



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S) : SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA - SINJEP
ADV.(A/S) : RODOLFO GAUDÊNCIO BEZERRA
REQDO.(A/S) : CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 200910000018762)
REQDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: *PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.*

1. A restrição do permissivo constitucional da al. *r* do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. *r* do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014.

2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva

**PET 4656 / PB**

competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado.

3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho.

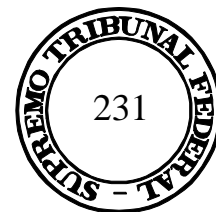
4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis *ad nutum* e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário.

5. Além dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade.

6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e notas taquigráficas, **preliminarmente, quanto ao conhecimento e competência**

**PET 4656 / PB**

para processamento e julgamento da ação, o Plenário, por maioria, decidiu manter a competência do Supremo Tribunal Federal, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, considerou válida a atuação do Conselho Nacional de Justiça e julgou improcedente o pedido da ação anulatória, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 8.223/2007 da Paraíba, denegando, ainda, os Mandados de Segurança n. 28.112, 28.113, 28.114, 28.115, 28.116, 28.117, 28.118, 28.119, 28.120, 28.121, 28.318, 28.320 e 28.327, com a consequente cassação das liminares deferidas na Ação Cautelar 2.390/PB e nas impetrações mencionadas, tudo nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 19 de dezembro de 2016.

Ministra CÁRMEN LÚCIA

Relatora



PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S) : SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER
JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA - SINJEP
ADV.(A/S) : RODOLFO GAUDÊNCIO BEZERRA
REQDO.(A/S) : CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
(PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
Nº 200910000018762)
REQDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Em 6.7.2009, o Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba – SINJEP, com base na al. *r* do inc. I do art. 102 da Constituição da República, ajuizou neste Supremo Tribunal ação cautelar preparatória de ação visando desconstituir decisão do Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo n. 2009.10.00.0018762, pela qual se determinou a exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão a que se refere o art. 5º da Lei estadual n. 8.223/2007, que dispõe:

“Art. 5º Ficam criados, no Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça, 100 (cem) cargos de provimento em comissão, de Assistente de Administração, símbolo PJ-CTJ-155, com vencimento de R\$ 112,50 (cento e doze reais e cinquenta centavos), cabendo aos seus ocupantes as seguintes atribuições:

I – exercer atividades administrativas de assistência direta aos Gabinetes da Presidência, Vice-Presidência, da Corregedoria Geral, da Secretaria-Geral, dos Juízes Auxiliares da Presidência, das Secretarias Administrativa, Judiciária, de Planejamento e Finanças, de Recursos Humanos e de Tecnologia e Informação, das Consultorias Jurídica e Administrativa e das Coordenadorias;

II – exercer outras atividades administrativas de confiança não



PET 4656 / PB

incluídas nas atividades privativas dos servidores do quadro efetivo do Poder Judiciário e que lhes forem cometidas pela autoridade competente.”

2. Esse requerimento foi autuado como Ação Cautelar n. 2.390, tendo o Autor apresentado o seguinte resumo fático da causa:

“Em apertada síntese, o Conselho Nacional de Justiça instaurou, de ofício, procedimento de controle administrativo tombado sob o nº 200910000018762, com o objetivo de desconstituir ato administrativo do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, qual seja, a nomeação de 100 (cem) servidores ocupantes de cargo comissionado.

Como fundamento central da decisão administrativa, o Conselho Nacional de Justiça entendeu que a Lei Estadual n. 8.223/2007 (Estado da Paraíba) viola o art. 37, II e V, da Constituição Federal.

*Em suas razões de decidir, o CNJ cita o julgamento da ADI n. 3233 pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o caput e os incisos I e II do art. 1º da Lei Estadual 6.660/1998, do art. 5º da Lei Complementar Estadual nº 57/2003, a Lei 7.679/2004 e a Lei 7.696/2004, que haviam criado 192 cargos comissionados de **Agente Judiciário de Vigilância**, com as atribuições de prestar serviços de vigilância e segurança.*

Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a atribuição de serviço de segurança constantes na norma invalidada não se amoldavam à regra instituída no art. 37, V, da CF, que determina que os cargos em comissão somente poderiam ter as atribuições de direção, chefia e assessoramento.

No entanto, o Conselho Nacional de Justiça, a pretexto de que o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba estaria descumprindo a determinação da ADI 3233, que invalidou a Lei Estadual n. 6.660/1995 e a Lei Complementar nº 57/2003, de forma implícita, exerceu o controle direto e abstrato de constitucionalidade da nova lei estadual nº 8.223/2007, declarando inválida a referida norma.

(...)

Alegando ‘indícios de inconstitucionalidade material’, o CNJ declarou, implicitamente, a inconstitucionalidade da referida



PET 4656 / PB

norma, determinando que o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba providenciasse a exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão a que se refere tal lei, no prazo de 60 (sessenta) dias” (fls. 6 e 7 da Ação Cautelar n. 2.390/PB, em apenso).

3. Este o teor da ementa do procedimento de controle administrativo impugnado, julgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 10.6.2009:

**“PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
INSTAURADO DE OFÍCIO. SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA.**

**1. NOMEAÇÃO DE ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS
PARA CARGOS EM COMISSÃO DE LIVRE PROVIMENTO E
EXONERAÇÃO. IRREGULARIDADE.** *No regime constitucional brasileiro a nomeação de servidores públicos somente dispensa a aprovação em concurso público quando se tratar de ocupante de cargo em comissão para o exercício de encargos de chefia, direção ou assessoramento. Inteligência do disposto no art. 37, II e V, da Constituição Federal.*

**2. LEI ESTADUAL DE CRIAÇÃO DE CARGOS EM
COMISSÃO DE LIVRE PROVIMENTO. INSUFICIÊNCIA.
NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS LIMITES
MATERIAIS DE TOLERÂNCIA DO EXCEPCIONAL
INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO SEM CONCURSO.** *Não salva da pecha de antijuridicidade a circunstância de serem os cargos comissionados criados por lei porque a reserva de lei (CF, art. 96, II, b) é apenas um dos requisitos constitucionais para a existência regular de cargos em comissão. Declaração de nulidade das nomeações irregulares com determinação para que o tribunal adote as providências para exoneração dos respectivos ocupantes no prazo de sessenta dias” (fls. 75 da Ação Cautelar n. 2.390/PB).*

4. Em 7.8.2009, deferi a liminar requerida na Ação Cautelar n. 2.390, suspendendo os efeitos do acórdão atacado no que se referia à imediata exoneração dos representados pelo Sindicato Autor, realçando que tal decisão não gerava direitos, não acolhia expectativa ou antecipação de entendimento sobre a validade constitucional, ou não, dos atos



PET 4656 / PB

questionados, menos ainda da legislação aproveitada como sua fundamentação (DJe 14.8.2009).

5. Em 24.8.2009, o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Gilmar Mendes, prestou informações, asseverando que *“a decisão atacada foi legitimamente proferida por este Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua relevante competência, em especial ao exigir que o ato administrativo de nomeação para cargos em comissão atendesse a exceção constitucional à regra do concurso público e, em última análise, observasse o disposto no Art. 37 da Carta Magna”* (fl. 431 da Ação Cautelar n. 2.390/PB).

Afirmou então Sua Excelência:

“25. Aliás, pouco importa para o desate da presente ação cautelar se o veredicto de mérito do CNJ foi correto ou equivocado. Aqui se cuida tão só de averiguar – porque esse é o fundamento do pedido inicial – se houve usurpação da competência do STF.

26. Com isso se chega pela consideração de ter ou não sido pronunciada a inconstitucionalidade da lei paraibana, e basta a simples leitura da decisão do CNJ para mostrar claramente que, a despeito da referência a ‘indícios de inconstitucionalidade’ da lei em foco, o núcleo essencial do julgado deteve-se apenas na consideração de que a nomeação dos ocupantes dos cargos por ela criados é que não se enquadrava nas exigências da Constituição.

27. Dito de outro modo, a ‘antijuridicidade’ estava na nomeação dos servidores para cargos incompatíveis e não propriamente na suposta declaração da incompatibilidade da lei com a Constituição. A inexacta menção a uma eventual ‘inconstitucionalidade’ é que levou o Sindicato autor a pleitear incorretamente perante a Corte Suprema provimento que não tem procedência pelas próprias razões que menciona na sua petição” (fls. 432-433 da Ação Cautelar n. 2.390/PB).

6. Em 19.8.2010, o Plenário deste Supremo Tribunal referendou a medida liminar deferida na ação cautelar (DJe 29.4.2011).

**PET 4656 / PB**

7. No prazo do art. 806 do Código de Processo Civil, o sindicato-autor propôs a presente Petição, argumentando que *“o ato administrativo que nomeou os servidores para ocuparem cargos em comissão derivou de expressa autorização legal e preencheu todos os requisitos para sua validade, não havendo outro atributo a ser examinado senão a sua exata adequação aos preceitos incertos na própria lei que criou os cargos e suas respectivas atribuições”* (fl. 13).

Reitera a alegação de incompetência do Conselho Nacional de Justiça para levar a efeito controle de constitucionalidade implícito, acrescentando que:

“No caso dos autos, o que vemos é algo ainda mais grave, pois além de não dispor de competência jurisdicional para declarar a inconstitucionalidade de lei, o Conselho Nacional de Justiça foi o próprio autor da ação, pois de ofício instaurou o controle concentrado da lei estadual.

Dessa forma, a decisão do CNJ declarando, implicitamente, a inconstitucionalidade de lei estadual representa flagrante violação ao princípio da harmonia e separação dos poderes, inserto no art. 2º da CF/88, visto que, como dito, um órgão de gestão e fiscalização administrativa e financeira do Poder Judiciário não pode exercer o controle direto de constitucionalidade que é reservada pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo pertencente ao Poder Judiciário, não tem competência constitucional para fiscalizar os demais poderes, não podendo fiscalizar a formação das normas no âmbito do poder legislativo e executivo” (fl. 18 da Petição n. 4.656/PB).

Sustenta que a lei estadual criadora dos cargos discutidos *“preenche todos os requisitos garantidores da sua constitucionalidade, ou seja, dispõe de regulamentação das atribuições do cargo, para o qual se exige relação de confiança, e apresentam caracteres de assessoria (exercer atividades administrativas de assistência direta aos membros do Poder Judiciário)”* (fl. 26), refutando a assertiva de reiteração da prática de nomeações irregulares



PET 4656 / PB

de servidores para manter em serviço agentes admitidos sem concurso público, em desrespeito ao julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB.

