

*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

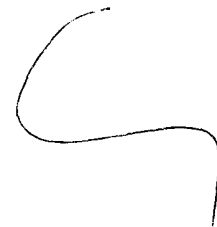
**VOTO-VOGAL**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:**

**1. Preliminares**

**1.1. Ironia do destino: A AMB e a ADI n° 913 (contra a Emenda Constitucional n° 03 - que criou a ADC) e ADI 3.367 (contra a Emenda Constitucional n° 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.

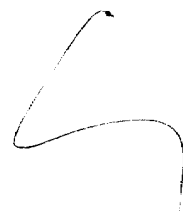
A ADI 913 não foi conhecida, pois o STF entendeu que a AMB não teria legitimidade ativa *ad causam*, por ausência do requisito da pertinência temática (julgamento em 18.8.1993, DJ 5.5.1995).

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.

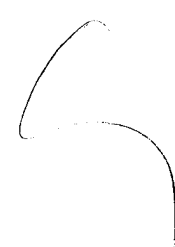
No caso concreto, muito embora não estejam suficientemente registrados, na petição inicial, os dados relativos à repercussão prática do ato normativo em questão (havendo apenas uma notícia de que no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro esse número seria de aproximadamente 90 casos de nepotismo), há que se afirmar uma inequívoca controvérsia gerada pela aplicação da Resolução n° 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 n° 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 juizes, 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 lha 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 ENTERRÍA<sup>1</sup>, 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 HAURIUO chamava de "bloco de legalidade"<sup>2</sup>.

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.

---

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

<sup>2</sup> *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 juizes, 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*)<sup>3</sup>. 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"<sup>4</sup>. 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.

---

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª Ed. Madrid: Civitas; 2004, p. 456.

<sup>4</sup> 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 GORDILLO<sup>5</sup>, 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 caso<sup>6</sup>. *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

---

<sup>5</sup> GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. El Acto Administrativo. 6ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey; 2003, II-27.

<sup>6</sup> 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 n° 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 n° 7/05**

As impugnações judiciais contra a Resolução CNJ n° 7/05 baseiam-se nos seguintes fundamentos:

- a) a Resolução CNJ n° 7/05 adota conceito de "nepotismo" diverso daquele que haveria sido anteriormente adotado por leis federais e estaduais<sup>7</sup>. As diferenças fundamentais

---

<sup>7</sup> Por exemplo, a Lei federal n° 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:

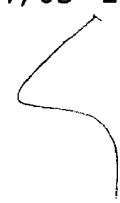
(a) porque é inerente ao modelo federativo brasileiro que nos temas constitucionalmente reservados à atuação (exclusiva ou concorrente) em âmbito nacional uniforme as normas, orientações, decisões e determinações assim caracterizadas se sobreponham àquelas de âmbito meramente "local" (ou seja, reitere-se,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