

Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)

Lenio Luiz Streck *

Ingo Wolfgang Sarlet**

Clemerson Merlin Clève***

Os Conselhos Nacionais da Justiça (CNJ) e do Ministério Público (CNMP) foram introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/04, representando uma espécie de carro-chefe da assim denominada Reforma do Judiciário. Trata-se da implementação, stricto sensu, de controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público. O CNJ está especificado no artigo 103-B da Constituição(1), em que, exhaustivamente, estão elencadas as atribuições do órgão. Já o Conselho Nacional do Ministério Público está regulado no art. 130-A(2), seguindo, no seu núcleo essencial, as diretrizes fixadas para o seu congênere CNJ. Criam-se, assim, dois importantes órgãos que aproximam – estrutural e organicamente - as instituições (Magistratura e Ministério Público), como ocorre já de há muito em alguns países da Europa.

A constitucionalidade lato sensu de ambos os Conselhos já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. A discussão que se põe agora é: Quais os limites desses “atos regulamentares”? São “regulamentos autônomos”? Têm eles “força de lei”? Eis a controvérsia, que deve ser enfrentada independentemente do conteúdo (certamente meritório) das resoluções, a partir da ponderação entre fins e meios.

O cerne da discussão está no parágrafo 4º e inciso I do art. 103-B e no parágrafo 2º e inciso I do art. 130-A:

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

§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;

CONSELHO NACIONAL DO MINISTERIO PÚBLICO

§2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Tendo a mesma ratio, as diretrizes que norteiam ambos os Conselhos são idênticas, registrando-se apenas a especificidade constante no Conselho Nacional de Justiça, que estabelece a competência de zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, enquanto no caso do Conselho Nacional do Ministério Público essa questão não está explicitamente estabelecida. Essa sutil diferença – cujas conseqüências, poderão ter reflexos em outros campos – não significa que haja tratamento diferenciado do constituinte derivado no que diz respeito à legitimidade de “legislar” por parte dos dois Conselhos, notadamente quando em causa restrições a direitos e garantias constitucionais, inclusive e notadamente – e isto sempre foi muito caro para ambas as Instituições (Poder Judiciário e Ministério Público) – as garantias funcionais e institucionais.

Dá a necessária discussão acerca dos limites para a expedição de “atos regulamentares” (esta é a expressão constante na Constituição para os dois Conselhos). Com efeito, parece um equívoco admitir que os Conselhos possam, mediante a expedição de atos regulamentares (na especificidade, resoluções), substituir-se à vontade geral (Poder Legislativo) e tampouco ao próprio Poder Judiciário, com a expedição, por exemplo, de “medidas cautelares/liminares”. Dito de outro modo, a leitura do texto constitucional não dá azo à tese de que o constituinte derivado tenha “delegado” aos referidos Conselhos o poder de romper com o princípio da reserva de lei e de reserva de jurisdição.

Como se sabe, o que distingue o conceito de lei do de outros atos é a sua estrutura e a sua função. Leis têm caráter geral, porque regulam situações em abstrato; atos regulamentares (resoluções, decretos, etc.) destinam-se a concreções e individualizações. Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos a matérias com menor amplitude normativa.

Este parece ser o ponto central da discussão. Se a atuação dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público está regulada em leis específicas (LOMAN, LOMINs estadual e federal, postas no sistema em estrita obediência à Constituição), parece, de pronto, inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado os Conselhos em órgãos com poder equiparado aos do legislador. Ou seja, a menção ao poder de expedir “atos regulamentares” tem o objetivo específico de controle externo, a partir de situações concretas que surjam no exercício das atividades de judicatura e de Ministério Público. Aliás, não se pode esquecer que é exatamente o controle externo que se constituiu na ratio essendi da criação de ambos os Conselhos.

No Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo “leis e execução de leis”. Trata-se – e a lembrança vem de Canotilho – de atos que foram designados por Carl Schmitt com o nome de “medidas”. Essa distinção de Schmitt é sufragada por Forsthoff, que, levando em conta as transformações sociais e políticas ocorridas depois de primeira guerra, considerava inevitável a adoção, por parte do legislador, de medidas legais destinadas a resolver problemas concretos, econômicos e sociais. Daí a distinção entre leis-norma e leis de medida. Na verdade, as leis-medida se caracterizam como leis concretas. A base da distinção nas leis concretas não é a contraposição entre geral-individual, mas entre abstrato-concreto (K.Stern). O interesse estará em saber se uma lei pretende regular em abstrato determinados fatos ou se se destina especialmente a certos fatos ou situações concretas. Também aqui a consideração fundamental radicaria no fato de uma lei poder ser geral, mas pensada em face de determinado pressuposto fático que acabaria por lhe conferir uma dimensão individual, porventura inconstitucional(3).

O fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações. Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito à impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional. Em outras palavras, não se concebe - e é nesse sentido a lição do direito alemão - regulamentos de substituição de leis (*gesetzvertretende Rechtsverordnungen*) e nem regulamentos de alteração das leis (*gesetzändernde Rechtsverordnungen*). É neste sentido que se fala, com razão, de uma evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar(4).