Afirma que a ausência de participação dos servidores exonerados no processo administrativo resultou em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Requer *“seja julgado procedente o pedido, declarando nula a decisão administrativa nos autos do Processo de Controle Administrativo de n. 20910000018762”* (fl. 36).

6. Em 3.5.2010, a União apresentou contestação, realçando o papel estratégico e central do Conselho Nacional de Justiça, *“responsável pelo controle e fiscalização e, nas hipóteses em que demandar, pela correção”* dos atos do Poder Judiciário (fl. 153).

Enfatizou que, na decisão atacada, o Conselho Nacional de Justiça assentou não ser a existência da lei *“o único requisito para o correto engajamento de colaboradores no quadro de pessoal do Judiciário”*, pois, *“[a] par do requisito formal (princípio da reserva de lei), impõe-se a observância do disposto na Constituição quanto aos cargos de livre provimento”* [destinação às atribuições de direção, chefia e assessoramento – parte final do inc. V do art. 37] (fl. 155).

Defendeu a higidez do ato realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, argumentando que *“[o] que na verdade ocorreu no Estado da Paraíba foi a repetição da estratégia utilizada na lei declarada inconstitucional por essa Suprema Corte [na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB], ainda que com nomenclatura diversa e em diploma legal distinto, mas invariavelmente em contínua violação aos limites impostos pelo art. 37, incisos II e V, da Constituição da República”* (fl. 157, grifos no original).

**PET 4656 / PB**

Sustentou que “não há qualquer prejuízo a ser sofrido pelos servidores em questão, justamente por serem todos eles demissíveis ad nutum, dada a precariedade que é pressuposto lógico e legal de toda e qualquer nomeação para cargos em comissão” (fl. 158, grifos no original), pelo que não se há cogitar de contraditório e ampla defesa na espécie.

Asseverou, no ponto, que o Sindicato Autor interveio no processo administrativo, apresentando recurso contra o ato impugnado, ao qual foi negado seguimento nos termos do § 1º do art. 4º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (*“§ 1º Dos atos e decisões do Plenário não cabe recurso”*).

Concluiu que *“no caso competia – e em situações análogas sempre competirá – ao Conselho Nacional de Justiça determinar o saneamento das irregularidades, fixando prazo para que o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, o que fez com expressa previsão no inciso II do § 4º do art. 103-B da Constituição da República”* (fl. 160).

7. Dispensada a citação do Autor para a apresentação de réplica (art. 330, inc. I, c/c art. 327 do Código de Processo Civil) e por ser a questão de mérito unicamente de direito, determinei vista à Procuradoria-Geral da República em 21.11.2011 (fl. 187-190).

8. Em 16.9.2013, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido, acolhendo os fundamentos postos nas informações prestadas pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça na Ação Cautelar n. 2.390/PB (fls. 194-201).

9. Realço que, em 17.10.2012, o Procurador-Geral da República ajuizou ação direta (n. 4.867) questionando a constitucionalidade do dispositivo da lei paraibana que criou os cargos em comissão objeto da decisão do Conselho Nacional de Justiça impugnada nesta ação ordinária

**PET 4656 / PB**

(art. 5º da Lei estadual n. 8.223/2007).

Aplicado o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999, em 27.6.2013 a ação de controle concentrado mencionada foi em conclusão ao Ministro Roberto Barroso, instruída com as informações dos órgãos estaduais, a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República, no sentido da procedência do pedido.

10. Noticio, ainda, o apensamento por conexão de vários mandados de segurança impetrados pelos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça (fl. 401), nas quais suscitadas as mesmas questões postas nesta ação e cujas liminares foram por mim deferidas em face do que assentado na Ação Cautelar n. 2.390/PB (Mandados de Segurança ns. 28.112, 28.113, 28.114, 28.115, 28.116, 28.117, 28.118, 28.119, 28.120, 28.121, 28.318, 28.320 e 28.327), pelo que também apresento as impetrações para julgamento conjunto.

É o relatório.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Inicialmente, deve-se analisar a competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação, considerando-se a interpretação restritiva da al. *r* do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014.

O entendimento adotado concluiu pela necessidade de se inibirem indevidas ampliações descaracterizadoras das atribuições institucionais deste Supremo Tribunal, limitando o termo 'ações', constante daquele permissivo constitucional, às ações constitucionais do mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus* e mandado de injunção, pela ausência de personalidade jurídica do Conselho Nacional de Justiça e, conseqüentemente, sua incapacidade para ser parte processual em ações ordinárias.

Reconhecendo a incompetência deste Supremo Tribunal para o processamento e julgamento daquelas causas, o Ministro Dias Toffoli apresentou voto-vista divergente apenas quanto ao fundamento.

Para Sua Excelência, "*não [se deve] delimitar a apreciação originária do Supremo Tribunal com foco apenas na natureza processual da demanda, sem antes analisar a substância da matéria deduzida*".

Propôs, então, fossem "*preservadas à apreciação primária por esta Suprema Corte as demandas que digam respeito às atividades disciplinadora e*

**PET 4656 / PB**

fiscalizadora do CNJ que repercutam frontalmente sobre os tribunais ou seus membros, ainda que não veiculadas por ação mandamental, o que corresponde às ações que versem sobre a autonomia dos tribunais ou o regime disciplinar da magistratura”.

Os fundamentos do voto-vista do Ministro Dias Toffoli instauraram debate sobre o tema, com alguns Ministros manifestando-se sobre a necessidade de ajustamento da tese adotada a partir da análise de outros casos.

A submissão desta causa ao Plenário tem esse propósito de auxiliar na consolidação do entendimento deste Supremo Tribunal sobre o alcance da al. *r* do inc. I do art. 102 da Constituição da República.

2. Como relatado, a presente petição é autuação de ação ordinária de natureza coletiva, ajuizada pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba – SINJEP, com o objetivo de anular decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça, proferida no Processo de Controle Administrativo n. 200910000018762, na qual determinada a exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão a que se refere o art. 5º da Lei paraibana n. 8.223/2007.

Aplicado o entendimento de restrição formal da al. *r* do permissivo constitucional, deve-se submeter esta ação ordinária ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual, acarretando tal conclusão o seu encaminhamento à Justiça federal de primeira instância, nos termos do art. 109, inc. I, da Constituição da República.

O mesmo não se daria com os muitos mandados de segurança individuais apensados à ação ordinária (Mandados de Segurança ns. 28.112, 28.113, 28.114, 28.115, 28.116, 28.117, 28.118, 28.119, 28.120, 28.121, 28.318, 28.320 e 28.327), que continuariam neste Supremo Tribunal.

**PET 4656 / PB**

A reunião dessas ações foi determinada para garantir, pela tramitação e julgamento conjuntos, a prolação de decisões harmônicas sobre a legitimidade da situação jurídica afetada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Por se cuidar de regra de competência absoluta, a interpretação conferida à al. *r* do inc. I do art. 102 impede a modificação ou a prorrogação da competência, impondo-se, assim, a sujeição da ação coletiva à Justiça de primeira instância.

3. As dificuldades resultantes do encaminhamento da ação ordinária coletiva ao juízo de primeiro grau ficam evidentes se se considera a ausência de correlação entre os efeitos do seu julgamento e os mandados de segurança individuais.

Tratando-se de ação ordinária, não se aplica a regra do § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), pela qual se afastam daqueles que impetraram mandado de segurança a título individual os efeitos da coisa julgada advinda de mandado de segurança coletivo, salvo se requerida, sendo possível, a desistência das impetrações individuais no prazo de trinta (30) dias contados da ciência comprovada da impetração desta segurança coletiva (*"§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva"*).

Tampouco se aplicam os dispositivos constantes da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública, art. 21) e da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor, art. 104), nas quais se disciplinam os efeitos das ações coletivas ajuizadas em defesa do meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e

**PET 4656 / PB**

paisagístico, o que não se tem, por óbvio, na espécie vertente.

Nesses termos, a sentença da ação ordinária coletiva também aproveitaria aos impetrantes dos mandados de segurança individuais, não se havendo cogitar de litispendência ou coisa julgada pelo mesmo fundamento formal utilizado para a interpretação restritiva da al. *r* do permissivo constitucional, a saber, diferentes legitimados passivos '*ad causam*' (Conselho Nacional de Justiça nas impetrações e União na ação ordinária coletiva).

4. Poder-se-ia afirmar que a situação decorre da escolha feita pelo Sindicato Autor, ao optar pelo ajuizamento de ação ordinária em vez da impetração de mandado de segurança coletivo.

Ocorre que na data do ajuizamento da Ação Cautelar n. 2.390 (em 6.7.2009) não se tinha a orientação jurisprudencial pela qual se restringiu o alcance da al. *r* do inc. I do art. 102 da Constituição Federal, sendo certo que a opção do sindicato pelo rito da ação ordinária, apesar de ajuizada no prazo decadencial do mandado de segurança, buscou afastar a causa dos estreitos limites da ação mandamental, ampliando, assim, as chances de seu processamento.

A aplicação do entendimento firmado na sessão plenária de 24.9.2014 conduziria a penalizar o Sindicato Autor, e conseqüentemente seus substituídos, por adotar uma via processual que se mostrava legítima e pela qual se buscava evitar a impetração de mandados de segurança pelos servidores ocupantes dos 100 (cem) cargos comissionados objeto da deliberação do Conselho Nacional de Justiça.

5. Outra questão a ser considerada decorre de a presente ação de natureza coletiva provocar discussão sobre a competência do Conselho Nacional de Justiça para declarar inconstitucionalidade de lei.



PET 4656 / PB

A restrição da al. *r* às ações mandamentais levaria a conferir à Justiça federal de primeira instância a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida.

6. Essas circunstâncias evidenciam o acerto da proposta do Ministro Dias Toffoli nos julgamentos da Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 e do Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680, no sentido da *“competência constitucional desta Corte para a apreciação de demanda em face do CNJ pela via ordinária quando o julgamento da celeuma jurídica por instância diversa possa subverter a posição constitucional atribuída ao Conselho na estrutura do Poder Judiciário”*.

