sobretudo o da impessoalidade.

Essa matéria nem comporia a rigor uma questão preliminar, porque seu **prius** lógico está em responder ao núcleo da causa: saber se a prática de nepotismo ofende, ou não, entre outros, o princípio da impessoalidade. Se a resposta for positiva, a questão da competência estará pré-excluída *ipso facto*, porque, se ao Conselho cabe velar pela aplicação desse princípio, cabe-lhe, não há dúvida, coibir, ainda que de forma genérica, as práticas que o violem. 

O Conselho tem, assim, poder jurídico de explicitar o alcance do princípio na matéria, em especial com a idéia já ressaltada, também, pelo eminente Ministro Relator, de não apenas remediar os danos causados pela prática em si, mas de prevenir os riscos de que esse dano venha a atualizar-se, o que pode ser feito apenas mediante a edição de ato com caráter normativo e de sentido geral.

Retiro ainda do artigo 103, “b”, § 4º, inc. I, o poder jurídico, agora explícito, do Conselho, de expedir atos regulamentares, que não me parecem restritos à hipótese inicial do inc. I. Esse poder de expedir atos regulamentares diz respeito a todas as atribuições outorgadas ao Conselho e que dependem, para sua execução efetiva, dessa regulamentação prevista no § 4º, inc. I.

Ocorreu-me traçar, aqui, um paralelo com questão interessante que esta Corte teve oportunidade de resolver, em 1967, no **MS nº 16.912**, em que certa lei foi invalidada por vício alheio a inconstitucionalidade, sem invocação do princípio do processo legal substantivo, como hoje se invocaria, mas só por particularismo e favorecimento! Tratava-se de hipótese típica, e o Tribunal declarou a invalidez da lei por esse vício, diverso da inconstitucionalidade.

Agora, admitindo-se que a prática ofende o art. 37, essa norma seria inconstitucional; se houvesse lei que permitisse atos suscetíveis de serem qualificados como prática de nepotismo, seria inconstitucional, e os administradores estariam livres, se não obrigados a tanto, para não aplicá-la.



De modo que não vejo por que o Conselho não poderia, sob o pressuposto de que tal prática ofende os princípios constitucionais, regulamentar a matéria, tipificando hipóteses.

E também não vejo, na situação dos servidores, nenhuma ofensa a direito subjetivo. Conforme o eminente Ministro Relator já acentuou, é precária a situação desses nomeados, porque, respondendo à questão fundamental da causa - se se trata de prática ofensiva à Constituição -, daí não pode irradiar-se nenhum direito subjetivo, e, portanto, tampouco se pode pensar em termos de isonomia etc..

O tema - e assim também o eminente Ministro Relator, com grande lucidez, ressaltou no seu belo voto, até chamando atenção para alguns aspectos que mostram os embaraços que o administrador público sofre na tutela do interesse público, quando tem sob sua autoridade parentes ou pessoas próximas ligadas por laços de consagüinidade ou de afetividade etc. – faz-nos pensar um pouco sobre a realidade subjacente a esta causa: historicamente todo mundo sabe que o nepotismo nasceu do hábito de alguns Papas que nomeavam os sobrinhos (e também outros parentes), coisa que nos veio como legado da época da colonização e contra a qual se rebelou já a Constituição de 1824, ao instituir a obrigatoriedade do concurso público para, no dizer dos autores e dos historiadores, responder ao “*privilegiamento*” escandaloso na nomeação de servidores públicos.

Considerarei muito significativo que lei de 10 de junho de 1828, no art. 38, com o idêntico propósito de coibir tal distorção administrativa, estatuiu:



“Art. 38. Nenhum Vereador poderá votar em negocio de seu particular interesse, nem dos seus ascendentes, ou descendentes, irmãos, ou cunhados, enquanto durar o cunhadio.” (sic)

Ou seja, desde muito não há dúvida nenhuma de que se trata de prática perniciosa ao interesse público. Não encontrei, salvo em casos isolados de algumas pessoas, ninguém que sustente cuidar-se de orientação proveitosa ao interesse público. Quero admitir, para argumentar, que, na grande maioria dos casos, tais nomeações recaem sobre pessoas de reconhecida competência, mas há largas exceções, e estas bastariam como risco grave à administração pública.

A regra parece ser de favorecer parentes para atender a interesse de cunho pessoal e, portanto, de caráter privado. Isso frustra a escolha dos mais competentes e, pois, o fim público da discricionariedade em prover cargos de confiança. E tem relação direta com a eficiência da administração pública. Há até quem, não negando a perniciosidade da prática, lança mão do argumento de que apenas se deveria exigir lei que a regulasse. Isto é, não chegam sequer a pressupor licitude da prática. Basta, no caso, portanto - ainda que, por suposição, todos os atuais nomeados fossem os mais competentes para exercício dos cargos -, o menor risco de, no futuro, abrir-se exceção a tal suposição, para que não fosse admitida.


A questão poderia discutida à luz de vários princípios constitucionais. Quero limitar-me a um deles, até para retirar certa passionalidade com que a matéria vem sendo tratada pela mídia e por pessoas



diretamente interessadas nas consequências jurídicas da incidência da Resolução. Gostaria de versar a questão à luz de um só princípio explicitado pela vigente Constituição da República: o da impessoalidade.

Registram-se dificuldades teóricas de conceituar e identificar esse princípio, sobretudo pelas vinculações estreitas e afinidades íntimas que mantém com outros princípios constitucionais - igualmente relevantes -, como o da legalidade, o da moralidade, o da igualdade, o da imparcialidade e, até, daquilo que a Constituição, depois da Emenda nº 19, chama de princípio da eficiência – que, a meu ver, não chega a ser sequer um princípio.

Acredito ser possível isolar uma noção estreita do princípio da impessoalidade, até porque de outro modo ficaria sem sentido a referência constitucional aos demais, como se fosse mera remissão com pretensão de sinonímia. O princípio da impessoalidade tem perfil próprio já delineado, com muita clareza, em obra, que, segundo o prefácio de **CAIO TÁCITO**, já nasceu como clássica, “*O Princípio da Impessoalidade*” (RJ-SP, Renovar, 2001), da Profª **LÍVIA MARIA ARMENTANO KOENIGSTEIN ZAGO**, e da qual constam as duas referências históricas a que já me referi e cujos conceitos sintetizo. Aí, como idéia fundamental, o princípio aparece diretamente relacionado com o controle jurídico do exercício do poder político, que, por definição, é mantido sempre por minorias. Esse dado em si justifica a frase lapidar do Prof. **FÁBIO COMPARATO**, em sua conhecida tese de Direito Comercial, mas perfeitamente aplicável ao caso, de que “*mais importante do que a titularidade é o controle do exercício desse poder*”.



As necessidades da administração pública dependem daquilo que **WEBER** denominava a “*dominação burocrática de impessoalidade formalística*”, cujo conteúdo relevava bem com a expressão latina *sine ira et studio*, ou seja, regida pelo dever jurídico estrito de não se deixar guiar, não se deixar conduzir, na tutela da coisa pública, nem por ódio, nem por amor. Nesse sentido, o princípio da impessoalidade está ligado à idéia de eficiência, porque constitui condição ou requisito indispensável da eficiência operacional da administração pública. Mas, a despeito disso, atua sobretudo como limitação ao exercício do poder discricionário de nomear funcionários em cargo de confiança.

Todos sabemos – e não é caso de o relembrar – que o poder discricionário, embora descrito como poder jurídico, na verdade se reduz, em última análise, à categoria de dever jurídico, isto é, o administrador tem de escolher, em determinadas situações, certas condutas de acordo com os princípios do ordenamento jurídico que regula a administração à qual serve. Portanto, tem de assegurar a promoção da finalidade legal dos atos administrativos. O que limita esse poder, garantindo o alcance da satisfação das necessidades e dos interesses públicos, é o princípio da impessoalidade, o qual deve guiar o administrador na escolha dos quadros, não para servir ao que se crê dono do poder, isto é, o chefe, mas para acudir às necessidades da administração pública. Daí, a exigência constitucional, como regra, do concurso público.

A impessoalidade apresenta duas dimensões em relação ao exercício desse poder: diz respeito à titularidade em si e ao exercício do poder



discrecionário, jungido ao interesse público e ao bem comum. Seus traços substanciais estão exatamente nesses dois alcances: primeiro, coibir o exercício do poder voltado a favorecer ou a prejudicar pessoas, e, depois, impedir o personalismo no exercício desse poder mediante atos de promoção pessoal, que a mesma Constituição proíbe de maneira peremptória. Esse princípio, é bom repetir, no primeiro aspecto, sublinha o dever de preenchimento dos cargos públicos *sine ira et studio*, significando vedação de privilégios e, também, de perseguições pessoais. E, no segundo, a autopromoção.

De modo que, Sr. Presidente, não vejo como negar à prática do nepotismo a pecha de ofensa ostensiva ao princípio da impessoalidade, que, como tal, é objeto próprio do exercício do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, acompanho o voto do eminente Relator, concedendo a liminar nos exatos termos em que foi pedida e suspendendo diretamente os atos, tal como foi requerido.

É como voto.



16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

(À revisão de aparte do Sr. Ministro Cezar Peluso).

DEBATES

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Sustento, Ministro Cezar Peluso, que a questão do parentesco definida no Código Civil é para efeitos civis e, aqui, visa-se a vigência absoluta do princípio da impessoalidade. Não teremos a impessoalidade efetiva se deixarmos em aberto – como o Conselho fechou - a possibilidade da nomeação dos chamados parentescos por afinidade; porque a impessoalidade será rompida exatamente por esse caminho.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Entra na mesma **ratio juris**, ou seja, o problema não é de definir quais são os parentes para efeitos civis, mas definir quais aquelas pessoas que, sob a classe de parentela, tendem a ser escolhidas, não por interesse público, mas por interesse de caráter pessoal.

Não faço nenhuma restrição, Senhor Presidente.

16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, também é justo. Se Vossas Excelências entendem que a resolução nada mais fez do que transformar o terceiro grau de parentesco num simples critério de inibição, eu concordo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Há uma relação familiar, ainda que, para os efeitos do Código Civil, não seja chamada de parentesco.



*Supremo Tribunal Federal***AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. CARLOS BRITTO
REQUERENTE(S)	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB
ADVOGADO(A/S)	: LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S)	: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
INTERESSADO(A/S)	: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL - SINDJUS/DF
ADVOGADO(A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO
INTERESSADO(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO(A/S)	: FELIPPE ZERAIK E OUTROS
INTERESSADO(A/S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ADVOGADO(A/S)	: ROBERTO ANTÔNIO BUSATO
INTERESSADO(A/S)	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADVOGADO(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTROS
INTERESSADO(A/S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - FENAJUFE
ADVOGADO(A/S)	: JOSÉ LUIS WAGNER E OUTROS
INTERESSADO(A/S)	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS - ANAMAGES
ADVOGADO(A/S)	: GUSTAVO ALEXANDRE MAGALHÃES E OUTRO

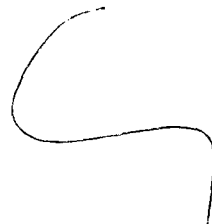
VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

1. Preliminares

1.1. Ironia do destino: A AMB e a ADI nº 913 (contra a Emenda Constitucional nº 03 - que criou a ADC) e ADI 3.367 (contra a Emenda Constitucional nº 45 - que criou o CNJ).