Tratando-se, desse modo, de atos de fiscalização administrativa, estes apenas podem dizer respeito a situações concretas. Neste caso, deverão observar, em cada caso, o respeito aos princípios constitucionais, em especial, o da proporcionalidade, garantia fundamental do cidadão enquanto asseguradora do uso de meios adequados pelo poder público para a consecução das finalidades (previstas, como matriz máxima, na Constituição). Há, assim, uma nítida distinção entre a matéria reservada à lei (geral e abstrata) e aos atos regulamentares. A primeira diz respeito à previsão de comportamentos futuros; no segundo caso, dizem respeito às diversas situações que surjam da atividade concreta dos juízes e membros do Ministério Público, que é, aliás, o que se denomina – e essa é a especificidade dos Conselhos – de “controle externo”.

Não se pode olvidar outro ponto de fundamental importância. A Constituição do Brasil estabelece no artigo 84, IV, *in fine*, o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, podendo expedir decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis, tudo sob o controle e a vigilância do Poder Legislativo em caso de excesso (art. 49,V) e da jurisdição constitucional nas demais hipóteses. Nesse sentido, fica claro que as exceções para a edição de atos normativos com força de lei (art. 62) e da possibilidade de delegação legislativa (art. 68) tão-somente confirmam a regra de que a criação de direitos e obrigações exige lei ou ato com força de lei, conforme se pode verificar na própria jurisprudência do STF (AgRg n. 1470-7)(5).

E mesmo a lei (*stricto sensu*) possui limites. É o que se chama de “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*), como bem lembra Gilmar Ferreira Mendes, ao assinalar que da análise dos direitos fundamentais é possível extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes, garantias são passíveis de ilimitada limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes, que balizam a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial (*Wesengehalt*) do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas(6).

De frisar, por outro lado, que esse poder regulamentar conferido ao Poder Executivo (e não, por exemplo, ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público) advém da relevante circunstância representada pela legitimidade do Presidente da República, eleito diretamente em um regime presidencialista (em países sob regime parlamentarista, essa legitimidade é do Governo, confundindo-se o Poder Executivo com o Legislativo). Mas, mesmo assim, esse poder regulamentar – tanto no presidencialismo como no parlamentarismo – não pode criar direitos e obrigações(7). Não é demais lembrar, neste ponto, o âmbito próprio do respeito aos direitos fundamentais, característica básica do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange a restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. As garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estão devidamente explicitados no texto constitucional e nas respectivas leis orgânicas. Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em “poder de legislar”) advém da própria EC 45. Fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma emenda constitucional para “delegar” a qualquer órgão (e não somente ao CNJ e CNMP) o poder de “legislar” por regulamentos. E com isto restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro: regulamentar é diferente de restringir. De outra parte, assim como já se tem a sindicabilidade até mesmo em controle abstrato de atos normativos de outros poderes (leis em sentido material)(8), como os regimentos internos dos tribunais, provimentos de Corregedorias, etc, muito mais será caso de controle de constitucionalidade a hipótese de os Conselhos virem a expedir resoluções restringindo direitos e garantias pessoais, funcionais e institucionais. Muito mais do que uma mera e egoística disputa por prerrogativas – como habitualmente acabam sendo qualificadas, em *terrae brasilis*, tentativas legítimas e democráticas de impugnação de uma série de medidas e reformas – está em causa, aqui, a defesa enfática e necessária dos elementos essenciais do nosso Estado Democrático de Direito, que, por certo, não há de ser um Estado governado por atos regulamentares, decretos e resoluções.

Notas de Rodapé

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

(...)

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 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.

(...)

2. Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, 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 Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, 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 - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

§ 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I - receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III - requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

§ 4º O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiará junto ao Conselho.

(...)

3. Cfe. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 730 e segs.

4. Conforme a lição do clássico PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte – Staatsrecht II, 20 ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2004, p. 62 e segs, assim como, dentre outros tantos, SACHS, Michael, Verfassungsrecht II. Grundrechte, Berlin -Heidelberg-New York, Springer Verlag, p. 118 e segs.

5. Ver, para tanto, LEITE SAMPAIO, José Adercio. A Constituição Reiventada. Belo Horizonte: [s.n.], 2002. p. 461 e segs.

6. Cfe. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Brasília: IBDC, 1998. p. 33 e segs.

7. Veja-se, nesse sentido, julgados do STF apontando para claros limites no poder regulamentar: ADIn MC 1247; ADInMC 1945; ADInMC 1644; ADIn 1469.

8. Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, em especial capítulos 10 e segs.; tb. CLEVE, Clemerson Merlin. Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

9. A respeito da distinção entre direitos e garantias, bem como do perfil das assim designadas garantias institucionais, v. especialmente SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

*Procurador de Justiça, Professor titular da UNISINOS, Doutor em Direito pela UFSC, Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa.

**Juiz de Direito, Professor Titular da PUC/RS, Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Pós-Doutor em Direito pelo Instituto Max Plank e Universidade de Munique.

***Advogado, Professor Titular das Faculdades de Direito da UFPR e UNIBRASIL, Doutor em Direito pela PUC/SP, Pós-Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain, Bélgica.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao009/ana_silva.htm>. Acesso em 07 de dezembro de 2006.