7. Reconheço, portanto, a competência deste Supremo Tribunal para o processamento e o julgamento desta petição.

8. Fixada a competência deste Supremo Tribunal para julgamento desta petição, assento a legitimidade do Requerente para agir na defesa dos direitos e interesses dos seus filiados, como se infere do seu estatuto e dos demais documentos juntados aos autos.

9. Anoto, ainda, ser objeto da presente petição a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo n. 200910000018762, que se pretende anulada ao argumento de incompetência do Conselho Nacional de Justiça para assentar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei paraibana n. 8.223/2007, no que teria sido, na assertiva do Sindicato Autor, ato de *“controle direto”* de constitucionalidade, sustentando ele a higidez constitucional do dispositivo mencionado, do que decorreria a invalidade do provimento questionado.

10. De se analisar, inicialmente, se a decisão proferida pelo Conselho

**PET 4656 / PB**

Nacional de Justiça teria caracterizado declaração de inconstitucionalidade para, se tanto se concluir, decidir-se se esse órgão nacional de controle do Poder Judiciário disporia dessa competência.

11. A atuação do Conselho Nacional de Justiça deu-se em procedimento de controle administrativo *“destinado a apurar fatos (...) consistentes na possível reiteração da prática de nomeações irregulares de servidores pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA, mediante o expediente de lograr aprovação de lei estadual junto à Assembleia Legislativa, para manter em serviço agentes admitidos sem concurso público, sob o escudo jurídico de serem ocupantes de cargos de livre provimento em comissão”* (fl. 75-76, grifos nossos).

Como expresso no ato impugnado, o Conselho Nacional de Justiça agiu com base no inc. II do § 4º do art. 103-B da Constituição da República, no qual se dispõe:

“§ 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:

(...)

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”.

Com as informações colhidas no processo administrativo mencionado, concluiu o órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário que *“o próprio texto legal estadual revela o distanciamento do requisito constitucional rigoroso de vinculação dos cargos em comissão ao exercício de funções de direção, chefia e assessoramento”*,

**PET 4656 / PB**

reconhecendo as atribuições dos cargos examinados como de “*assistentes para múltiplas funções, ou seja, comandados para execução de operações materiais burocráticas*” (fl. 81, grifo nosso).

Baseado em sua conclusão quanto ao desrespeito aos incs. II e V do art. 37 da Constituição da República, notadamente na parte em que se estabelecem os requisitos necessários para afastamento da exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, o Conselho Nacional de Justiça declarou *irregulares* as nomeações realizadas com base no art. 5º da Lei n. 8.223/2007 e determinou que o Tribunal paraibano adotasse as providências necessárias para a exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão mencionados.

Assim, tem-se que o Conselho Nacional de Justiça atuou nos limites de suas prerrogativas, pois, como assentado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12 (Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 18.12.2009), a Constituição da República conferiu-lhe competência para zelar pela observância do art. 37 e apreciar a validade de atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4º, inc. II).

12. Quanto à natureza da decisão impugnada, há de se ter em conta a distinção entre a conclusão sobre o vício a macular lei ou ato normativo por inconstitucionalidade, adotada por órgão jurisdicional competente, e a restrição de sua aplicação levada a efeito por órgão estatal sem a consequência de excluí-lo do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes* e vinculante.

Sobre a inaplicabilidade de atos normativos contrários à Constituição da República, leciona Hely Lopes Meirelles:

“O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não

**PET 4656 / PB**

é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores.

Os Estados de direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isso significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o deste e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição" (Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 538-539, grifos nossos).

Embora o enfoque desse entendimento dirija-se à atuação do Chefe do Poder Executivo, parecem ser suas premissas aplicáveis aos órgãos administrativos autônomos, constitucionalmente incumbidos da relevante tarefa de controlar a validade dos atos administrativos, sendo exemplo o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça.

13. Essa atuação não prescinde do exame da validade do ato administrativo, que perpassa, necessariamente, pela adequação constitucional do fundamento legal no qual se fundamenta: se o órgão de controle concluir fundar-se o ato objeto de análise em norma legal contrária à Constituição da República, afastar-lhe-á a aplicação na espécie em foco.

Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Afinal, como muito repetido, quem dá os fins, dá os meios.

Nessa linha, a manifestação do Ministro Celso de Mello, no sentido de que *"a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar,*

**PET 4656 / PB**

legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos (como o Conselho Nacional de Justiça), de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispondendo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – ‘há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado’ (RMS 8.372/CE, Rel. Min. PEDRO CHAVES, Pleno – grifei)’ (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 31.923/RN, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 19.4.2013, grifos no original).

14. Esse entendimento conjuga-se com o ideal da sociedade aberta de intérpretes, preconizada por Peter Häberle, segundo o qual “[a] interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta”, que envolve “[t]odas as potências públicas, participantes materiais do processo social” (Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1997, p. 13).

15. Daí não se extrai legitimidade para qualquer agente do Estado negar aplicação a texto normativo que repute contrário à Constituição por interpretação singular.

Tampouco se admite conferir efeito *erga omnes* à inconstitucionalidade arguida por órgão ao qual a Constituição da República atribuiu o controle de validade jurídica de atos administrativos.

Todavia, como enfatizado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento

**PET 4656 / PB**

da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, em passagem mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes na manifestação do Conselho Nacional de Justiça juntada à Ação Cautelar n. 2.390/PB, extrai-se do núcleo normativo implícito do inc. II do § 2º do art. 103-B da Constituição da República competência do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional para *“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 da República 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 forma de prevenir a irrupção de conflitos”* (Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 1.9.2006).

Nesses termos, concluída pelo Conselho Nacional de Justiça a apreciação da inconstitucionalidade de lei aproveitada como fundamento de ato submetido ao seu exame, poderá esse órgão constitucional de controle do Poder Judiciário valer-se da expedição de ato administrativo formal e expresso, de caráter normativo, para impor aos órgãos submetidos constitucionalmente à sua atuação fiscalizadora a invalidade de ato administrativo pela inaplicabilidade do texto legal no qual se baseia por contrariar a Constituição da República.

Na palavra do Ministro Ayres Britto, no precedente mencionado, cuida-se do exercício do *“poder de precaver-se ou acautelar-se para minimizar a possibilidade das transgressões em concreto”* (Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, Plenário, DJe 1.9.2006).

16. O exercício dessa competência implícita do Conselho Nacional de Justiça revela-se na análise de caso concreto por seu Plenário, ficando os efeitos da inconstitucionalidade incidentalmente constatada limitados à causa posta sob sua apreciação, salvo se houver expressa determinação para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência afastarem a aplicação da lei reputada inconstitucional.

**PET 4656 / PB**

A edição de ato formal expresso, tido por legítimo, a ser realizado no juízo administrativo, impondo o afastamento do texto normativo para além da relação processual administrativa na qual assentada a inconstitucionalidade, busca concretizar os mesmos objetivos motivadores da criação do instituto da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45/2004, entre os quais a segurança jurídica, pela aplicação e interpretação uniformes da lei, e a razoável duração do processo, conforme o preceito do inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, aplicável administrativamente.

17. Para se obter a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal, à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo realizada *incidenter tantum* e em caráter definitivo por este Supremo Tribunal, a súmula vinculante deverá ser aprovada por dois terços dos seus membros (art. 103-A da Constituição da República).

O espaço menor de influência do Conselho Nacional de Justiça, se comparado em seus efeitos com aqueles da súmula vinculante, torna descabida a exigência de quórum qualificado para a extensão da decisão administrativa que reconheceu inválidos os atos do Tribunal estadual, notadamente pela possibilidade de sujeição do provimento agora questionado ao controle jurisdicional deste Supremo Tribunal, órgão máximo do Poder Judiciário, como realçado no julgamento da ADI 3.367/DF (Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 17.3.2006).

18. Há que se ter como indispensável, condição mesma de eficácia jurídica tanto da declaração de inconstitucionalidade assentada incidentalmente quanto da decisão administrativa extensiva dos seus efeitos, a manifestação da maioria absoluta dos membros do Conselho Nacional de Justiça.

**PET 4656 / PB**

Conquanto o art. 97 da Constituição da República limite, expressamente, a regra da reserva de Plenário aos tribunais, há que se considerar ter essa restrição buscado enfatizar a necessidade de exaurimento das vias recursais ordinárias no controle difuso de inconstitucionalidade realizado pelos órgãos judiciais, tornando apta a interposição de recursos extraordinário e especial, em reforço à determinação constante do inc. III dos arts. 102 e 105 da Constituição da República ("*julgar [...] as causas decididas em única ou última instância*").

A exigência de observância do postulado da reserva de plenário pelos órgãos colegiados de controle administrativo também decorre da necessidade de se conferir maior segurança jurídica à conclusão sobre o vício, pois somente com a manifestação da maioria absoluta dos seus membros ter-se-á entendimento inequívoco do colegiado sobre a inadequação constitucional da lei discutida como fundamento do ato administrativo controlado.

19. Importante realçar não significar essa atuação do Conselho Nacional de Justiça reconhecer-lhe competência para declarar inconstitucionalidade de norma jurídica, menos ainda atribuir efeito *erga omnes* à inconstitucionalidade assentada no julgamento do processo administrativo, por não resultar em anulação ou revogação da lei, cuja vigência persiste.

Para obter esse efeito e pela impossibilidade de se valer do Senado Federal para suspender a execução da lei considerada inconstitucional (art. 52, inc. X, da Constituição da República), deverá o órgão autônomo de controle representar ao Procurador-Geral da República para, se for o caso, propor ele ação de controle abstrato de constitucionalidade neste Supremo Tribunal.

Isso porque a inconstitucionalidade assentada administrativamente não emana, por óbvio, de órgão ao qual a Constituição da República

**PET 4656 / PB**

atribuiu função judicial, sendo válida, ainda hoje, a observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence no Recurso Extraordinário n. 240.096/RJ, de que *“somente o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça têm competência para a declaração por via principal e em abstrato da ilegitimidade constitucional da lei”* (RE 240.096/RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 21.5.1999).

20. Insere-se, assim, entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, o fundamento legal de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta de seus membros.

Esse parece o entendimento que contribui para uma interpretação pluralista da Constituição da República e homenageia os postulados de segurança jurídica e duração razoável do processo administrativo, não significando tal comportamento desrespeito à atuação deste Supremo Tribunal como guardião da Constituição da República.