Quando instituída a ação declaratória de constitucionalidade, a Associação dos Magistrados Brasileiros-AMB



ajuizou ação direta afirmando a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 (ADI nº 913, Rel. Min. Moreira Alves).

As principais críticas feitas, à época, à ação declaratória de constitucionalidade, diziam respeito à impossibilidade de este novo instrumento processual compatibilizar-se com o princípio do devido processo legal e seus corolários: ampla defesa e contraditório. Afirmava-se também que a referida ação acabaria por reconhecer à cúpula do Poder Judiciário o papel de legislador positivo, usurpando tal função do Poder Legislativo e, ferindo, desse modo, o princípio da separação dos poderes.

A ADI 913 não foi conhecida, pois o STF entendeu que a AMB não teria legitimidade ativa *ad causam*, por ausência do requisito da pertinência temática (julgamento em 18.8.1993, DJ 5.5.1995).

Recentemente, a mesma AMB ajuizou a ADI nº 3.367 (Rel. Min. Cezar Peluso) contra a Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, alegando a afronta ao princípio da separação de poderes e ao princípio federativo. Neste assunto, a referida ação foi julgada improcedente (em 13.4.2005).

Hoje, a mesma AMB se utiliza da ação declaratória de constitucionalidade, instituto que impugnou, para defender uma resolução do órgão também por ela tachado de inconstitucional. Ironia do destino!

1.2. Existência de controvérsia constitucional relevante

A controvérsia exigida para fins do art. 14, III, da Lei nº 9.868/99 está intimamente relacionada com a finalidade da ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Trata-se, na verdade, do requisito da legitimidade para agir em concreto.

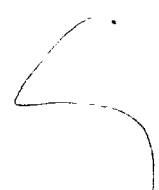
A finalidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade é a preservação da ordem jurídica constitucional, com vistas a afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal.

Buscando, no direito comparado alemão, instituto similar, venho defendendo doutrinariamente que:

"Ao lado do direito de propositura, há de se cogitar aqui, também, de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como consagrada no direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei." (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade - comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 265)

A principal função da ação declaratória de constitucionalidade é transformar a presunção relativa de constitucionalidade (que milita a favor dos atos normativos) em presunção absoluta. Serve, portanto, para afastar o controle difuso e a controvérsia sobre a aplicação de determinada norma no âmbito do Executivo e do Judiciário.

Assim sendo, é evidente que o manejo da referida ação somente se faz necessário quando houver controvérsia ou dúvidas relevantes sobre a constitucionalidade de um determinado preceito, pois de outra forma, não há razão para movimentar a jurisdição constitucional.



A garantia processual oferecida pela ação declaratória de constitucionalidade atua contra a insegurança gerada por aplicações e interpretações contraditórias de um mesmo preceito normativo.

No caso concreto, muito embora não estejam suficientemente registrados, na petição inicial, os dados relativos à repercussão prática do ato normativo em questão (havendo apenas uma notícia de que no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro esse número seria de aproximadamente 90 casos de nepotismo), há que se afirmar uma inequívoca controvérsia gerada pela aplicação da Resolução nº 7/2005 do CNJ no âmbito administrativo dos Tribunais.

A recusa de aplicação da referida Resolução, sob o argumento de que seria necessário que tal questão viesse disciplinada em lei, bem como a generalização de medidas judiciais contra os atos que a fazem valer, poderia nulificar completamente a sua força normativa, colocando em xeque a presunção legalidade/constitucionalidade que milita a favor dos atos administrativos.

Nesse particular, é preciso ressaltar que a ação declaratória revela-se como instrumento adequado para a solução desse impasse jurídico-político, permitindo que o Supremo Tribunal Federal possa manifestar-se sobre questão de relevante interesse nacional, como é o caso do nepotismo, preservando e potencializando princípios constitucionais como a segurança jurídica e a moralidade.

1.3. Competência do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, tem sua competência disciplinada pela Constituição Federal, da seguinte forma, *verbis*:

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:

(...)

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

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

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

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e

determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

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

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

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

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

Os referidos dispositivos, conforme se vê, autorizam expressamente a expedição de atos regulamentares pelo CNJ, no âmbito de sua atuação, estando entre as suas atribuições o dever de observância aos princípios e disposições contidas no art. 37 da Constituição Federal (art. 103-B, §4º, II, da CF/88).

Considerando que a Resolução nº 07/05 foi editada para "disciplinar o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder

Judiciário", sendo dirigida a estes órgãos, não há que se falar em extrapolação, pelo CNJ, da competência que constitucionalmente lhe é deferida.

O Conselho Nacional de Justiça disciplinou e regulamentou a prática administrativa de contratação de parentes (proibindo o nepotismo) para os órgãos sob sua "jurisdição administrativa", utilizando-se de sua prerrogativa constitucional para tanto.

2. Separação de Poderes e ato administrativo - limites do ato administrativo que concretiza a Constituição

No preâmbulo da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, está expresso que, "*nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição federal, compete ao Conselho 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 ao exato cumprimento da lei*".

O cerne da questão, a meu ver, encontra-se nessas considerações preliminares da Resolução, pois nelas está explícito que se trata de um ato administrativo, emanado de órgão constitucional competente, e que busca seu fundamento de validade diretamente na Constituição. Não há, portanto, qualquer ofensa ao princípio da legalidade.

A idéia da submissão da Administração à lei é, hoje, quase óbvia. No entanto, como ensina GARCÍA DE ENTERRÍA¹, é preciso ter cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma

específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que HAURIU chamava de "bloco de legalidade"².

Portanto, quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*, por "lei" deve-se entender o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido na própria Constituição e nas normas dela derivadas.

Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou de princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontologicamente determinada estabelece uma estrita vinculação da Administração Pública. Por exemplo, a regra da anterioridade tributária descrita pelo enunciado normativo do art. 150, III, da Constituição. No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de "livre apreciação" (*freie Ermessen*) ao Poder Administrativo. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art. 37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 12ª Ed. Madrid: Civitas; 2004, p. 441 e ss.

² *Apud* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 12ª Ed. Madrid: Civitas; 2004, p. 441 e ss. Seria possível falar em bloco de "juridicidade" para englobar tanto a lei como a Constituição. Porém, como explica GARCÍA DE ENTERRÍA, esse tipo de "complicação terminológica" torna-se desnecessária uma vez aclarado que o princípio da legalidade faz referência ao ordenamento jurídico como um todo, constituído por leis e princípios gerais da Constituição.

A competência do Conselho Nacional de Justiça está delimitada constitucionalmente pelas regras descritas no art. 103-B e pelos princípios do art. 37 da Constituição. De acordo com o § 4º do art. 103-B, compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe 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.

Como se vê, a Constituição concede ao CNJ poderes discricionários delimitados pelas regras de competência do art. 103-B e pelos princípios do art. 37. Desses poderes discricionários decorrem poderes administrativos "inerentes" ou "implícitos" (*inherent powers, implied powers*)³. Com efeito, quando a Constituição confere ao CNJ a competência de fiscalizar a atuação administrativa do Poder Judiciário e fazer cumprir o art. 37, implicitamente concede os poderes necessários para o exercício eficaz dessa competência. Como ensina GARCÍA DE ENTERRÍA, "todo poder é conferido pela lei como instrumento para a obtenção de uma finalidade específica (pública), que está normalmente implícita"⁴. A Constituição, ao atuar por meio de princípios, determina os fins sem indicar explicitamente os meios.

Se cabe ao CNJ zelar pelo cumprimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, é da sua competência fiscalizar os atos administrativos do Poder Judiciário que violem tais princípios. E não há dúvida de que os atos que impliquem a prática do nepotismo ofendem diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª Ed. Madrid: Civitas; 2004, p. 456.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª Ed. Madrid: Civitas; 2004, p. 462.

Desde seu primeiro incurso na doutrina administrativista de Maurice HAURIOU (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey; 1927), o princípio da moralidade traduz a idéia de que sob o ato jurídico-administrativo deve existir um substrato moral, que se torna essência de sua legitimidade e, em certa medida, condição de sua validade. Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta GORDILLO⁵, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente.

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição do nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRÍA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um "núcleo fixo" (*Begriffkern*) ou "zona de certeza", que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso⁶. *A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.*

Não é de hoje que o nepotismo é uma prática condenada pela sociedade brasileira. A regra da vedação do nepotismo está no Regimento Interno desta Corte, precisamente no art. 357, assim como na Lei Federal nº 9.241/96 (art. 10), na Lei nº 8.112/90 (art. 117, VIII), e em várias unidades da federação já existem normas específicas de proibição das práticas de nepotismo.

Dessa forma, o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma

GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. El Acto Administrativo. 6ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey; 2003, II-27.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª Ed. Madrid: Civitas; 2004, p. 468.

determinada lei, mas por ofensa direta à moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional. Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade. Cabe às autoridades administrativas e, nesse caso, ao CNJ, no cumprimento de seus deveres constitucionais, fazer cumprir os comandos normativos veiculados pelos princípios do art. 37.

Portanto, tenho como acertado o argumento exposto na petição inicial segundo o qual "a Resolução limitou-se a explicitar, de modo declarativo, o que já resultava da normatividade da Constituição". "A Resolução nº 7/05 do CNJ limitou-se a declarar uma obrigação que decorre diretamente do texto constitucional". E, frise-se, o CNJ fê-lo em estrita observância com as decisões legislativas fundamentais já externadas pelo Poder Legislativo, federal ou estadual, no que diz tanto com o repúdio ao "nepotismo" quanto às situações que lhe caracterizam (ou possam caracterizar). Isto pode ser conferido, mesmo que apenas a título referencial, nas Leis federais nº 9.241/96 (art. 10) e 8.112/90 (art. 117, VIII), já antes referidas. Portanto, no que diz com a essencialidade da tomada de posição normativa, inderrogável aos Órgãos Políticos constitucionais - mormente o Poder Legislativo - como elemento indissociável a qualquer legislação em um Estado Democrático de Direito, em nada inovou ou avançou o CNJ na Resolução nº 7/05. Não lhe coube, pois, decidir originariamente se naquelas situações, genericamente consideradas, havia ou não infração aos princípios da moralidade ou da impessoalidade, mas apenas, face a uma definição pressuposta pelo Poder Legislativo, modulá-la às situações concretamente existentes e identificadas na prática do Poder Judiciário de todo o país.

Dessa forma, é forçoso concluir que, estando a Administração Pública e, nesse caso, o CNJ, vinculado diretamente aos comandos constitucionais, e estando as normas respeitantes às questões fundamentais ou essenciais pré-definidas pelo legislador na matéria, não há violação ao princípio da legalidade.

Ademais, a Resolução nº 7/05 veda a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, ou seja, seus efeitos são limitados aos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário. Trata-se, segundo a doutrina administrativista, de um ato administrativo de efeitos "interorgânicos" ou "interadministrativos" (MARIENHOFF, CASSAGNE, LINARES), que decorre da competência constitucionalmente conferida ao CNJ para fiscalizar a atividade administrativa dos órgãos do Poder Judiciário. Portanto, não cria obrigações para particulares e, nesse sentido, não está submetido à reserva de lei. Mais uma vez, não viola o art. 5º, inciso II, da Constituição.