21. Esse entendimento não contraria a conclusão a que este Supremo Tribunal chegou no julgamento do Mandado de Segurança n. 28.141 (Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 30.6.2011), no qual assentada a incompetência do Conselho Nacional de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei, pois, naquele caso, além de o órgão de controle externo do Poder Judiciário ter atuado como se estivesse no ofício de controle concentrado de constitucionalidade, transcendeu os fundamentos do julgado administrativo, impondo a *“remessa de cópias daquele acórdão a todos os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho do país, para que cessasse o repasse a pessoas jurídicas estranhas ao Poder Judiciário, entidades de classe, ou entidades com finalidade privada”*, embora tenha determinado o encaminhamento da matéria à Procuradoria-Geral da República para

**PET 4656 / PB**

sanar eventual frustração dos comandos constitucionais pela lei mato-grossense tratando de despesas processuais para o cumprimento de cartas precatórias (Lei estadual n. 8.943/2008).

22. Na espécie vertente, o acórdão impugnado foi proferido no julgamento de procedimento de controle administrativo “*destinado a apurar fatos paralelos ao foco central da controvérsia*”, instaurada no Pedido de Providências n. 1.492, resultante de reclamação feita pelo Ministério Público do Trabalho da 13ª Região ao Conselho Nacional de Justiça, pela relutância da Presidência do Tribunal paraibano em atender à solicitação de informações e documentos destinados a instruir procedimento investigatório destinado a apurar práticas “*de clientelismo, empreguismo e nepotismo*” no Poder Judiciário da Paraíba (fl. 79).

A prática de atos contrários ao comando constitucional de ingresso no serviço público por concurso público provocou, ainda, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República, por representação da Procuradoria da República na Paraíba, contra dispositivos da Lei estadual n. 6.600, de 10.2.1998, e da Lei Complementar estadual n. 57, de 24.12.2003, pelas quais se teriam criado cento e noventa e dois (192) cargos de ‘Agente Judiciário de Vigilância’ para provimento em comissão, posteriormente denominados ‘Agente de Segurança’ (Leis estaduais ns. 7.679, de 26.10.2004, e 7.696, de 22.12.2004).

No julgamento dessa ação direta (n. 3.233/PB), este Supremo Tribunal assentou a inconstitucionalidade daquelas leis estaduais por ofensa ao princípio da livre nomeação e exoneração, previsto no art. 37, inc. II, da Constituição da República, realçando a “*necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público*” (Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 14.9.2007).

**PET 4656 / PB**

Em cumprimento a essa decisão, o Tribunal de Justiça paraibano informou ao Conselho Nacional de Justiça, no Pedido de Providências n. 1.492, ter editado portaria dispensando os ocupantes dos cargos comissionados de Assessor de Segurança, realçando que iria contratar novos vigilantes em caráter emergencial e temporário *“até a realização de concurso público para seleção do pessoal respectivo”* (fl. 72).

O tribunal paraibano noticiou, ainda, a edição da Lei estadual n. 8.223/2007, pela qual foram criados cem (100) cargos em comissão de ‘Assistente de Administração’, de livre nomeação e exoneração, afirmando não haver *“qualquer indicativo de que tais vagas devam ser preenchidas, obrigatoriamente, por vigilantes recém-demitidos”* (fl. 72).

Visando apurar *“possível reiteração da prática de nomeações irregulares de servidores pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, mediante o expediente de lograr aprovação de lei estadual junto à Assembleia Legislativa, para manter em serviço agentes admitidos sem concurso público, sob o escudo de serem ocupantes de cargos de livre provimento em comissão”* (fls. 71-72), o Conselho Nacional de Justiça instaurou, de ofício, o Procedimento de Controle Administrativo n. 2009.10.00.0018762, do qual resultou o ato ora impugnado, consubstanciado na declaração de irregularidade das nomeações efetuadas com base no art. 5º da Lei estadual n. 8.223/2007, com determinação para o tribunal paraibano *“adotar as providências para exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão a que se refere tal lei, no prazo máximo de 60 dias”* (fl. 78).

23. Ao suspender os efeitos dessa decisão na Ação Cautelar n. 2.390/PB, pareceu-me, em exame preliminar e precário, próprio das liminares, que a contrariedade assentada pelo Conselho Nacional de Justiça não estaria nos atos de nomeação, mas na norma legal criadora dos cargos em comissão preenchidos por aquele órgão jurisdicional estadual (art. 5º da Lei n. 8.223/2007), decretada e sancionada, respectivamente, pelos Poderes Legislativo e Executivo do Estado, que, à

**PET 4656 / PB**

evidência, não poderiam ter seus atos sujeitos a controle de validade constitucional formulado em abstrato pelo Conselho Nacional de Justiça (DJe 14.8.2009).

Daí ter manifestado, naquela ocasião, a impressão de ter o Tribunal de Justiça dado exato cumprimento à lei ao promover as nomeações, realizando o Conselho Nacional de Justiça declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 8.223/2007, afastando a sua incidência sob critérios alegadamente extraídos da Constituição da República.

24. Concluo, entretanto, ter atuado o órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites de sua competência, afastando a validade dos atos administrativos e, para tanto, a aplicação de lei estadual como seu fundamento e que ele reputou contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado.

Não há declaração de inconstitucionalidade da qual resulte a anulação ou revogação da lei discutida, com exclusão de sua eficácia.

Teve-se na espécie a nulidade dos atos questionados para o que se afirmou inaplicável, administrativamente, lei estadual com vício de inconstitucionalidade, vinculando-se apenas a atuação de órgão judicial cujos atos administrativos foram submetidos ao controle do Conselho Nacional de Justiça.

Não se há cogitar, portanto, de usurpação da competência deste Supremo Tribunal, a qual seria passível de impugnação por meio constitucional próprio, como efetivamente se deu.

25. Quanto ao alegado desrespeito ao contraditório dos servidores

**PET 4656 / PB**

atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, sendo exoneráveis *ad nutum* e a exoneração não configurando punição por ato a eles imputado, tenho como prescindível a atuação de cada qual dos interessados, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário.

Nessa linha, o reconhecimento, por este Supremo Tribunal, da higidez da deliberação de outro órgão autônomo de controle, o Tribunal de Contas da União, no ponto em que determinou o retorno aos órgãos de origem de todos os servidores requisitados por certo tribunal regional eleitoral sem a sua convocação para se pronunciarem no processo administrativo (Mandado de Segurança n. 25.203, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 9.9.2005).

No mesmo sentido, o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do Mandado de Segurança n. 25.198, quando Sua Excelência, Relator para o caso, afirmou:

“(...) descabe assentar que tal processo, a envolver, repita-se, na via direta, o Tribunal de Contas da União e o Tribunal Regional Eleitoral, deveria contar, na respectiva relação, com possíveis interessados na manutenção do quadro. Improcede integralmente a alegação de desrespeito ao devido processo legal, no que aqueles não foram instados a se manifestar antes da deliberação ocorrida. A questão resolve-se não em face do interesse de agir, mas da inexistência do direito líquido e certo sustentado na inicial. A assim não entender, ter-se-á verdadeiro caos na atuação do Tribunal de Contas da União, perpetuando-se, a mais não poder, todo e qualquer processo cuja definição fiscalizadora repercute, embora de forma indireta, na vida dos servidores” (grifos nossos, Plenário, DJ 26.8.2005).

A improcedência da alegação de ofensa ao devido processo legal é realçada, ainda, pela intervenção do Sindicato dos Servidores do Estado da Paraíba, agora Requerente, no procedimento de controle

**PET 4656 / PB**

administrativo impugnado, apresentando até mesmo recurso, conforme enfatizado pela União nas contrarrazões.

Correta também a observação da União de que, *“viesses [o próprio Tribunal de Justiça da Paraíba] a reconhecer sponte propria a irregularidade de tais nomeações e resolvesse exonerar todos esses servidores comissionados, não haveria de se observar a ampla defesa e o contraditório, quiçá o Conselho Nacional de Justiça que fiscalizou a regularidade do ato administrativo praticado por aquele Tribunal Estadual”* (fl. 159).

Inexistente, portanto, o alegado prejuízo aos substituídos pelo Sindicato Requerente no ponto.

26. Quanto ao exame da higidez constitucional do dispositivo da lei paraibana pela qual foram criados os cargos em comissão objeto da decisão do Conselho Nacional de Justiça impugnada nesta ação ordinária (art. 5º da Lei estadual n. 8.223/2007), embora se tenha afirmado seu descabimento nesta petição, ao argumento de que *“[a]qui se cuida tão só de averiguar – porque esse é o fundamento do pedido inicial – se houve usurpação da competência do STF”* (fl. 178), tenho que a mera possibilidade de a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.867 ser julgada improcedente impõe o enfrentamento da questão de forma incidental.

Evitar-se-ia, assim, o risco de se afastarem desnecessariamente os ocupantes dos cargos criados pelo dispositivo discutido (Assistente de Administração), com a conseqüente interrupção dos serviços por eles prestados para o Poder Judiciário local e com a supressão no pagamento da remuneração percebida, de grave implicação no orçamento familiar desses servidores.

Ademais, o Sindicato Autor sustenta, expressamente, a constitucionalidade do dispositivo afastado pelo Conselho Nacional de Justiça, não podendo este Supremo Tribunal abster-se do exame dessa

**PET 4656 / PB**

matéria neste caso, sob pena de negar a prestação jurisdicional requerida.

27. Parece-me, ainda, que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.867 não ficaria prejudicado com eventual declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 8.223/2007 da Paraíba, pois os limites objetivos e subjetivos desta ação, ainda que de natureza coletiva, impedem a cessação por completo da eficácia do dispositivo arguido, persistindo ainda efeitos residuais concretos na elaboração do orçamento do Poder Judiciário local.

Considero, pois, que o exame incidental da constitucionalidade do dispositivo discutido conferirá maior segurança jurídica à decisão deste Supremo Tribunal sobre a higidez da atuação do Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo n. 2009.10.00.001876-2, certo, ainda, que o Sindicato Autor suscitou essa questão como causa do seu pedido de declaração de nulidade do ato administrativo mencionado (item XI da petição inicial, fls. 23 e ss.).