3. O nepotismo e o conceito de parentesco utilizado pela Resolução CNJ nº 7/05

As impugnações judiciais contra a Resolução CNJ nº 7/05 baseiam-se nos seguintes fundamentos:

- a) a Resolução CNJ nº 7/05 adota conceito de "nepotismo" diverso daquele que haveria sido anteriormente adotado por leis federais e estaduais⁷. As diferenças fundamentais

⁷ Por exemplo, a Lei federal nº 9.421/96, que dispôs sobre a estrutura de cargos e remuneração do Poder Judiciário da União e do Distrito Federal e Territórios, que em seu art. 10 assim dispõe, verbis: "No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juizes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras

entre as leis e a resolução estariam nas inclusões, dentre as vedações, do parentesco "por afinidade" e do denominado "nepotismo cruzado";

b) adota conceito de "parentesco" (para tomá-lo como premissa de caracterização das situações de "nepotismo") diverso daquele contemplado na legislação civil (Código Civil, Lei nº 10.406/02, especialmente os arts. 1.591 a 1.595. A diferença fundamental entre a resolução e a legislação civil estaria na consideração como "parentes" do parentesco por afinidade até o terceiro grau).

Sobre estes argumentos, cabe observar:

3.1 - Em termos de considerações gerais:

Como já decidiu esta Corte na ADIN nº 3.367 (Rel. Min. Cezar Peluso), o Poder Judiciário tem caráter nacional e regime orgânico unitário, sendo esta precisamente a premissa maior pela qual não ofende a sua autonomia a instituição de um órgão próprio (interno) à sua estrutura e harmônico à sua composição para o controle administrativo, financeiro e disciplinar de sua atuação administrativa. Este órgão, de natureza igualmente administrativa, mas de *status* político-constitucional, é o Conselho Nacional de Justiça.

Precisamente à vista destas características, pode-se afirmar, primeiro, que, no seu escopo constitucional de competências, a atuação do CNJ dar-se-á "sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais" (art. 103-B, § 4º, inciso III) - ou seja, não substitui, por eliminação, a competência própria

Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade" .

às diversas Cortes de Justiça -, mas também sem que, em outro extremo, esteja ela limitada a alguma função recursal ou revisora desta atuação local: o CNJ, na matéria que lhe é própria, é funcionalmente *primus inter pares*, pois atua nacionalmente e em caráter vinculativo para os Tribunais do país, podendo (e devendo) estes atuar, no exercício daquela competência disciplinar e correccional, sempre que assim autorizado pelo CNJ ou que não seja incompatível com as suas normas, orientações, decisões e determinações.

Ademais, também se pode afirmar, por aquelas mesmas premissas, e especialmente se adicionalmente considerarmos a ausência de competência legislativa geral, de sede constitucional, para a disciplina dos temas próprios ao funcionalismo público (é um dos exemplos clássicos, no nosso modelo, de competência legislativa comum), que a criação do CNJ pela EC nº 45 instituiu no sistema constitucional brasileiro autoridade administrativa - normativa e executória - cuja parametração, repita-se: exclusivamente na matéria que lhe é própria, é nacional e unitariamente impositiva às autoridades judiciárias (em caráter direto) e às demais autoridades do Estado brasileiro (em caráter indireto).

Em outras palavras, no âmbito de sua competência o CNJ atua sobrepondo-se inclusive à legislação não-nacional (ou seja, federal - em sentido estrito -, estadual ou, se for o caso, municipal), e isto:

(a) porque é inerente ao modelo federativo brasileiro que nos temas constitucionalmente reservados à atuação (exclusiva ou concorrente) em âmbito nacional uniforme as normas, orientações, decisões e determinações assim caracterizadas se sobreponham àquelas de âmbito meramente "local" (ou seja, reitere-se, federal - em

sentido estrito -, estadual ou municipal), obviamente sem prejuízo que estas últimas validamente existam porém desde que assim o seja em compatibilidade com o parâmetro nacional (ou na sua inexistência, enquanto esta situação perdurar) e para atender a peculiaridades locais; e

(b) porque a preservação do caráter nacional e do regime orgânico unitário do Poder Judiciário (retorno, aqui, aos conceitos já assentados na ADIN nº 3.367) não permite, ou não deve mais permitir, a existência de disparidades jurídicas locais ou regionais que não se possam justificar pela estrita necessidade de adaptação a peculiaridades locais legítimas e acordes com o interesse público.

Contudo, é igualmente óbvio que o CNJ, na sua atuação, está vinculado, ademais das normas constitucionais e (procedimentalmente) às suas próprias regras de funcionamento, aos conceitos jurídicos previamente estabelecidos na legislação (em sentido formal e estrito) de âmbito nacional, como ocorre, primeiramente, com a Lei Orgânica da Magistratura (art. 93 da CF, ou até o seu advento a Lei Complementar nº 35), e ainda, exemplificativamente e tendo em vista a singularidade da controvérsia aqui analisada, com as regras do Código Civil (Lei nº 10.406/02) relativas à caracterização do parentesco (sangüíneo ou civil) - exemplos similares, no âmbito das competências constitucionais do CNJ, poderia ocorrer com a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) ou com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

3.2. O conceito de parentesco na Resolução CNJ nº 7/05 frente ao Código Civil



Como exposto acima, os atos do CNJ estão necessariamente vinculados, por hierarquia normativa dentro do plano das leis de âmbito nacional, dentre outras à Lei nº 10.406/02, que institui o vigente o Código Civil. Isto não significa dizer que esteja impedido, para determinadas finalidades específicas (por exemplo, em direito administrativo, ou em direito processual), de utilizar-se de conceito de relacionamento familiar ou civil distinto (por supressão ou ampliação) àquele do Código Civil, mas desde que esta reconceituação se faça - aqui sim, precisamente pela inovação que representa - por lei (em sentido formal e estrito).

O Código Civil, especialmente em seus arts. 1.591 a 1.595, define os conceitos próprios à caracterização do parentesco, e não vislumbro aqui qualquer incompatibilidade destas normas com aquelas que compõem a Resolução CNJ nº 7/05. E mais, precisamente de acordo com as premissas antes referidas, as normas desta Resolução devem ser interpretadas à luz das regras do Código Civil.

3.3. O conceito de "nepotismo" na Lei federal nº 9.421/96 e em leis estaduais similares

As razões que apresentei no item 3.1 supra são suficientes para esclarecer a relação entre a Resolução do CNJ (de âmbito nacional, por previsão constitucional e natureza do caráter e do regime orgânico da administração do Poder Judiciário, especialmente após a Emenda Constitucional nº 45), de um lado, e a Lei federal nº 9.421 e leis estaduais similares (em qualquer dos casos, normas não-nacionais), de outro.

Ademais, especificamente no que diz com a Lei federal nº 9.421/96, não vislumbro, a partir da adoção, como premissa de interpretação, da Resolução CNJ nº 7, dos conceitos de parentesco



consagrados no Código Civil (vide item 3.2 supra), as eventualmente alegadas incompatibilidades:

- a) o "parentesco" referido naquela lei deve ser compreendido como também considerando aquele "por afinidade"; e
- b) o "nepotismo cruzado", a que se refere o inciso II do art. 2º da Resolução, é apenas a explicitação de uma situação de eventual burla às suas próprias regras, não configurando uma previsão autônoma; e

4. Princípio Federativo

Igualmente não prospera o argumento de que a regulamentação afronta o princípio federativo. Essa discussão já foi encetada nesta Corte, por ocasião do julgamento da ADI nº 3.367, da relatoria do Min. Cézar Peluso, no qual ficou consignado que o Conselho Nacional de Justiça "não anula o pacto federativo, mas o reafirma". Colho trechos do voto do Min. Cézar Peluso, que são elucidativos, *verbis*:

"Por outro lado, a competência do Conselho para expedir atos regulamentares destina-se, por definição mesma de regulamento heterônomo, a fixar diretrizes para execução dos seus próprios atos, praticados nos limites de seus poderes constitucionais, como consta, aliás, do art. 103-B, § 4º, I, onde se lê: "no âmbito de sua competência". A mesma coisa é de dizer-se a respeito do poder de iniciativa de propostas ao Congresso Nacional (art. 103-B, § 4º, inc. VII).

Como consectário do princípio da unidade do Judiciário como Poder nacional, o Conselho recebeu ainda competência de reexame dos atos administrativos dos órgãos judiciais inferiores, ou seja, o poder de controle interno da constitucionalidade e legitimidade desses atos. Ora, tal competência em nada conflita com as competências de controle exterior e posterior, atribuídas ao Legislativo e aos tribunais de contas. E o argumento vale para todos os atos de autogoverno, cujo poder não é

subtraído, mas cujo exercício é submetido a processo de aperfeiçoamento mediante revisão eventual de órgão superior.

(...)

A esse paradigma pode também reconduzir-se a instituição do Conselho, que, sob a rubrica das atribuições inerentes ao poder de controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário (art. 103-B, § 4º), assume o dever jurídico de diagnosticar problemas, planejar políticas e formular projetos, com vistas ao aprimoramento da organização judiciária e da prestação jurisdicional, em todos os níveis, como exigência da própria feição difusa da estrutura do Poder nas teias do pacto federativo. Como já acentuamos, somente um órgão de dimensão nacional e de competências centralizadas pode, sob tais aspectos, responder aos desafios da modernidade e às deficiências oriundas de visões e práticas fragmentárias na administração do Poder.

O Conselho não anula, antes reafirma o princípio federativo." (voto do Min. Peluso na ADI 3367 -pendente de revisão)

5. Efeitos da decisão cautelar em ADC

A medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade objetiva paralisar o julgamento, em instâncias inferiores, dos processos que envolvem a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até o seu julgamento definitivo.

Na presente ação declaratória de constitucionalidade o pedido foi formulado nos seguintes termos:

" Assim, por tais razões, e com fundamento no art. 21 da Lei nº 9.868/99, a requerente pede que essa Eg. Corte defira de imediato medida cautelar com eficácia erga omnes e efeitos vinculantes para o fim de:

(i) determinar que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da Resolução nº 7/05 do CNJ até o julgamento definitivo da presente ação, ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão, a qualquer título, que impeça ou afaste a eficácia da Resolução em questão; e

(ii) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação da Resolução nº 7/05 do CNJ."

No caso dos autos, não basta a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da Resolução nº 07/05. Para que a presente cautelar alcance os efeitos necessários ao asseguramento de sua autoridade, torna-se imperioso suspender, com eficácia *ex tunc*, e com efeito vinculante, os efeitos de quaisquer decisões que tenham afastado ou deixado de cumprir a Resolução nº 07/05.

O art. 11, §1º, da Lei 9.868/99, cuja aplicação também pode se dar em ADC, tendo em vista constituírem ações de mesma natureza, apenas com o "sinal trocado" - como tenho defendido - permite a concessão da liminar com eficácia retroativa.

Na ADC nº 09, nos termos em que assentada a decisão, seguindo o voto da Min. Ellen Gracie, como relatora designada para o acórdão, a medida liminar foi concedida para "suspender, com eficácia *ex tunc*, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos arts. 14 a 18 da MP 2152-2/2001."

Diante do exposto, **voto pelo deferimento da medida cautelar**, tal qual formulado no pedido inicial da ADC.

16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

A Senhora Ministra Ellen Gracie – O art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, que foi introduzido pela EC 45/04, dispõe que compete ao Conselho Nacional de Justiça realizar o **controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário** e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Conforme sustentei no voto que proferi no julgamento da ADI 3.367, de que foi relator o eminente Ministro Cezar Peluso, o alcance desse termo “controle”, utilizado, pela Constituição, para definir a finalidade primária desse novo órgão do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A), não está adstrito ao sentido de fiscalização, monitoramento ou acompanhamento. Ele é bem mais amplo.

A indiscutível força interventiva do Conselho Nacional de Justiça sobre a atividade administrativa exercida no âmbito do Poder Judiciário é confirmada, segundo me parece, pelo significativo rol de competências previstas nos sete incisos do referido § 4º do art. 103-B, podendo o Conselho, entre outras ações, expedir atos regulamentares, apreciar e desconstituir atos administrativos, avocar processos disciplinares em curso, aplicar sanções administrativas e apresentar representações criminais perante o Ministério Público.

2. Nesta extensa gama de atribuições destaca-se, no que diz respeito ao deslinde do caso em análise, a expressa incumbência conferida ao Conselho de **zelar** pela observação do art. 37 da Constituição Federal (CF, art. 103-B, § 4º, II), dispositivo em que estão proclamados “*os princípios constitucionais essenciais para a probidade e transparência na gestão da coisa pública*”.¹ Foi portanto no estrito exercício dessa **atividade de verificação ou guarda da própria constitucionalidade** dos atos administrativos expedidos pelos tribunais que o Conselho Nacional de Justiça, ao considerar a nomeação de parentes por magistrados uma conduta atentatória ao princípio da moralidade (CF, art. 37, *caput*), resolveu editar a Resolução 7/2005 que examinamos.

¹ Alexandre de Moraes. “Direito Constitucional Administrativo”. São Paulo, Atlas, 2002, fl. 98.

Nas discussões sobre a viabilidade dessa iniciativa, ocorridas no julgamento conjunto dos Procedimentos de Controle Administrativo 15 e 18/2005 do Conselho, prevaleceu entendimento que, ao meu ver, acertadamente, conferiu ao princípio da moralidade o mesmo patamar de dignidade constitucional e a mesma plena eficácia atribuída aos demais princípios insertos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, notadamente, ao princípio da legalidade.

3. Além disso, a idéia de que a coibição da nomeação de parentes por magistrados deveria ser feita de maneira descentralizada, correspondente a cada uma das esferas do Poder, como reflete, por exemplo, a Lei 9.421, de 24.12.96, no âmbito federal², foi superada, assim entendo, pelo surgimento exatamente desse novo órgão de superposição, de âmbito nacional, e que é fruto da atividade do poder constituinte derivado. Ele fortaleceu, ainda mais, a noção já estampada na Constituição Federal de que a configuração básica do Judiciário brasileiro possui fortes contornos de unicidade, não representando, as Justiças Estaduais, Poderes Judiciários estanques e paralelos, mas órgãos de um único Poder Judiciário, conforme disposto no art. 92 da Constituição Federal.

4. No tocante à questão do nepotismo como uma das formas mais visíveis de ofensa ao princípio da moralidade administrativa, destaco, do substancial julgamento cautelar da ADI 1.521, rel. Min. Marco Aurélio, trecho do voto do eminente Ministro Celso de Mello, que asseverou, naquela ocasião, que “*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*”. Prossegue, S. Ex.a., afirmando que “*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*”.

Destaco, também, daquele julgamento, manifestação do eminente Ministro Maurício Corrêa, que celebrou o exemplar pioneirismo desta Corte, ao fazer incluir, no seu Regimento Interno, norma proibitória de nomeação de parentes para cargo em comissão ou função gratificada em Secretaria ou Gabinete, de cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer um dos Ministros em atividade (arts. 355, § 7º e 357, par. único, do RISTF). Eu acrescento, e

² Lei 9.421/96, “que cria as carreiras dos servidores do Poder Judiciário, fixa os valores de sua remuneração e dá outras providências”. Art. 10, “No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juizes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade.”

ADC 12-MC / DF

com satisfação, que esse exemplo foi seguido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que tive a honra de integrar, que ao redigir o seu próprio Regimento Interno acrescentou-lhe norma idêntica.

5. São essas, Senhor Presidente, as breves considerações que acrescento aos bem lançados votos para, na linha do eminente Relator, **deferir** o pedido de medida cautelar.

A handwritten signature in black ink, appearing to be "Emílio", followed by a horizontal line.

16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL**ADITAMENTO AO VOTO**

A Sra. Ministra Ellen Gracie - Sr. Presidente, creio que hoje o Tribunal dá mais uma contribuição importante na direção da construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito ao afastar, como se encaminha a votação, uma prática de natureza aristocrática cujas origens podem ser encontradas nas nossas raízes coloniais. O Tribunal reafirma, portanto, o princípio da igualdade ao rejeitar que seja o berço, não o mérito pessoal o fator determinante de acesso aos cargos públicos.

Tomei algumas observações e vou pedir a juntada desse voto – pouco há a acrescentar aos brilhantes votos do eminente Relator e dos colegas que o acompanharam – mas gostaria apenas de mencionar, e com satisfação, que a orientação agora adotada pelo CNJ e que, antes disso já era norma regimental deste Tribunal, foi o modelo seguido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que tive a honra de integrar. Aquela Corte, ao redigir o seu próprio Regimento Interno, reproduziu exatamente esta mesma norma.



O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) – Essa norma, inclusive, é anterior à Constituição de 88. É a Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985, em que o Supremo Tribunal Federal vedou o nepotismo interno.

A Sra. Ministra Ellen Gracie - Sr. Presidente, são essas as brevíssimas considerações que acrescento aos bem-lançados votos para, na linha do eminente Relator, deferir o pedido de medida cautelar.



16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

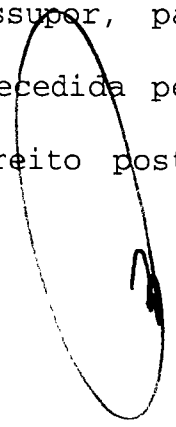
MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, aos apressados, em termos de conclusão, recomendo a leitura do voto que proferi ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521-4/RS, atentando para o enquadramento que dei ao famigerado nepotismo ante o texto da Constituição Federal.

Creio que os colegas que me antecederam estão e estiveram, nos votos prolatados, calcados na classificação do ato do Conselho Nacional de Justiça como normativo abstrato - pediria a confirmação, já que os colegas o acompanharam, do ministro Carlos Ayres Britto.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Isso. Avancei os atributos da impessoalidade, da generalidade, da abstratividade e a força de esse ato inovar imediatamente a ordem jurídica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Há coerência, Senhor Presidente, nos votos proferidos. Não me canso de proclamar que processo, quer tenha regência na Constituição Federal, quer na legislação comum, é, acima de tudo, liberdade a pressupor, para existir em seu sentido maior, a segurança jurídica antecédida pelo direito posto e, acima de tudo, pelo respeito ao direito posto, pouco importando o objetivo visado.




ADC 12-MC / DF

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que se paga um preço, para mim, módico: a observância irrestrita ao que compõe o ordenamento jurídico e, especialmente, o ordenamento jurídico retratado em nossa Lei Fundamental.

A ação declaratória de constitucionalidade - tal como a irmã gêmea, a ação direta de inconstitucionalidade - pressupõe, conforme está na Carta da República, um ato normativo abstrato. Vale dizer, se o caso concreto não revela um ato normativo abstrato, não é dado, em se tratando de ação declaratória de constitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade, admitir validamente a existência do processo objetivo.

É pleiteada uma liminar, diria, de contornos maiores - e, assim, os que até aqui votaram a deferem -, em que simplesmente se afasta do cenário nacional a jurisdição. Mais do que isso: suspendem-se atos jurisdicionais já formalizados que, de início, considerado o sistema processual, são passíveis de impugnação mediante remédios próprios. Vai-se além para colocar em segundo plano uma garantia constitucional básica, a do livre acesso ao Poder Judiciário, a qual decorre do disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Carta de 1988. Sim, equivale a afastar da apreciação do Poder Judiciário assentar, numa proclamação que já não será mais passível de revisão - porque formalizada na pirâmide do Poder Judiciário brasileiro e não existe órgão acima desta Corte -, que os magistrados devem decidir desta ou daquela forma, que os magistrados

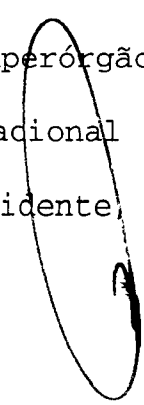


ADC 12-MC / DF

estão impossibilitados de, uma vez ajuizada a ação que se entenda cabível, pertinente, virem a acionar poder insito à jurisdição: o poder de cautela.

Senhor Presidente, não vejo base na Lei Fundamental para chegar-se a tanto. Sem pretender discutir que, ao contrário do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade, em que o legislador constituinte de 1988, para proteger a Carta da ofensa pela norma ordinária, previu a liminar, não há essa mesma disposição - e daí ter-se parâmetros, para mim, extravagantes quanto às liminares - relativamente à ação declaratória de constitucionalidade. Mesmo porque, observado o objeto desse processo, restaria concluir que a liminar seria o meio para lograr-se a concretude, a eficácia da norma no território nacional. E é evidente que a norma surte efeitos independentemente do pronunciamento no controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal via a declaratória em exame.

Assentado, como a maioria o faz, o caráter normativo abstrato da Resolução do Conselho Nacional de Justiça, cumpre, para chegar-se a uma liminar de extensão tão grande como a anunciada pelo relator, perquirir-se, ante a Emenda Constitucional nº 45/2004, se foi atribuída a esse Órgão - o qual aponte, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF, como um superórgão - a competência legiferante, ou seja, se o Conselho Nacional de Justiça possui, ou não, poder normativo. Para mim, Presidente, em



ADC 12-MC / DF

bom vernáculo, está revelado no § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal que o Órgão não tem poder normativo.

Dispõe o referido parágrafo:

Art. 103-B [...]

[...]

"§ 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:" - aqui a norma cinge-se ao campo administrativo.

"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;" - isso em termos de controle;

"III- receber e conhecer das reclamações ..." - julgando-as.

"IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;" - ou do conhecimento de qualquer outro crime, segundo o Código de Processo Penal.

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

VI- elaborar semestralmente relatório...;

VII - elaborar relatório anual,...".

Onde há base constitucional para o Conselho Nacional de Justiça normatizar de forma abstrata, substituindo-se ao Congresso? Não encontro, Senhor Presidente, por mais que queira ver

ADC 12-MC / DF

a atuação profícua desse mesmo Conselho, base para afirmar que tem ele o poder, como disse, normativo.

Se se entende o ato como simplesmente decorrente de uma interpretação da Constituição Federal, como está inclusive nas considerandas, chego à conclusão de que a situação concreta não desafia o controle concentrado de constitucionalidade. Se, simplesmente, regulamentou-se, sem inserir no cenário jurídico normatização nova - e o Supremo assentou que o denominado nepotismo não se coaduna com a Carta de 1988 ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521-4/RS -, sendo pacífica a jurisprudência do Tribunal, não cabe o controle concentrado de constitucionalidade.