28. Examino a constitucionalidade do art. 5º da Lei paraibana n. 8.223/2007, no qual se dispõe:

“Art. 5º Ficam criados, no Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça, 100 (cem) cargos de provimento em comissão, de Assistente de Administração, símbolo PJ-CTJ-155, com vencimento de R\$ 112,50 (cento e doze reais e cinquenta centavos), cabendo aos seus ocupantes as seguintes atribuições:

I – exercer atividades administrativas de assistência direta aos Gabinetes da Presidência, Vice-Presidência, da Corregedoria Geral, da Secretaria-Geral, dos Juízes Auxiliares da Presidência, das Secretarias Administrativa, Judiciária, de Planejamento e Finanças, de Recursos Humanos e de Tecnologia e Informação, das Consultorias Jurídica e Administrativa e das Coordenadorias;

II – exercer outras atividades administrativas de confiança não incluídas nas atividades privativas dos servidores do quadro efetivo do Poder Judiciário e que lhes forem cometidas pela autoridade competente”.

**PET 4656 / PB**

Para o Tribunal de Justiça paraibano,

“a precitada lei preencheu todos os requisitos bastantes à sua constitucionalidade já que – partindo de projeto de iniciativa do Tribunal de Justiça, apreciada e editada regularmente pelo Poder Legislativo estadual e sancionada pelo Governador do Estado – estabeleceu cargos comissionados no âmbito das normas próprias à espécie, regulamentando suas atribuições com características de poder de comando e, ao mesmo tempo, relação de confiança entre seu ocupante e a autoridade a que está subordinado” (fl. 444 da Ação Cautelar n. 2.390/PB).

29. Como realcei em trabalho doutrinário, o acesso no serviço público dá-se por meio *“da via jurídica possibilitadora do ingresso (...), conferida ao administrado como um direito a conquistar segundo os paradigmas legalmente traçados”* (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. Saraiva, São Paulo, 1999, fl. 143, grifos ausentes no original).

Naquele estudo, enfatizei que o provimento de cargo público, segundo a natureza do cargo e a sua condição nos quadros da entidade estatal, *“é elemento que vincula o legislador, quando da descrição legal daquele cargo, e, posteriormente, o administrador, quando do procedimento levado a efeito para o provimento”*, tendo-se *“provimento efetivo quando o cargo é figurado, no sistema jurídico, como admitindo ou determinando que o seu suprimento por um servidor atenda a caráter vocacionado à permanência”* (fl. 173), e provimento comissionado quando *“cargo é cometido a alguém em caráter instável e tendente a ser provido segundo uma condição interinamente cumprível. Nesse caso, o cargo pode ser da estrutura permanente da entidade pública, mas o exercício de suas funções dá-se mediante comissionamento, que tem como elemento determinante uma vinculação especial e precária entre o agente público competente à escolha e o servidor designado para o desempenho”* (fl. 175).

**PET 4656 / PB**

Observei, então, “que não é qualquer cargo que pode ser definido legalmente como sendo de provimento comissionado, excluindo-se, por força dessa característica, das exigências de concurso público para a nomeação do seu titular” (fl. 176).

Sobre essa exceção à regra do concurso público, expus naquele estudo:

“Cuida-se de situação excepcional, que precisa ser considerada e compatibilizada com a impessoalidade, posta como princípio constitucional intransponível e incontornável. A confiança haverá de ser considerada em relação às condições de qualificação pessoal e à vinculação do agente escolhido com a função a ser desempenhada. Não é possível, juridicamente, tomar como mera função, sem o correspondente no quadro administrativo, um conjunto de atribuições que deve ser instituído como inerente a um cargo público. Nem se há de considerar de confiança o que precisa ser tratado e provido segundo exigências e critérios profissionais insuperáveis.

(...)

Há de se atentar, pois, ao comando constitucional no sentido de que ‘as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento’ (art. 37, V, com a norma da Emenda Constitucional n. 19/98).

Pelos termos claros e taxativos da norma, vê-se, pois, que inexistente possibilidade de ter o legislador infraconstitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo” (fls. 177 e 179, grifos nossos).

Nesses termos, há de se ater o provimento do cargo comissionado ao atendimento dos pressupostos determinantes do exercício das funções

**PET 4656 / PB**

que lhe são próprias.

Em cada caso e para cada cargo ou emprego haverá de ser perquirida a consonância do legalmente estabelecido para o exame da validade jurídica das exigências definidas. Qualquer ato de nomeação a configurar provimento ou investidura em descumprimento ao constitucionalmente estabelecido configura vício jurídico inconvaleável.

30. No caso em pauta, além dos indícios apontados pelo Conselho Nacional de Justiça de cometimento de fraude ao que decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007 evidencia a burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República.

O dispositivo questionado não explicita as atividades a serem desenvolvidas pelos nomeados para o exercício do cargo comissionado de 'Assistente de Administração', limitando-se a atribuir-lhes o desempenho de "*atividades administrativas*", expressão de conceito jurídico indeterminado a legitimar a conclusão do Conselho Nacional de Justiça no sentido de que os comissionados não passam de "*assistentes para múltiplas funções, ou seja, comandados para execução de operações materiais burocráticas*" (fl. 77).

Nem se alegue que o exercício dessas atividades em caráter de confiança ou na prestação de assistência direta a setores específicos do Tribunal de Justiça paraibano atrairia o figurino constitucional delineado no inc. V do art. 37 da Constituição da República, pois essas circunstâncias não têm como consequência alterar a circunstância de a lei criadora não apresentar, nas atividades descritas, função de comando inerente aos cargos de direção e chefia, nem prestação de assessoria técnica diretamente relacionada ao exercício dos membros do Poder nomeante.

**PET 4656 / PB**

Tampouco se extrai da lei paraibana vínculo de confiança a explicar o regime de livre nomeação e exoneração característico dos cargos comissionados.

31. Como realçado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, este Supremo Tribunal interpreta a norma do inc. V do art. 37 da Constituição da República *“como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração – e a devida regulamentação por lei – de que as atribuições de determinado cargo sejam bem atendidas por meio do provimento em comissão, no que se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado”*. Nesse sentido, por exemplo, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.141, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJ 29.8.2003; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.427, Relator o Ministro Nelson Jobim, Plenário, DJ 8.8.2003; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.125/TO, de minha relatoria, Plenário, DJe 14.2.2011.

32. Pelo exposto, considero válida a atuação do Conselho Nacional de Justiça na espécie e **julgo improcedente a presente ação anulatória, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, denegando, ainda, os Mandados de Segurança ns. 28.112, 28.113, 28.114, 28.115, 28.116, 28.117, 28.118, 28.119, 28.120, 28.121, 28.318, 28.320 e 28.327, com a consequente cassação das liminares deferidas na Ação Cautelar n. 2.390/PB e nas impetrações mencionadas.**

É como voto.

**19/12/2016****PLENÁRIO****PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA****ESCLARECIMENTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) - Eu tenho que destacar para tomar os votos, porque, se prevalecer o entendimento que foi firmado na Questão de Ordem na Ação Originária nº 1814 e no agravo regimental, o resultado seria do não conhecimento e, portanto, ficaríamos aqui. Se superarmos, aí eu vou ao voto de mérito desta ação. Enfatizando, mais uma vez, que todos os mandados de segurança têm o mesmo objeto, as informações nem foram repetidas, a manifestação da Procuradoria apenas se remeteu ao que já constava aqui, porque essa é coletiva e os outros não, faria com que esta petição nós não conhecêssemos, mas os mandados de segurança, nós teríamos que julgar sobre o mesmo objeto.

Então, eu vou colher os votos, neste caso, e, a partir da decisão do Plenário, eu continuo ou não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) - Pois não. Tem a palavra.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu gostaria só de me manifestar no sentido de que, quando proferi aquele voto-vista, procurei destacar exatamente que haveria casos excepcionais em que, mesmo em uma ação ordinária, se nós não firmássemos a competência desta Corte para julgar estas ações, nós subverteríamos a posição hierárquica, como Vossa Excelência destacou, citando o voto por mim proferido, da posição constitucional do Conselho Nacional de Justiça, permitindo que a instância de primeiro grau anulasse uma decisão.



PET 4656 / PB

E vejam aqui. São vários mandados de segurança que nós vamos julgar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA - Sobre o mesmíssimo ato.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O mesmo objeto, e nós vamos remeter a ação anulatória coletiva para o primeiro grau, que pode tomar uma decisão diferente. E só nós poderíamos, aqui, analisar isso, em grau de RE, e se houver repercussão geral, subvertendo completamente a posição hierárquica do Conselho.

O que eu gostaria de deixar claro, ao me manifestar nesse instante, é que esta é uma posição excepcional. De regra, as ações ordinárias vão para a primeira instância, mas, excepcionalmente, para preservar a posição hierárquica, nós, realmente, temos que assumir. E este é um caso evidente de que determinar a ida desta ação anulatória para a primeira instância vai subverter a posição hierárquica do Conselho Nacional de Justiça estabelecida na Constituição.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

VOTO S/PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Acompanho Vossa Excelência, conhecendo da petição para apreciar o mérito.

#



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

VOTO S/PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu estou acompanhando em razão de haver liminar deferida há mais de seis anos e pelo conjunto dos mandados de segurança, portanto, pela situação excepcional.

Acompanho Vossa Excelência.

###



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente, essa é uma questão delicada. Essa possibilidade de, através de ação ordinária, se anular ato de um órgão superior não é nenhuma novidade no nosso sistema. Um juiz de primeiro grau pode, por ação ordinária, até numa ação popular, anular ato proferido pelo Presidente da República, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pelo presidente de qualquer tribunal superior, pelos órgãos máximos do Poder Legislativo. Quer dizer, isso é do sistema. O Supremo tem uma longa tradição no sentido de que a ação popular é que comporta esse tipo de provimento constitutivo negativo, mesmo contra o Presidente da República ou contra o ato administrativo do Supremo Tribunal Federal, processar pelas vias ordinárias.

Ademais, em outra oportunidade, se colocou a questão relacionada à possibilidade de um juiz de primeiro grau deferir uma liminar numa ação dessa. Essa hipótese não pode acontecer, porque esta está proibida por lei, não pode um juiz de primeiro grau deferir - está na Lei 9.494, e se aplica também às ações contra a União, contra o CNJ - liminares para suspender ato de autoridade que, na via do mandado de segurança, está sujeita a uma prerrogativa de foro, vamos dizer assim, como é o caso do CNJ; na via do mandado de segurança, está sujeito ao Supremo Tribunal Federal.

Há outras situações dessa natureza. Lembro que lá, no STJ, essa questão também se discutia em relação aos atos do Conselho da Justiça Federal. O problema era exatamente o mesmo. Não vejo dificuldade de considerar que, em regra, a competência seja mesmo de juiz de primeiro grau, quando se trata das vias ordinárias. Agora, excetuadas as hipóteses excepcionais, parece-me que aqui haveria essa possibilidade justamente porque é a mesma questão, e já é objeto de mandado de segurança, e se trata de uma ação coletiva.

Então, no caso concreto, acompanho Vossa Excelência, mas com essa



PET 4656 / PB

ressalva. É o que entendo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) - Mas acho que é a tese do Ministro Dias Toffoli. Em regra, não teríamos, mas examinariamos os casos como esses.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - De qualquer modo, em algum momento, teremos de definir exatamente qual seria a exceção, porque, se dissermos que, em regra, não é, mas, excepcionalmente, é, deixamos...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

No meu voto, procurei dizer isto: são aqueles atos que atingem exatamente àqueles parâmetros que são colocados relativamente à posição do próprio juiz e do Judiciário. Por exemplo, questões relativas a cartório. Essas questões são relativas e não atingem diretamente o juiz na instância da sua sujeição ao Conselho Nacional de Justiça; por exemplo, questões relativas a servidores. Mas um fato que atinge diretamente o próprio juiz, você subverte a hierarquia ao conceder, na atividade-fim do Poder Judiciário, a possibilidade da Justiça de primeira instância subverter e cassar uma decisão do CNJ.

Então, são essas – entre outras - as excepcionalidades.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência consideraria, então, que seriam aquelas mesmas hipóteses em que - vamos dizer assim -, de alguma forma, a Magistratura estivesse interessada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente. Em que a Magistratura tivesse interessada.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então, agregaria aquela outra regra.



PET 4656 / PB

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - As hipóteses que temos, por exemplo, de petição, quer dizer, ações comuns e mandados de segurança.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) - Tanto que apensei e nem instruí, estão todos juntos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Porque, do contrário, podemos até ter posicionamentos contraditórios, vamos discutir reclamação, porque se manda a ação civil para...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) - É o que eu falei no voto. São 28 (vinte e oito) que apensei e nem houve instrução, porque a Procuradoria disse que já tinha prestado informações.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Que é o caso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) - Vossa Excelência, que era Presidente, disse.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Estou concordando justamente por isso. Agora, o que acho é que, em algum momento, teremos que estabelecer claramente esses critérios objetivamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) - Critérios ou marco jurisdicional, digamos, de competência.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vamos aqui criar sempre a necessidade de discutir caso a caso.

Acompanho por essa razão.

Documento não revisado pelo Exmo. Sr. Ministro Teori Zavascki.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

VOTO S/PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, acompanho integralmente Vossa Excelência.

Na linha também do Ministro Toffoli, estou entendendo que as matérias que são de competência constitucional do CNJ não podem, de forma nenhuma, serem apreciadas pelo juiz de primeira instância. Não é possível haver conflito dentro do sistema; temos que manter a higidez do sistema, sobretudo no que diz respeito à hierarquia.

Acompanho Vossa Excelência, e até não me impressiono, com o devido respeito, de estarmos decidindo só sobre esse caso concreto. Acho que já estamos enunciando um embrião de uma tese a partir de agora.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

VOTO S/ PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ministro Lewandowski, só enriquece o meu refletir ouvir a manifestação de Vossa Excelência.

Senhora Presidente, quando apresentado, aqui no Plenário, o voto-vista do Ministro Toffoli sobre a competência do STF nas ações ajuizadas contra o CNJ, mostrei-me vivamente impressionada pelos fundamentos de Sua Excelência, fiz o registro e me propus a melhor refletir sobre o tema. Este é realmente de enorme delicadeza, porque também iria lembrar, como o fez o Ministro Teori, a hipótese da ação popular, da competência do primeiro grau de jurisdição. Naquele julgamento, em especial, reporteime a decisões de Vossa Excelência, Ministra Cármen Lúcia, e do Ministro Celso de Mello em processos apreciados por este Pleno. Penso, contudo, que, pelo menos neste caso ora em análise, na linha do que foi proposto pelo Ministro Luís Roberto, é viável adotar tal compreensão, independentemente do amadurecimento da tese que permita se explicitem com absoluta clareza as hipóteses da excepcionalidade. Continuo a entender que a competência originária do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito, e que a alínea "r" do inciso I do art. 102 da Constituição há de ser interpretada de forma restritiva, consideradas apenas as ações constitucionais. Porém, como Vossa Excelência muito bem pontuou, seria uma verdadeira incongruência, diante dos mandados de segurança impetrados com o mesmo objeto, autuados aqui como petição, optarmos por devolver os autos à origem ou remeter ao primeiro grau a ação originária ajuizada pelo sindicato.

Acompanho, portanto, o voto de Vossa Excelência, Presidente.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mantenho-me fiel ao que decidido pelo Plenário na questão de ordem mencionada por Vossa Excelência.

Assentou-se que a competência deste Tribunal, considerada a alínea "r" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, quanto a ações movidas contra ato do Conselho Nacional de Justiça, ou do Conselho Nacional do Ministério Público, mostra-se estrita às impetrações – mandados de segurança e *habeas corpus*.

Defrontamo-nos com ação cível originária. No caso, pouco importa se se trata de ação plúrima ou coletiva, o certo é que não se está diante de mandado de segurança nem de *habeas corpus*.

Por isso, entendo ser o Supremo incompetente para julgá-la.

**19/12/2016****PLENÁRIO****PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA****VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, acompanho integralmente a conclusão de Vossa Excelência.

O exame que fiz me conduziu a esse mesmo destino. A lei estadual nova, o teor repaginado usurpa a regra do concurso público, portanto não tenho dúvida alguma que há uma burla na criação desses cargos em comissão para destinatários que, em comissão, a rigor, não são.

Além disso, parece-me que o voto de Vossa Excelência bem delimita a atribuição e o exercício que fez dessa atribuição o Conselho Nacional de Justiça. Trata-se, na verdade, de aplicar o que este Tribunal já declarou inconstitucional, portanto aplicar uma nulidade constitucional que este Tribunal já reconheceu em diversos precedentes. Estou me ancorando, por exemplo, também mencionado por Vossa Excelência, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.233, relator o Ministro Joaquim Barbosa.

Portanto, Senhora Presidente, estou acompanhando integralmente Vossa Excelência e creio que isso levará, se esta tese for predominante, à denegação da ordem de todos os mandados de segurança que estão apensados. É assim que voto, manifestando minha total concordância.

**19/12/2016****PLENÁRIO****PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA****VOTO**

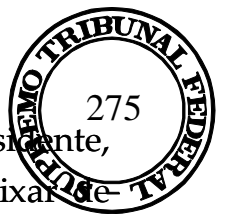
O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, também eu acompanho.

Havia três questões centrais: saber se o Conselho Nacional de Justiça pode reconhecer a inconstitucionalidade; a segunda, saber se, de fato, a norma era inconstitucional; e terceiro, saber se houve violação do contraditório.

Eu acompanho Vossa Excelência e entendo que quem quer que tenha que aplicar lei, sem ser um órgão subalterno, deve interpretar a Constituição e, se entender que a lei é incompatível com a Constituição, tem que ter o poder de não a aplicar, sob pena de estar violando a Constituição, no que acompanho. Vossa Excelência até fez a distinção entre não aplicar lei inconstitucional ou declará-la inconstitucional. Concordo com esse ponto. Tenho defendido isso na Turma, embora a matéria não seja pacífica.

Concordo também que é inconstitucional esse art. 5º, que, na verdade, procurou contornar decisão anterior do próprio Supremo; e acho que aqui é uma hipótese excepcional em que não se impõe o contraditório.

Portanto, estou acompanhando integralmente o voto de Vossa Excelência.



O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente,

a questão da legitimidade de uma autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional é uma questão delicadíssima, nós sabemos disso. Mas, nesse caso específico, especialmente em se tratando de CNJ, penso que o voto de Vossa Excelência equacionou adequadamente a matéria.

Estou acompanhando Vossa Excelência na ação ordinária e nos mandados de segurança.

Publicado sem revisão.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Cumprimentando Vossa Excelência pelo voto, Presidente, eu endosso integralmente os fundamentos que esgrimiu e a acompanho inclusive para denegar a ordem nos mandados de segurança.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Também eu cumprimento Vossa Excelência pelo voto que esgotou toda a matéria, tanto na questão preliminar, como agora na de mérito. Acompanho e subscrevo totalmente, Senhora Presidente.

**19/12/2016****PLENÁRIO****PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Também, Senhora Presidente, eu acompanho integralmente Vossa Excelência. O caso é delicado e, a meu ver, um tanto quanto intrincado, mas Vossa Excelência soube distinguir muito bem, a meu ver, até fazendo a gentileza de citar um voto meu acolhido pelo Plenário, no sentido de se afirmar que o CNJ não pode incursionar na seara do controle abstrato de inconstitucionalidade. Eu sempre fiz muita questão desta posição, que é do Supremo, insisti com o CNJ, mas aqui nós temos uma diferença muito clara. Aqui o CNJ meramente está aplicando aquilo que a Constituição diz que é de sua competência, no art. 103-B, § 4º, inciso II, que é "zelar pela observância do art. 37" da nossa Carta Magna. E o que se vê na decisão contestada do CNJ, é que ele não declara inconstitucional a lei sob a qual ele se debruçou, mas simplesmente invoca precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, para determinar a exoneração daqueles servidores que foram contratados em desconformidade com aquilo que a Constituição estabelece no art. 37 e que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem vergastado.

Eu acompanho integralmente Vossa Excelência não apenas na conclusão do voto, mas também na cassação de todas as liminares.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E para conforto, eu acompanho Vossa Excelência exatamente naquele precedente e tenho a mesma posição de Vossa Excelência quanto à impossibilidade de o Conselho Nacional de Justiça declarar a inconstitucionalidade e reconhecer. Mas apenas para o conforto, já quando veio a ação cautelar, eu fiz questão de citar o que o Conselho Nacional de Justiça então fixou. Ele disse que haveria indícios de inconstitucionalidade e aí declarou, implicitamente, essa invalidade, alegando que o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba providenciasse a



PET 4656 / PB

exoneração dos ocupantes por falta de comprovação dos requisitos necessários. Quer dizer, ele nem tomou a medida de ele exonerar ou coisa... Quer dizer, ele teve o cuidado... O Ministro Gilmar explicitou, por isso é que eu li tantas passagens das informações.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Bom dia, Presidente. Eu peço escusas pela falta do horário, mas foi motivo de força maior.