Como posso, então, no campo da criatividade, talvez ímpar, chegar à concessão, neste processo, de medida acauteladora para, simplesmente, consignar a harmonia do ato do Conselho com a Lei Fundamental? Medida acauteladora mais linear, mais extensa, alcançando a interferência direta junto ao juiz natural de causas ajuizadas? É essa a dificuldade que surge; é esse o dilema que devo equacionar para pronunciar-me sem fechar a própria Constituição Federal e sem abandonar o convencimento que tenho sobre o alcance desse mesmo Diploma Maior.

Se o Conselho Nacional de Justiça, como proclamado pelos integrantes da Corte que me antecederam, legislou - e a ação declaratória é uma ação de mão dupla, tanto é possível chegar-se à

ADC 12-MC / DF

declaração de constitucionalidade como também à declaração de inconstitucionalidade -, ele o fez totalmente à margem das atribuições previstas, de forma exaustiva, na Constituição Federal. E não posso, estou impossibilitado de - muito embora o pronunciamento viesse a conferir envergadura maior à Resolução do Conselho Nacional de Justiça -, ante essa premissa, deferir uma liminar que acabe potencializando, a mais não poder, a Resolução do Conselho.

Por isso, Presidente, reportando-me mais uma vez, até mesmo para afastar maledicências, ao voto cáustico, com tintas fortes, que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521-4/RS - que, inclusive, rendeu-me inimizades -, peço vênias para, nesse primeiro passo - poderia até cogitar de uma liminar negativa, já que a ação é de mão dupla; poderia cogitar, até mesmo, de uma providência precária e efêmera, visando a suspender o ato do Conselho, mas não vou chegar a tanto -, ater-me ao pedido formulado e, no cotejo desse pedido, dos parâmetros da ação, com a Constituição Federal, concluir que o Conselho não tem poder normativo e indeferir a medida acauteladora.

É como voto.

Supremo Tribunal Federal

16/02/2006


TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, apenas para ressaltar mais uma vez que o meu voto se fez alicerçado na matéria instrumental, no que, de início, afasto a possibilidade de se cogitar da ação declaratória de constitucionalidade para impugnar um ato administrativo ou simplesmente regulamentar.

Presente o que os colegas consignaram quanto ao caráter abstrato, normativo e autônomo do ato, deixei de deferir a liminar, porquanto tenho presente, em que pese à maioria formada, que a Constituição não deu ao Conselho Nacional de Justiça o poder normativo. Para evitar qualquer dúvida a respeito, farei transcrever, no voto, a primeira parte daquele que proferi na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521-4/RS:

Tênuas têm sido as iniciativas objetivando coibir abusos notados no preenchimento de cargos em comissão: por vezes, são parentes de autoridades do primeiro escalão que efetuem concurso público para ocupação de cargos de menor importância, inclusive os situados na base da pirâmide hierárquica, para, a seguir, à mercê de apadrinhamento revelador de nepotismo, chegarem a cargos de maior ascendência, quer sob o ângulo da atividade desenvolvida, quer considerada a remuneração; outras vezes, ocorre a nomeação direta para o cargo em comissão, surgindo, com isso, em detrimento do quadro funcional que prestou concurso, aqueles que se diferenciam, em dose elevada, pelo chamado "QI" (sigla irônica que resume a expressão "quem indica"). A origem dessa situação é remota, com raízes fincadas no período da colonização. A par desse aspecto, tem-se ainda o desvirtuamento das próprias funções, de vez não raro dá-se a investidura para o exercício de funções que, na realidade, não se fazem compatíveis com a nomeação para cargos em comissão.



Supremo Tribunal Federal

ADC 12-MC / DF

A Carta de 1988 homenageia, com tintas fortes, o princípio isonômico. Além da regra geral do artigo 5º, tem-se ainda a específica, reveladora de que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, devendo a investidura, excetuada a hipótese de cargo em comissão assim declarado em lei, ser precedida do concurso público de provas e de provas e títulos. A cultura brasileira conduziu o Constituinte de 1988 a inserir, relativamente à administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, na abertura do capítulo próprio (Da Administração Pública), a obrigatória observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Inegavelmente, o Constituinte voltou-se para o campo pedagógico, atento à realidade nacional, quantas e quantas vezes eivada de distorções.

A apreciação da liminar buscada pela Procuradoria Geral da República, no que se mostrou sensível ao inconformismo daqueles que representaram objetivando o ajuizamento desta ação direta de inconstitucionalidade, não pode resultar no deferimento com a extensão pleiteada, a menos que se olvide o grande sistema em que se consubstancia a Carta vigente, com o afastamento dos princípios explícitos e implícitos nela contidos, da extravagância notada no serviço público quando, até mesmo diante de vencimentos achatados, busca-se compensação via a chamada "renda familiar".

Senhor Presidente, embora sem querer enveredar os caminhos do moralismo barato, pondero ser necessária uma reflexão mais profunda sobre o sentido ético que lastreia normas deste quilate. As primeiras perguntas a serem feitas dizem com a razão de ser e o momento em que vêm à balha proposições normativas como a examinada. Pois bem, não há mesmo como olvidar as radicais transformações por que passa o Brasil. Colhemos os frutos benfazejos da democracia madura. E esperamos muito tempo por isso. O povo brasileiro já não tateia, mergulhado nas trevas da ignorância e conseqüente subserviência, em busca da mão ditadora e assistencialista. Procura, sim, firmeza na condução da nau, sem despotismo, porém. O brasileiro de hoje não mais implora pelo seus naturais direitos, exige-os.

É esse o contexto no qual exsurgem as leis que, em última instância, indo ao encontro do anseio popular pela afirmação definitiva da moralidade como princípio norteador das instituições públicas, atuam como diques à contenção da ancestral ambição humana. A um só tempo, mediante normas desse feitio, presta-se homenagem à justiça, na mais basilar acepção do termo, permitindo-se a quem de direito alcançar o patamar pelo qual pagou o preço do esforço, da dedicação e da competência. Por outro lado, usando da cartilha dos diletantes do Neoliberalismo, tão em voga nas altas esferas dirigentes do País, cabe lembrar que o mérito é a fórmula eficiente para chegar-se à qualidade total desejada aos serviços públicos, ditos essenciais. Ora, como é possível compatibilizar tais assertivas com a possibilidade de nomeação de parentes próximos para ocupar importantes - e até estratégicos - cargos de direção nas repartições públicas comandadas pelo protetor?

Supremo Tribunal Federal

ADC 12-MC / DF

Ressalvo que de modo algum estou a menosprezar a capacidade desse ou daquele indicado. A ênfase é outra: cuida-se aqui de evitar facilidades óbvias, bem ao gosto das medidas profiláticas. Até porque quem merece não precisa de favores: quem faz por onde insiste, faz questão de demonstrar a que veio, num ritual típico da vaidade humana, buscando cargos elevados em entidades públicas onde parente próximo não possui influência maior.

A partir dessas premissas, analiso as matérias evocadas pela ordem natural que ocupam no cenário jurídico. Princípio, assim, pelo alegado vício de forma, lançando idéias que nortearão a abordagem relativa às diversas disposições atacadas.

Ao primeiro exame, a norma insculpida no § 1º do artigo 61 da Carta Federal, mais precisamente na alínea "a" do inciso II, há que ter alcance perquirido sem apego exacerbado à literalidade. É certo que são da iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, ou aumento de sua remuneração, exsurgindo do artigo 96, inciso I, alínea "b", regra semelhante abrangendo o Judiciário e, em relação ao Ministério Público, o disposto no § 2º do artigo 127, também em idêntico sentido, ou seja, versando, de um modo geral, sobre a iniciativa própria para a criação de cargos e correlatas disciplinas. Evidentemente, está-se diante de preceitos jungidos à atividade normativa ordinária, não alcançando o campo constitucional, porquanto envolvidos aqui interesses do Estado de envergadura maior e, acima de tudo, da necessidade de se ter, no tocante a certas matérias, trato abrangente a alcançar, indistintamente, os três Poderes da República. Assim o é quanto ao tema em discussão. Com a Emenda Constitucional nº 12 à Carta do Rio Grande do Sul, rendeu-se homenagem aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da isonomia e do concurso público obrigatório, em sua acepção maior. Enfim, atuou-se na preservação da própria *res publica*. A vedação de contratação de parentes para cargos comissionados - por sinal a abranger, na espécie, apenas os cônjuges, companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção até o segundo grau (pais, filhos e irmãos) - a fim de prestarem serviços justamente onde o integrante familiar despontou e assumiu cargo de grande prestígio, mostra-se como procedimento inibidor da prática de atos da maior repercussão. Cuida-se, portanto, de matéria que se revela merecedora de tratamento jurídico único - artigo 39 da Carta de 1988, a abranger os três Poderes, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo, deixando-se de ter a admissão de servidores públicos conforme a maior ou menor fidelidade do Poder aos princípios básicos decorrentes da Constituição Federal. Digo mesmo que a iniciativa do Estado do Rio Grande do Sul salta aos olhos como reflexo, como sinal dos novos ares do atual momento brasileiro, angariando simpatia suficiente a que seja dada à questão tratamento linear, a abranger, no campo da proibição, atos que, em última análise, em visão desassombrada, decorram da atuação apaixonada, direta ou indireta, do Governador, do Vice-Governador, do Procurador-Geral do Estado, do Defensor Público

Geral do Estado e dos Secretários de Estado, ou titulares de cargos que lhes sejam equiparados no âmbito da administração direta do Poder Executivo; dos Desembargadores e Juizes de Segundo Grau, no âmbito do Poder Judiciário; dos Deputados Estaduais, no âmbito da Assembléia Legislativa; dos Procuradores de Justiça, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça; dos Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiros, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado; dos Presidentes, Diretores-Gerais, ou titulares de cargos equivalentes, e dos Vice-Presidentes ou equivalentes, no âmbito da respectiva autarquia, fundação instituída ou mantida pelo poder público, empresa pública ou sociedade de economia mista. Depreende-se do texto do artigo 1º, § 5º, da Emenda Constitucional nº 12, de 13 de dezembro de 1995, que, na espécie, dispôs-se de forma setorizada, afastando-se apenas a nomeação dos citados parentes nas áreas de influência das autoridades mencionadas. Aliás, cabe aqui o registro de uma curiosidade. Ao que parece, tudo teve início com sugestão de emenda constitucional oriunda do próprio Judiciário do Rio Grande do Sul, que tenho como um dos melhores do País. De acordo com aquela proposta, chegar-se-ia a alcançar a vedação no tocante "não só o Poder, órgão ou serviço a que pertençam os titulares referidos, em atividade ou afastados há menos de cinco anos, mas todos os Poderes, órgãos ou serviços mencionados no artigo anterior". Em síntese, consoante o embrião da Emenda, não se teria a possibilidade da chamada troca de nomeações entre dirigentes de órgãos, mera cortina visando a afastar a evidência da transgressão aos princípios isonômicos, da moralidade e da impessoalidade. Ademais, a proibição estendia-se até o terceiro grau. Todavia, cogitava-se somente da impossibilidade de nomeações, abrindo-se brecha assim à confortável interpretação de que a eficácia da norma seria para o futuro, não alcançando aqueles que já estivessem prestando serviços e, portanto, não abrangendo o próprio exercício. Por hora, no campo próprio reservado ao Supremo Tribunal Federal, ou seja, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, quando se tem o aspecto político-constitucional como da maior relevância, é suficiente dizer-se que o tema tratado é merecedor da inserção na Lei Maior do Estado, porque implícitas as diretrizes básicas da Carta Federal. Se de um lado não consta desta preceito semelhante, de outro compõe um grande todo que, interpretado, é conducente a concluir-se, ao menos neste primeiro exame, pela ausência de incompatibilidade. Sob o prisma da forma, com algumas pinceladas quanto ao fundo, e ressaltando, mais uma vez, o passo que foi dado pelo Estado do Rio Grande do Sul a repercutir, quem sabe, além das respectivas fronteiras geográficas, tenho que não cabe deferir a liminar.

É como voto na espécie dos autos, pedindo o destaque da votação em face da prejudicialidade da matéria no tocante ao que mais está articulado na inicial. Saliento que, sobre o tema, inexistente qualquer precedente específico da Corte. Os mencionados na inicial, da lavra do Ministro Ilmar Galvão, mostram-se, ao que tudo indica, ligados a peculiaridades da disciplina do serviço público que, por merecerem tal nomenclatura, devem ficar a cargo do legislador ordinário, a atuar em campo de flexibilidade maior, sempre atento aos interesses públicos, sem que colocada em risco a almejada unidade de tratamento.

16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo que o Conselho Nacional de Justiça **dispõe** de competência constitucional **para formular**, de modo inteiramente legítimo, **a resolução** cuja constitucionalidade se busca confirmar nesta sede de controle normativo abstrato.

Na realidade, a Resolução CNJ nº 07/2005 **traduz** **emanação direta** do que prescreve **a própria** Constituição da República, **considerados**, notadamente, para esse efeito, **além da regra de competência** fundada no artigo 103-B, § 4º, inciso II, do texto constitucional, **os postulados** da impessoalidade e da moralidade **que representam valores essenciais** na conformação das atividades do poder.

Sabemos todos que a atividade estatal, **qualquer** que seja o domínio institucional de sua incidência, **está necessariamente subordinada** à observância de parâmetros ético-jurídicos **que se refletem** na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, **que se qualifica** como valor constitucional **impregnado** de substrato ético e **erigido** à condição de vetor fundamental no



processo de poder, **condicionando**, de modo estrito, **o exercício**, pelo Estado **e** por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. **Esse postulado**, que rege a atuação do Poder Público, **confere substância e dá expressão** a uma pauta de valores éticos, **nos quais** se funda a própria ordem positiva do Estado.

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, **ao impor limitações** ao exercício do poder estatal, **legitima o controle** de todos os atos do poder público **que transgridam** os valores éticos **que devem pautar** o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, **não importando** em que instância de poder eles se situem.

Na realidade - e especialmente **a partir** da Constituição republicana de 1988 -, a **estrita** observância do postulado da moralidade administrativa **passou a qualificar-se como pressuposto de validade** dos atos que, **fundados** ou não em competência discricionária, **tenham emanado** de autoridade **ou** órgãos do Poder Público, **consoante proclama** autorizado magistério doutrinário (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, "O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa", 2ª ed., 1993, Genesis; ALEXANDRE DE MORAES, "Direito Constitucional", p. 284, item n. 2.3, 3ª ed., 1998, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 132/134, 2ª ed., 1995, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

ADC 12-MC / DF

"Curso de Direito Administrativo", p. 412/414, itens ns. 14/16, 4ª ed., 1993, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 83/85, 17ª ed., 1992, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, "Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988", p. 116/118, item n. 2.5, 1991, Atlas, v.g.).

Cabe lembrar, neste ponto, Senhor Presidente, o alto significado que o princípio da moralidade assume, em nosso sistema constitucional, tal como esta Suprema Corte já teve o ensejo de enfatizar:

"O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO - CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS.

- A atividade estatal, **qualquer** que seja o domínio institucional de sua incidência, **está necessariamente subordinada** à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, **que rege** a atuação do Poder Público, **confere substância e dá expressão** a uma pauta de valores éticos sobre os quais se **funda** a ordem positiva do Estado.

O princípio constitucional da moralidade administrativa, **ao impor limitações** ao exercício do poder estatal, **legitima** o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público **que transgridam** os valores éticos **que devem** pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...)."

(RTJ 182/525-526, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)



A prática do nepotismo, tal como **corretamente** repelida pela Resolução CNJ nº 07/2005, **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*".

Também não vislumbro, de outro lado, Senhor Presidente, **na linha do que acentuado** pelo eminente Relator, **a ocorrência de qualquer transgressão** ao postulado da separação de Poderes **e** ao princípio federativo, **tal como esta Corte** já acentuara, **quando do julgamento da ADI 3.367/DF**, de que foi Relator o Ministro CEZAR PELUSO, **em decisão que reconheceu** - considerados os lineamentos constitucionais **que definem** a organização do Conselho Nacional de Justiça - **tratar-se** de órgão posicionado **na própria** estrutura institucional do Poder Judiciário, **projetando-se**, em consequência, **como este**, em uma dimensão de caráter nacional, **achando-se investido**, constitucionalmente, de atribuições **que lhe conferem** a prerrogativa de exercer, **mediante** deliberações tópicas, poderes normativos cuja gênese emana, **diretamente**, do próprio texto da Constituição, **permitindo-lhe**, desse modo, o controle legítimo da atividade administrativa **e** financeira do Poder Judiciário.



Trata-se, pois, de atribuição cuja legitimidade jurídica **traduz** expressão que deriva, **de modo direto**, do próprio texto da Lei Fundamental **e que encontra**, na Constituição, o seu fundamento de validade **e de eficácia**.

Esta Suprema Corte, Senhor Presidente, **ao manter** a Resolução CNJ nº 07/2005, **confirmando-lhe** a plena legitimidade **e** integral eficácia, **nada mais** estará fazendo **senão preservar a força normativa** da Constituição da República **resultante** da indiscutível supremacia, formal e material, **de que se revestem** as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas **em face** de sua precedência, de sua autoridade **e** de seu grau hierárquico.

Vale referir, neste ponto, **que a discussão** das questões suscitadas **nesta** sede de fiscalização normativa abstrata **permite**, a esta Suprema Corte, **elaborar - como é típico** dos Tribunais Constitucionais - **a construção** de um significado mais amplo em torno do conceito de Constituição, **considerando**, para esse efeito, **não apenas** os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados no documento formal que consubstancia o texto escrito da Carta Política, **mas reconhecendo**, por igualmente relevantes, **em face de sua transcendência mesma**, os valores de caráter suprapositivo, os



ADC 12-MC / DF

princípios éticos e o próprio espírito que informam e dão sentido e razão à Lei Fundamental do Estado.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, **e para além** de uma perspectiva **meramente** reducionista, **veio a proclamar**, distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico, **que a Constituição da República**, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela **formalmente** positivados, **há de ser também entendida** em função do próprio espírito que a anima, **afastando-se**, desse modo, **de uma concepção impregnada** de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657).

Tratando-se de fiscalização normativa abstrata, a questão pertinente **à noção conceitual de parametricidade** - vale dizer, **do atributo** que permite outorgar, à cláusula constitucional, a qualidade de **paradigma de controle** - **desempenha** papel de **fundamental** importância **na admissibilidade**, ou não, da própria ação direta (ou da ação declaratória de constitucionalidade, **como na espécie**), consoante já enfatizado pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal (RTJ 176/1019-1020, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Isso significa, portanto, **que a idéia de inconstitucionalidade** (ou de constitucionalidade), **por encerrar um**

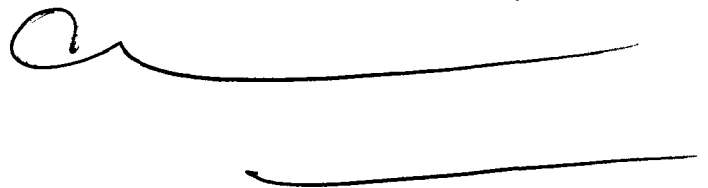


ADC 12-MC / DF

conceito de relação (JORGE MIRANDA, "**Manual de Direito Constitucional**", tomo II, p. 273/274, item n. 69, 2ª ed., Coimbra Editora Limitada) - **que supõe**, por isso mesmo, o exame da compatibilidade vertical de um ato, dotado de **menor** hierarquia, **com aquele** que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia - **torna essencial**, para esse **específico** efeito, **a identificação do parâmetro de confronto**, que se destina a possibilitar a verificação, "*in abstracto*", da legitimidade constitucional de certa regra de direito positivo, **a ser necessariamente cotejada** em face da cláusula invocada como referência paradigmática.

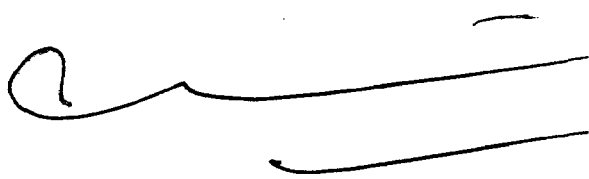
A busca do paradigma de confronto, portanto, **significa**, em última análise, **a procura** de um padrão de cotejo, que, **ainda em regime de vigência temporal**, permita, ao intérprete, **o exame da fidelidade hierárquico-normativa** de determinado ato estatal **contestado** em face da Constituição.

Põe-se em evidência, desse modo, **o elemento conceitual**, que consiste **na determinação da própria idéia** de Constituição **e na definição** das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência.



É por tal motivo que os tratadistas - **consoante observa** JORGE XIFRA HERAS ("Curso de Derecho Constitucional", p. 43) -, **em vez** de formularem **um** conceito único de Constituição, **costumam referir-se a uma pluralidade** de acepções, **dando ensejo** à elaboração teórica do conceito de **bloco de constitucionalidade** (ou de parâmetro constitucional), **cujo significado - revestido** de maior ou de menor abrangência material - **projeta-se**, tal seja o sentido que se lhe dê, **para além da totalidade** das regras constitucionais **meramente** escritas **e** dos princípios contemplados, **explicita ou implicitamente**, **no corpo normativo** da própria Constituição formal, **chegando**, até mesmo, **a compreender normas de caráter infraconstitucional**, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, **viabilizando**, desse modo, **e em função** de perspectivas conceituais **mais amplas**, a concretização da idéia de ordem constitucional global.

Sob tal perspectiva, que acolhe **conceitos múltiplos** de Constituição, **pluraliza-se** a noção mesma de **constitucionalidade/** **/inconstitucionalidade**, em decorrência de formulações teóricas, **matizadas** por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - **quer** elastecendo-as, **quer** restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas **conformadoras** do significado **e** do conteúdo material inerentes à Carta Política.



Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO ("**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", p. 811/812, item n. 1, 1998, Almedina), que bem expôs a necessidade de proceder-se à determinação do **parâmetro de controle** da constitucionalidade, **consideradas as posições doutrinárias** que se digladiam em torno do tema:

"Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos **devem** estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao **parâmetro constitucional**. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As **respostas** a este problema oscilam fundamentalmente **entre duas posições**: (1) **o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita** ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios **escritos** da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) **o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global**, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se **não apenas** segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, **mas também** tendo em conta princípios **não escritos** integrantes da ordem constitucional global.