Estou habilitado a votar e vou fazer uma juntada de voto, mas acompanho o voto de Vossa Excelência. Estou integralmente de acordo.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

***Ementa:* PETIÇÃO. LEI 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 5º DA LEI 8.223/2007 DA PARAÍBA. ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. COMPETÊNCIA PARA AFASTAR NORMA INCONSTITUCIONAL. VOTO PELA IMPROCEDÊNCIA DA PETIÇÃO, COM DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

1. O Conselho Nacional de Justiça é competente para afastar a aplicação de lei – utilizada como base de ato administrativo objeto de controle – quando reconhecer sua inconstitucionalidade, sem prejuízo do inafastável *judicial review*.

2. A manifestação prévia desta Suprema Corte a respeito da inconstitucionalidade da matéria posta a exame pelo Conselho Nacional de Justiça não constitui requisito indispensável para possibilitar o afastamento da norma, mas poderá servir de ônus argumentativo sólido para

**PET 4656 / PB**

potencializar a fundamentação analítica do necessário afastamento da incidência da norma no caso concreto.

3. Deveras, o afastamento de leis ou atos normativos somente deve ocorrer nas hipóteses de cabal e inconteste ultraje à Constituição, de ordem que, nas situações de dúvida ou dissenso razoável acerca da incompatibilidade do conteúdo da norma adversada com a Lei Fundamental, a aplicabilidade da norma é medida que se impõe (THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review.* Vol. 7, No. 3, 1893, p. 129/156).

4. É inconstitucional a criação de cargos em comissão para funções que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, o que é evidente na hipótese da lei impugnada, que prevê o desempenho de funções técnicas (CRFB/88, art. 37, V).

5. *In casu*, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu a contrariedade da norma em relação ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado.

6. Voto pela improcedência da Petição, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 8.223/2007, da Paraíba.



PET 4656 / PB

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público.

A questão de fundo analisada no processo em análise tem que ver com a análise da decisão do Conselho Nacional de Justiça, que, nos autos do PCA 2009.10.00.001876-2, declarou a nulidade do ato administrativo do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, qual seja, a nomeação de 100 (cem) servidores ocupantes de cargo comissionado de Assistente de Administração, nomeados com fundamento na Lei 8.223/07, do Estado da Paraíba, tidas como irregulares pela não observância dos “*limites materiais de tolerância do excepcional ingresso no serviço público sem concurso*”, e determinou que o TJPB adotasse providências necessárias à exoneração dos impetrantes e outros servidores.

Pois bem.

Com efeito, a Constituição da República, em seu artigo 37, inciso V, permite a nomeação para cargos em comissão e funções de confiança em hipótese **excepcionais de direção, assessoramento e chefia**, *in verbis*:

Art. 37.

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifo próprio).

Nos termos da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 304-305):

“(...) os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”.

**PET 4656 / PB**

É pertinente, no ponto, a sempre irretocável lição, em sede doutrinária, da Ministra Cármen Lúcia (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 191), quando defende que:

“Pelos termos claros e taxativos da norma (art. 37, V, CR), vê-se, pois, que inexistente possibilidade de ter o legislador infraconstitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo.

(...)

Não se interprete o comissionamento como um arbítrio administrativo deixado ao cuidado do administrador público. Arbitrariedade administrativa é incompatível com o Estado de Direito. Assim, não há comissionamento conferido sem limites a quem quer que seja. Principalmente, não há como interpretar norma que configure como cargo de provimento comissionado sem atentar às normas que estabelecem os fundamentos constitucionais da Administração Pública”.

De fato, cargos em comissão não podem ser criados para o desempenho de funções técnicas, tal como na hipótese da lei paraibana impugnada. Nesta Corte, o Pleno não tem admitido uma vulgarização da criação de cargos em comissão, de modo que o art. 37, inciso V, da Carta Magna possa ser indevidamente utilizado, de maneira a frustrar a exigência constitucional do concurso público. Confirma-se a jurisprudência do STF sobre o tema:

EMENTA Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade. 1. A decisão

**PET 4656 / PB**

ora atacada reflete a pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento. 2. Esses cargos, ademais, deveriam ser preenchidos por pessoas determinadas, conforme descrição constante da aludida lei. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento. (RE 376440 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, DJe 14-11-2014 – grifo próprio);

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados. (ADI 3602, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe 07-06-2011 – grifo próprio);

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES

**PET 4656 / PB**

“ATRIBUIÇÕES”, “DENOMINAÇÕES” E “ESPECIFICAÇÕES” DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (...) 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes. 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes. (...) 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocantinense n. 1.950. (ADI 4125, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJe 15-02-2011 – grifo próprio);

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. 2. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição

**PET 4656 / PB**

Federal. 3. Ação julgada procedente. (ADI 3706, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2007, DJe 05-10-2007 – grifo próprio);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.029/89 DO ESTADO DE GOIÁS. ART. 7º, § 2º E ART. 1º, QUE ALTEROU O ART. 106, VII DA LEI 9.129/81, DO MESMO ESTADO. Os dispositivos em questão, ao criarem cargos em comissão para oficial de justiça e possibilitarem a substituição provisória de um oficial de justiça por outro servidor escolhido pelo diretor do foro ou um particular credenciado pelo Presidente do Tribunal, afrontaram diretamente o art. 37, II da Constituição, na medida em que se buscava contornar a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, princípio previsto expressamente nesta norma constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, nos termos do voto da relatora. (ADI 1141, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2002, DJ 29-08-2003 – grifo próprio).

In casu, o art. 5º da lei paraibana impugnada vulgarizou inconstitucionalmente a criação de cargos em comissão. O referido dispositivo criou 100 cargos em comissão na estrutura do Poder Judiciário paraibano com a função de assistência administrativa. Não há, na lei impugnada, a descrição de atividades de autêntico assessoramento, direção ou chefia para os aludidos cargos. A ausência de descrição detalhada das atribuições do cargo em comissão faz exsurgir a sua inconstitucionalidade, mormente pelo risco de procedimento como este tornar letra morta a exigência constitucional do concurso público. Assim está redigida a supracitada norma, *in verbis*:

(...)

Art. 5º Ficam criados, no Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça, 100 (cem) cargos de provimento em comissão, de Assistente de Administração, símbolo PJ-CTJ-155, com vencimento de R\$ 112,50



PET 4656 / PB

(cento e doze reais e cinquenta centavos), cabendo aos seus ocupantes as seguintes atribuições:

I - exercer atividades administrativas de assistência direta aos Gabinetes da Presidência, Vice-Presidência, da Corregedoria-Geral, da Secretaria-Geral, dos Juízes Auxiliares da Presidência, das Secretarias Administrativa, Judiciária, de Planejamento e Finanças, de Recursos Humanos e de Tecnologia e Informação, das Consultorias Jurídica e Administrativa e das Coordenadorias;

II - exercer outras atividades administrativas de confiança não incluídas nas atividades privativas dos servidores do quadro efetivo do Poder Judiciário e que lhes forem cometidas pela autoridade competente.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça, ao tomar ciência do ato administrativo do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, qual seja, a nomeação de 100 (cem) servidores ocupantes de cargo comissionado de Assistente de Administração, nomeados com fundamento na Lei 8.223/07, do Estado da Paraíba, instaurou, de ofício, Procedimento de Controle Administrativo (PCA 200910000018762) com o objetivo de desconstituir referido ato.

Transcrevo a ementa do acórdão proferido pelo Conselho Nacional de Justiça no julgamento do PCA ora em análise, *in verbis*:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO INSTAURADO DE OFÍCIO. SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA. 1. NOMEAÇÃO DE ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS PARA CARGOS EM COMISSÃO DE LIVRE PROVIMENTO E EXONERAÇÃO. IRREGULARIDADE. No regime constitucional brasileiro a nomeação de servidores públicos somente dispensa a aprovação em concurso público quando se tratar de ocupante de cargo em comissão para o exercício de encargos de chefia, direção ou assessoramento. Inteligência do disposto no art. 37, II e V, da Constituição Federal. 2. LEI ESTADUAL DE CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO DE LIVRE PROVIMENTO. INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS

**PET 4656 / PB**

LIMITES MATERIAIS DE TOLERÂNCIA DO EXCEPCIONAL INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO SEM CONCURSO. Não salva da pecha de antijuridicidade a circunstância de serem os cargos comissionados criados por lei porque a reserva de lei (CF, art. 96, II, b) é apenas um dos requisitos constitucionais para a existência regular de cargos em comissão. Declaração de nulidade das nomeações irregulares com determinação para que o tribunal adote as providências para exoneração dos respectivos ocupantes no prazo de sessenta dias.

Deveras, como fundamentado, o tema de fundo da decisão do CNJ é irretocável: os cargos em comissão da lei paraibana são flagrantemente inconstitucionais, por violação ao que previsto no art. 37, V, da Constituição da República.

Assentada essa tese, o ponto nevrálgico a ser enfrentado é o seguinte: saber se o Conselho Nacional de Justiça possui competência para afastar a aplicabilidade de determinada norma, com fundamento em sua inconstitucionalidade, especialmente quando a matéria já se encontra pacificada nesta Corte. **A resposta, antecipo, é afirmativa.**

In casu, o CNJ **afastou** a aplicabilidade da norma (Lei estadual 8.223/2007) para, reconhecendo a **inconstitucionalidade**, impedir não apenas as nomeações para os cargos em comissão, mas que o art. 5º lei paraibana produza efeitos.

Nesse ponto não se desconhece que, pela natureza eminentemente administrativa do Conselho Nacional de Justiça, o órgão não possui funções jurisdicionais, não atraindo competência, portanto, para realizar controle de constitucionalidade. **Ocorre que o Conselho Nacional de Justiça pode afastar a aplicação de norma quando reconhecer sua inconstitucionalidade**, ainda mais quando a matéria veiculada já se encontra pacificada nesta Corte, como é o caso da impossibilidade de criação de cargos em comissão fora das funções de direção, assessoramento e chefia.