Na perspectiva (1), o **parâmetro da constitucionalidade** (=normas de referência, **bloco de constitucionalidade**) **reduz-se** às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; **para a posição (2)**, o parâmetro constitucional é **mais vasto** do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, **devendo alargar-se**, pelo

ADC 12-MC / DF

menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global." (grifei)

Veja-se, pois, a importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade - tal como este é concebido pela teoria constitucional (BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO, "O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança", "in" Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, "Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales", tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, "Jurisdicción y Procesos Constitucionales", p. 33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, "Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes", p. 94/95, § 25, 2ª ed./2ª reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "El bloque de la constitucionalidad", p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução", p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, "Contentieux Constitutionnel", p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France, v.g.) -, pois, dessa percepção, resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial,



ADC 12-MC / DF

em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional.

E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará, em última análise, a própria noção do que é constitucional ou do que é inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade, conforme tive o ensejo de assinalar em decisão proferida nesta Suprema Corte:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. (...).

- A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. (...)."

(ADI 595/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 258, de 2002)

ADC 12-MC / DF

Tenho para mim, Senhor Presidente, consideradas as razões que venho de expor, que a Resolução CNJ nº 07, de 2005, **prestou** efetiva reverência ao texto da Constituição Federal, **revelando-se fiel** aos grandes princípios **fundados na ética republicana e consagrados na Carta Política do Brasil**.

Não custa rememorar, neste ponto, **tal como pude acentuar**, em voto que proferi no julgamento da ADI 1.521/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 173/424, 439), **que a concepção republicana** de poder mostra-se absolutamente **incompatível** com qualquer prática governamental **tendente** a restaurar a inaceitável teoria do Estado patrimonial.

Sabemos que o Estado, no exercício das atividades que lhe são inerentes, **inclusive** na esfera institucional do Poder Judiciário, **não pode ignorar** os princípios essenciais, que, **derivando da constelação axiológica** que confere substrato ético às ações do Poder Público, **proclamam** que as funções governamentais, **não importa** se no âmbito do Poder Executivo, no âmbito do Poder Legislativo **ou no domínio** do Poder Judiciário, **hão de ser exercidas** com estrita observância dos postulados da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.



Esses princípios, erigidos à condição de valores fundamentais pela Carta Política - **e aos quais** o Conselho Nacional de Justiça se mostrou extremamente fiel na Resolução ora em exame -, **representam** pauta de observância necessária **por parte** dos órgãos estatais, **especialmente** por parte dos órgãos do Poder Judiciário. **Mais do que isso**, Senhor Presidente, **tais postulados** qualificam-se como diretrizes essenciais **que dão substância e significado à repulsa** que busca fazer prevalecer, **no âmbito** do aparelho de Estado, **o sentido real** da idéia republicana, **que não tolera** práticas e costumes administrativos **tendentes a confundir** o espaço público **com** a dimensão pessoal do governante, **em claro desvio** de caráter ético-jurídico.

Com o objetivo de proteger valores fundamentais, Senhor Presidente, **como se qualificam** os postulados da transparência, da igualdade, da moralidade **e** da impessoalidade, **o Conselho Nacional de Justiça**, na Resolução nº 07/2005, **definiu**, a meu juízo, **de modo compatível** com o sistema constitucional, **normas** destinadas a obstar a formação de grupos familiares cuja atuação, **facilitada** pelas nomeações em comissão **ou** designações para funções de confiança, **acaba**, virtualmente, **por patrimonializar** o poder governamental, **convertendo-o**, em razão de uma **inadmissível** inversão dos postulados republicanos, **em verdadeira "res domestica"**, **degradando-o**, assim, à **condição subalterna** de instrumento de mera dominação do Estado,



ADC 12-MC / DF

vocacionado, não a servir ao interesse público e ao bem comum, **mas**, antes, a atuar **como incomprensível e inaceitável** meio de satisfazer conveniências pessoais e de realizar aspirações particulares.

A **teleologia** da Resolução CNJ nº 07/2005 **deriva da necessidade** mesma **de construir-se** a ordem democrática, **justificando-se**, por isso mesmo, **em função** de seus altos propósitos, **cuja realização** impõe que se faça **essencial** distinção **entre o espaço público**, de um lado, **e o espaço privado**, de outro, **em ordem a obstar** que os indivíduos, mediante **ilegítima** apropriação, **culminem** por incorporar, **ao âmbito** de seus interesses particulares, a esfera de domínio institucional do Estado, **marginalizando**, como consequência desse gesto **de indevida** patrimonialização, **o concurso dos demais cidadãos** na edificação da "res publica".

Daí a reflexão doutrinária, impregnada de acentuado componente filosófico, **que examina** o pensamento democrático **à luz** das grandes dicotomias, **como**, por exemplo, **aquela** pertinente à **dualidade** público/privado, **subjacente** à idéia mesma **de que o respeito**, pelos indivíduos, **aos limites que definem** o domínio público de atuação do Estado, **separando-o**, de modo nítido, do espaço meramente privado, **qualifica-se** como pressuposto necessário ao exercício da cidadania e do pluralismo político, **que representam**, enquanto categorias essenciais que são (**pois dão ênfase** à prática da



ADC 12-MC / DF

igualdade, do diálogo, da tolerância e da liberdade), **alguns dos fundamentos** em que se estrutura, em nosso sistema institucional, o Estado republicano e democrático (CF, art. 1º, incisos II e V).

Cabe preservar, desse modo, **as relações** que os **conceitos** de espaço público e de espaço privado **guardam** entre si, **para que tais noções não se deformem nem provoquem** a subversão dos fins ético-jurídicos visados pelo legislador constituinte.

A **consagração** do nepotismo na esfera institucional do poder político **não pode ser tolerada**, sob pena de o processo de governo - **que há de ser** impessoal, transparente e fundado em bases éticas - **ser conduzido** a verdadeiro retrocesso histórico, o que **constituirá**, na perspectiva da atualização e modernização do aparelho de Estado, **situação de todo inaceitável**.

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**



ADC 12-MC / DF

permanecer indiferente a tão graves transgressões da ordem constitucional.

Por isso mesmo, Senhor Presidente, e com estas considerações, peço vênica para acompanhar o doutíssimo voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS BRITTO, eis que considero plenamente legítima, sob uma perspectiva de índole estritamente constitucional, a Resolução nº 07/2005, que o Conselho Nacional de Justiça editou com o objetivo de banir, de nossos costumes administrativos, no âmbito do Poder Judiciário, a prática inaceitável do nepotismo.

É o meu voto.



/csn.

Supremo Tribunal Federal

16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, a ordem da votação nesta Casa, inversa à da ordem de antigüidade, é claro, desde o decano, em causa tão exaustivamente discutida e instaurada mediante uma petição inicial, sem favor modelar, de qualquer pretensão de, a esta altura, trazer coisa nova à discussão.

E impõe-lhe, quanto possível, por isso mesmo, tentar ser breve. Apenas respondo às questões postas expondo brevemente os fundamentos da minha convicção. Digo logo que acompanho integralmente o voto magnífico do eminente Ministro-Relator.

Não tenho dúvidas quanto ao cabimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade. No caso, o caráter normativo do ato para o fim de submeter-se ao controle concentrado não depende da determinação ou determinabilidade do número dos seus destinatários - isso já tem sido longamente demonstrado neste Plenário.

A existência da controvérsia, pressuposto do cabimento da ADC, é patente, pelo número de ações judiciais postas nos diversos estados da Federação, muitas delas com provimento liminar impeditivo da eficácia da Resolução nº 7, do Conselho Nacional de Justiça, cuja



validade se pretende ver declarada. Aliás, se houvesse dúvida a respeito, bastaria a circunstância significativa de se ter habilitado como **amicus curiae** para defender a inconstitucionalidade do ato, um dos mais egrégios Tribunais de Justiça do País, o do Estado do Rio de Janeiro.

O cabimento da liminar é contestado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, que persiste, na linha da sua respeitável divergência, manifestada, inicialmente, na discussão da Medida Cautelar na ADC 4. Nela, fui o autor da proposição, afinal acolhida pela maioria, de suspensão dos processos em que estivesse em causa a constitucionalidade da lei, objeto daquela declaratória. E disso continuo convencido. Seria paradoxal que, tendo como pressuposto a existência de controvérsia judicial, nas várias instâncias do país, a medida cautelar, na ADC, não pudesse obviar a continuidade e a multiplicação dessa mesma controvérsia.

No mérito, Sr. Presidente, a questão mais grave, evidentemente, é a da existência ou não da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça, a cuja negação acaba de emprestar a sua autoridade o eminente Ministro Marco Aurélio.

Estou, no entanto, em que, da competência para rever a ação administrativa dos órgãos judiciários, a ele submetidos, decorre o poder de o Conselho regulamentar as soluções que dê às questões de legalidade que lhe sejam submetidas. É expressivo, aliás, que, no caso concreto, como se assinalado da tribuna pelo ilustre patrono da OAB e da ANAMATRA, a questão tenha surgido mediante uma representação da ANAMATRA contra determinada resolução do Tribunal Superior do Trabalho.



Na discussão sobre a criação desse órgão central - que sempre preferi chamar de administração superior do Poder Judiciário -, um dos vetores foi sempre a afirmação da necessidade de uniformidade do Poder Judiciário - tão desconcentrado, tão descentralizado quanto a sua função precípua de prestar jurisdição - que não se poderia transformar num arquipélago de ilhas administrativas incomunicáveis, cada uma delas a interpretar a Constituição e as leis como melhor lhe parecesse.

Ora, se é desse modo, assim como ocorre com a chefia centralizada do Poder Executivo, sempre entendi que pode, por exemplo, o Presidente da República valer-se da regulamentação para impor uniformidade na interpretação do ordenamento jurídico aos que estejam submetidos à sua autoridade administrativa.

Por isso, não tenho dúvida em subscrever, no ponto, a demonstração feita na petição inicial - e hoje enriquecida a partir do voto do eminente Relator e dos que o seguiram - de que, cabendo-lhe zelar pela observância do art. 37 da Constituição, cabe ao CNJ concretizar os princípios fundamentais da Administração Pública ali enumerados, entre eles - fico neste - o da impessoalidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vossa Excelência me permite? Não é meu hábito apartear os seus votos, muito menos para apoiar - os fundamentos de Vossa Excelência não necessitam de achegas. Mas, como se trata de tema importantíssimo, que está sendo agitado pela primeira vez, não posso deixar de corroborar o ponto de vista de Vossa Excelência com argumento que me ocorreu: se, pelo §



4º, I, o Conselho tem poder regulamentar, quando se tratar de zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, **a fortiori** há de tê-lo, quando se cuide do cumprimento da Constituição. Não vejo, pois, como negar ao Conselho esse mesmo poder regulamentar, no caso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Agradeço-lhe, realmente. A chegada é rica.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)- Na linha do voto da intervenção agora feita pelo Ministro Peluso, principalmente, disse ele, quando se trata de dar aplicabilidade à própria Constituição, não só à Lei Orgânica da Magistratura. Eu acrescentaria: dar concreção, dar densificação a princípios constitucionais que são onivalentes e auto-aplicáveis na lógica, a meu sentir, da Constituição, magnificamente axiológica, de 1988, bastando lembrar que só na cabeça do art.37 há enumeração de cinco princípios.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - De resto, as objeções que ora se põem à Resolução do Conselho Nacional de Justiça poderiam aplicar-se, **mutatis mutandis**, quanto aos aspectos substanciais, quer a emenda regimental de 1985, do Regimento Interno deste Tribunal, quer a própria Lei 9.421, no que diz, com os aspectos substanciais da questão.



Não tenho dúvida também em subscrever o que se disse, que não há direito fundamental em causa.

A questão mais delicada é a dos provimentos anteriores à proibição. Nem aí há a admitir-se, sobretudo cuidando-se de cargos de investidura precária, a existência de direito adquirido à sua permanência. Ao contrário, em princípio, a vedação de nomeação de determinadas pessoas implica - em princípio, repito - a vedação de continuidade de ocupar o cargo respectivo.

Por isso, sempre divergi, mas não se tinha na época o órgão de unidade central de administração do Judiciário para fazê-lo valer, de muitas orientações tomadas a propósito do cumprimento do art. 10 da Lei 9.241, que propus ao Congresso Nacional e que se entendeu, em diversos tribunais, que não atingiriam os provimentos já efetivados.

Quanto às alegações de violência aos dogmas da separação dos Poderes e da Federação, creio desnecessário dizer mais do que aqui se disse quando na ADI 3.367, relator o eminente Ministro Peluso.

Quanto à separação dos Poderes, fui parcialmente vencido apenas no que toca à intromissão do Congresso Nacional na composição desse órgão do Poder Judiciário.

No mais, é um órgão administrativo, embora do Poder Judiciário, e a Constituição o explicitou.

Também não vejo ofensa alguma à isonomia, que sempre surge a propósito das normas antinepotismo, anteriormente

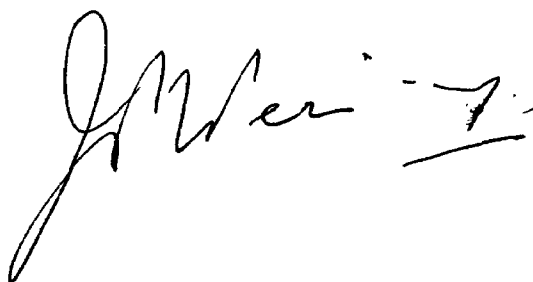


promulgadas. Ao contrário, a impessoalidade em que entendo alicerçar-se, com solidez, a resolução questionada é, a meu ver, derivação não só da idéia de República como da idéia de igualdade, que é um dos valores fundamentais da própria República.

Saúdo e alinho-me à evolução do eminente Relator no que toca à extensão ao terceiro grau de afinidade das proibições veiculadas na resolução.

Não há conceito constitucional de parentesco ou da extensão do parentesco. Por isso, a uma norma infraconstitucional válida é dado atribuir, para determinados efeitos, conceitos diversos daquele insculpido no Código Civil (com as vênias do Ministro Moreira Alves).

Acompanho o eminente Relator.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Moreira Alves', with a stylized flourish at the end.

16/02/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6
DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Carlos Britto (Relator) e Cezar Peluso

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Cabe-me encerrar a votação e não há nada a acrescentar ao que foi referido pelos colegas, mas gostaria de fazer um registro curioso e sem nenhuma emoção, porque entendo que em questões públicas não há que se perquirir emoção. Daí por que explica o Ministro Sepúlveda Pertence o fato de eu não ter abalos em relação a determinados tipos de achegas, que Vossa Excelência conhece, uma vez que em termos de ações públicas a emoção é vedada, como conduta e regra. Quando a emoção parece transparecer, fica inserta que ela ou é falsa ou é combinada.

Em 1989, logo após a vigência da Constituição, o Tribunal Superior do Trabalho iniciou a remessa dos projetos de lei, para a criação dos Tribunais Regionais do Trabalho decorrentes da universalização que determinou a Constituição de 1988. Eu integrava a Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados e, em todos os projetos de criação dos tribunais, por obra nossa junto com o Deputado Miro Teixeira, fizemos incluir regras proibindo o nepotismo. Em todas as criações há regra especial, exatamente na linha que, depois, surgiu na Lei Pertence. E, depois, tentou-se fazer isso na Câmara dos Deputados e foi inviabilizado. Por curiosidade, também, a competência definida no § 4º da Constituição nada mais é da redação que demos à época no Parecer nº 28, a chamada “revisão constitucional de 1993” e que publicamos em 16 de março de 1994 exatamente com a redação ora constante da Constituição. Era uma anuência, à época, e o Subprocurador ou o Ministério Público Federal, o Doutor Gilmar Mendes, que auxiliava a relatoria da revisão constitucional, onde desenhamos a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Como os colegas perceberam em relação ao Ministro Gilmar Mendes, vejo com absoluta tranquilidade e alegria a participação da Associação dos Magistrados Brasileiro (AMB) e trato, não com ironia, por ele referida, mas o saúdo exatamente por ter a grande colaboração que essa entidade está a prestar na implantação e vigência do Conselho. Mas o curioso de tudo isso é que trabalhamos na vedação do nepotismo nas décadas de 80 e 90, trabalhamos na criação do Conselho

Supremo Tribunal Federal
ADC 12-MC / DF

Nacional de Justiça que havia sido derrotado na Assembléia Constituinte, e acabei sendo o primeiro Presidente do Conselho Nacional de Justiça, e retomamos a questão do nepotismo. Registro isso meramente como um fato histórico e, repito, sem nenhuma emoção - não se permite em ações públicas ter emoção.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Vossa Excelência não confunde emoção com sentimento; são coisas diferentes.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Também, sentimento não.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Interpretar é um sentir-pensar.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ministro, só um parêntese, lembrando o Doutor Ulisses Guimarães: “Em política até a raiva é combinada”, e quem não tem isso não sabe fazê-la.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Pode ser em política.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Quero fazer um registro da conduta em relação a essa questão do nepotismo de alguns tribunais. Observem que coisa curiosa: o tribunal do Estado de Goiás obteve aprovação da Lei nº 13.145, que veda o nepotismo. No entanto, há um curioso parágrafo único no art. 1º desta Lei:

“Art. 1º

Parágrafo único - Excluem-se da proibição a nomeação, admissão e/ou a permanência de até dois parentes das autoridades referidas no “caput” deste artigo, além do cônjuge do Chefe do Poder Executivo”.

Aqui, temos um exemplo de nepotismo autorizado por quotas. Percebeu, nitidamente, o Ministro Sepúlveda Pertence o acordo político que, aqui, decorre.

Veja, Ministro Celso de Mello, quando o Conselho Nacional de Justiça discutia a votação dessa Resolução nº 07, datada de 18 de outubro de 2005, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, numa pressa incrível, com a colaboração do Executivo e do Legislativo, obteve aprovação da Lei Complementar nº 305, de 11 de outubro de 2005, a qual dispõe:

“Art. 2º

Art. 10-A - Fica estendida no âmbito da jurisdição do Tribunal ou Juízo a vedação prevista no art. 10 da Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, ressalvados os atuais ocupantes dos cargos constantes do art. 8º da lei complementar nº 242 ...”.

Então, eles internalizaram a Lei Pertence, tendo em vista esse artigo. Por lei que se aprovou dias antes da promulgação e publicação da resolução, providenciou, com rapidez incrível - isso foi uma semana -, o projeto e aprovação da lei e sua sanção; internalizaram, no território do Rio Grande do Norte, a Lei Pertence, mas dizia o seguinte: salvo os que já estão, e não saem. Estabeleceram, nitidamente, a vedação só **a posteriori** da Lei Pertence, ou seja, levou-se para o Rio Grande do Norte a Lei Pertence com a resolução que havia sido tomada pelo Tribunal Superior do Trabalho, dizendo que os antigos continuavam.

O curioso de tudo é que se fala na reserva legal. O discurso que se fez e que se faz, em relação ao problema do nepotismo, menciona-se a reserva legal, ouvi isso “n” vezes. Mas isso é um problema, Ministro Sepúlveda Pertence. A iniciativa das leis dessa natureza é do Tribunal de Justiça, e nenhum Tribunal de Justiça, salvo o do Rio Grande do Norte, providenciou a emissão da sua iniciativa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Não, Sr. Presidente, faço um registro histórico: no Estado de São Paulo, a lei existe há mais de quinze anos!

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – É verdade. Mas, nesse caso, estou me referindo aos que não têm a lei e são raríssimos, com exceção de São Paulo.

Observem que esses reclamavam a necessidade de uma lei que era da sua iniciativa privativa e esta iniciativa nunca tomaram. Isso mostra as regras do jogo, aquilo que, enfaticamente, pôs o nosso Ministro Celso de Mello, quando se referiu ao patrimonialismo.

Ministro Carlos Britto, a expressão que Vossa Excelência utilizou no voto, para não dizer a confusão mesma entre “tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos”, na contramão do

inseparável conceito de que administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia.

Na verdade, o texto da Resolução nº 07/05 importou, pura e simplesmente, na declaração normativa do que está vedado na Constituição, daí por que aquilo que não se compatibilizar com a Resolução nº 07 está exatamente na contramão da Constituição, portanto, afastada a sua proteção e incidência - refiro-me, explicitamente, inclusive, a essa legislação estadual aí existente. O que mostra, nitidamente, que a criação do Conselho Nacional de Justiça importou aquilo que Pertence se referia há muito tempo, e a linguagem é dele, dizendo que tínhamos um arquipélago de ilhas incomunicáveis ou sem intercomunicação, com grandes mares que impediam a circulação, todas elas repletas de piranhas de toda natureza.

Sabemos perfeitamente que, na tradição do Tribunal, as concessões da liminar praticamente são as decisões finais, salvo alguns casos. Portanto, Srs. Ministros, acompanho o Sr. Relator na sua integridade.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****MED. CAUT. EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12-6**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

INTDO.(A/S): SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL - SINDJUS/DF

ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO

INTDO.(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): FELIPPE ZERAIK E OUTROS

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): ROBERTO ANTÔNIO BUSATO

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO
TRABALHO - ANAMATRA

ADV.(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTROS

INTDO.(A/S): FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO
FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - FENAJUFE

ADV.(A/S): JOSÉ LUIS WAGNER E OUTROS

INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS -
ANAMAGES

ADV.(A/S): GUSTAVO ALEXANDRE MAGALHÃES E OUTRO

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a liminar, nos termos do voto do relator, para, com efeito vinculante e *erga omnes*, suspender, até exame de mérito desta ação, o julgamento dos processos que têm por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça; impedir que juízes e tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma resolução e suspender, com eficácia *ex tunc*, ou seja, desde a sua prolação, os efeitos das decisões já proferidas, no sentido de afastar ou impedir a sobredita aplicação. Esta decisão não se estende ao artigo 3º da Resolução nº 7/2005, tendo em vista a alteração de redação introduzida pela Resolução nº 9, de 06.12.2005. Vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que indeferia a liminar, nos termos de seu voto. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso; pelos *amici curiae*, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho-ANAMATRA, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro e, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o



Dr. Felipe Zeraik; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Vice-Procurador-Geral da República. Plenário, 16.02.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

71 
Luiz Tomimatsu
Secretário