Desse modo, a partir da decisão impugnada, fica claro que não se trata de declaração de inconstitucionalidade, prerrogativa do Poder

**PET 4656 / PB**

Judiciário, mas do **afastamento da norma tida por inconstitucional**, tal qual facultado a toda a administração pública. A distinção foi realçada, há muito, pelo Plenário desta Corte no julgamento do RMS 8.372, Rel. Min. Pedro Chaves, DJ 26.04.1962, *in verbis*:

“VOTO

Nego provimento ao recurso. Considerada sem efeito a lei que servira de fundamento ao ato de aposentação do recorrente, não poderia ser feito o registro por falta de supedâneo jurídico. A meu ver o acórdão recorrido bem decidiu a espécie, mas não posso deixar de lhe opor um reparo de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a uma tese que tenho constantemente repellido.

Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não poderia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas.

Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.

Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso.”

(RMS 8372, Relator Min. PEDRO CHAVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/1961, DJ 26-04-1962).

De fato, ainda que as normas sejam, por essência, cobertas por presunção de constitucionalidade, a impor sua observância apriorística como regra, essa presunção não é absoluta e não pode se sobrepor à própria Constituição. Assim, sempre de forma fundamentada, cabe a todos a interpretação da Carta Maior. Nesse sentido, em doutrina, também consignou o Ministro Luís Roberto Barroso (*O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 92-95), confira-se:

“(…) Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento. O

**PET 4656 / PB**

Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição. De fato, o Legislativo, ao pautar sua conduta e ao desempenhar a função legislativa, subordina-se aos mandamentos da Lei Fundamental, até porque a legislação é um instrumento de realização dos fins constitucionais. Da mesma forma, o Executivo submete-se, ao traçar a atuação de seus órgãos, aos mesmos mandamentos e fins. Os órgãos do Poder Executivo, como órgãos destinados dar aplicação às leis, podem, no entanto, ver-se diante da mesma situação que esteve na origem do surgimento do controle de constitucionalidade: o dilema entre aplicar uma lei que considerem inconstitucional ou deixar de aplicá-la, em reverência à supremacia da Constituição. (...)

Sem embargo da razoabilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Chefe do Executivo descumprir lei que fundadamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina. (...) Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação a Constituição. A tese é reforçada por outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.

(...) Especificamente no que respeita ao TCU, a Súmula 347 do STF, aprovada em 1963, prevê: 'O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público'. Entretanto, a aplicação desse verbete, sob a égide da Constituição de 1988, é discutida com base em argumento semelhante àquele pelo qual se questionou o reconhecimento de tal poder ao Chefe do Executivo: a ampliação do rol de legitimados para o controle de constitucionalidade e a necessidade de deflagração da jurisdição constitucional como condição para afastar a aplicação de leis, uma vez que estas nascem com presunção de constitucionalidade'.

Importante observar, ainda, recente orientação da Segunda Turma

**PET 4656 / PB**

desta Corte, na qual restou afirmado que o Conselho Nacional de Justiça poderia deixar de aplicar normas vigentes quando essa determinação decorrer de anterior interpretação da matéria por esta Corte (MS 26.739, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 14.06.2016). Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que os órgãos da Administração somente poderiam deixar de aplicar normas vigentes quando essa determinação decorrer da interpretação do próprio Judiciário. Ressalto, por oportuno, trecho da manifestação de Vossa Excelência, *in verbis*:

(...)

Mas aqui se discute - e há algum tempo tenho dedicado algum esforço a refletir sobre essa temática - tendo como pano de fundo a possibilidade de que subsista ou não a jurisprudência - antes, pacífica - do Supremo Tribunal Federal, relativa à admissibilidade da declaração ou afastamento da inconstitucionalidade por órgãos, por exemplo, do Executivo, ou por conselhos, ou por tribunal de contas.

(...)

Bom, então, nesse contexto, é de se refletir sobre o tema. Eu pergunto: devemos simplesmente dizer que esses órgãos autônomos não têm competência para fazer esse controle? Mas chegaríamos, veja, a uma situação aporética, estranha, porque, por exemplo, neste caso específico poderíamos dizer: "ah, é verdade, o Conselho não dispõe de competência para fazer esse juízo censório em relação à recepção, ao juízo de legitimidade ou ilegitimidade dessa norma do Estado de Minas Gerais". Mas é verdade também que essa norma é incompatível com a Constituição porque o Supremo já assim o disse e por isso nós indeferiríamos o mandato de segurança.

(...)

Mas penso que poderíamos fazer uma outra abordagem, Presidente, para dizer o seguinte - e Vossa Excelência, de alguma forma, já o fez sem enfatizá-lo: é que, tendo uma jurisprudência clara... Por exemplo, imaginemos que um tribunal de contas faça uma glosa em relação à admissão de servidores, dizendo "não pode o município, ou não pode o estado, ou não pode mesmo a União e suas empresas públicas admitir servidores sem concurso público". Nós

**PET 4656 / PB**

vamos dizer que o Tribunal de Contas não pode dizer que essa norma é inconstitucional? Mas há enxurradas de precedentes a propósito do tema! Vamos exigir que esse tema seja judicializado? Então diria, com base naquilo que Vossa Excelência trouxe, que a decisão do CNJ, na verdade, espelha o entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em casos que tais, por exemplo, órgãos com essa autonomia estão apenas aplicando uma jurisprudência, um entendimento já pacífico. Por isso eu subscreveria integralmente o voto de Vossa Excelência.

Eu até confesso que, num primeiro momento, quando lidei com o tema do Tribunal de Contas da União, a minha tendência era ser peremptório no sentido de que falecia ao Tribunal de Contas da União a competência para declarar a ilegitimidade do ato, propondo então a revogação na superação da nossa Súmula. No caso do Tribunal de Contas da União - e, portanto, dos tribunais de contas -, na verdade temos uma súmula do Tribunal, do Supremo, que autoriza a não aplicar a lei que considera inconstitucional. A mim, parece-me que talvez agora possamos já fazer uma interpretação, um adendo, para dizer toda vez que estiver simplesmente aplicando, desenvolvendo a jurisprudência já pacífica sobre uma dada temática constitucional.

Na mesma ocasião (MS 26.379, Segunda Turma), a Ministra Cármen Lúcia declarou voto com o seguinte teor, *verbis*:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - *Presidente, queria apenas fazer uma referência.*

Tenho pensado que esta fórmula que vimos adotando, como eu disse, quando nós, juízes do Tribunal, aceitamos que não se tem afronta ao art. 97 da Constituição quando um tribunal, por exemplo, aplica o que nós já declaramos inconstitucional, não precisando de levar ao Plenário, ao órgão especial de cada tribunal, e com a interpretação dada pelo Tribunal, agora, nos últimos anos, tenho achado que talvez esse seja o primeiro passo, Presidente, para que comecemos a mudar um dos pontos que até aqui tem sido considerado inexpugnável do nosso constitucionalismo: nós não termos no sistema brasileiro a declaração de constitucionalidade de matérias, mas de

**PET 4656 / PB**

normas, o que levou, depois de 5 de outubro de 1988, a uma proliferação de ações diretas tanto no Supremo como nos tribunais constitucionais.

E tenho pensado que providências e interpretações como essas talvez sejam um primeiro passo, porque, ainda que esta resolução, por exemplo, do tribunal mineiro não tenha sido objeto específico, mas a matéria já esteja consolidada, na verdade, nós estamos, talvez, abrindo uma cunha pra repensar, no sistema constitucional brasileiro, esta possibilidade de matérias que estejam sendo repetidas nas legislações poderem vir a ser acatadas em igual entendimento, para fins de terem as soluções tanto nos órgãos judiciais quanto nestes órgãos que podem aplicar. Seria um primeiro passo para pensarmos nessa possibilidade, que até aqui, realmente, não é admitida porque o controle é sempre de norma, e não de matéria.

O citado acórdão estou assim ementado, *in verbis*:

EMENTA. Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Anulação da fixação de férias em 60 dias para servidores de segunda instância da Justiça estadual mineira. Competência constitucional do Conselho para controle de legalidade dos atos administrativos de tribunal local. Ato de caráter geral. Desnecessidade de notificação pessoal. Inexistência de violação do contraditório e da ampla defesa. Férias de sessenta dias. Ausência de previsão legal. 1. Compete ao Conselho Nacional de Justiça “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário” (§ 4º), “zelando pela observância do art. 37 e apreciando, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário” (inciso II, § 4º, art. 103-B). 2. No caso, a deliberação do CNJ se pautou essencialmente na ilegalidade do ato do Tribunal local (por dissonância entre os 60 dias de férias e o Estatuto dos Servidores do Estado de Minas Gerais). Quanto à fundamentação adicional de inconstitucionalidade, o Supremo tem admitido sua utilização pelo Conselho quando a matéria já se encontra pacificada na Corte, como é o caso das férias coletivas. 3. Sendo o ato administrativo controlado de caráter normativo geral,

**PET 4656 / PB**

resta afastada a necessidade de notificação, pelo CNJ, dos servidores interessados no processo. 4. A conclusão do Supremo Tribunal pela inconstitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, das férias coletivas nos tribunais, se aplica aos servidores do TJMG, cujo direito às férias de 60 dias se estabeleceu em normativos fundamentados nas férias forenses coletivas. 5. Ordem denegada. (MS 26739, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 14-06-2016 – grifo próprio).

Inicialmente, cumpre afastar o argumento – há muito discutido por esta Corte – a respeito da tese de que a ampliação do rol de legitimados à propositura de ações diretas teria o condão de impedir a interpretação da Constituição por outros agentes. É que, na verdade, a ampliação dos legitimados se refere, tão somente, ao controle por via de ação direta.

Ademais, entendo que o fato de haver manifestação prévia desta Suprema Corte a respeito da inconstitucionalidade da matéria posta a exame pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ não deve ser visto como necessidade exclusiva para possibilitar o afastamento da norma, mas, sim, servirá de ônus argumentativo sólido para potencializar a fundamentação analítica do necessário afastamento da incidência da norma no caso concreto.

Verdadeiramente, restringir a interpretação constitucional difusa à execução da jurisprudência dominante infantiliza os demais atores constitucionais, opondo-se à tão propagada ideia de **sociedade aberta de intérpretes da Constituição**. Segundo o próprio Peter Häberle (*Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13), *in verbis*:

“(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado numerus clausus de intérpretes da Constituição. (...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo

**PET 4656 / PB**

menos por cointerpretá-la”.

Ainda, na síntese doutrinária do Min. Gilmar Mendes (*Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*, 2010) acerca da contribuição de Peter Häberle ao Direito Constitucional brasileiro:

“No Brasil, sua contribuição tem sido inestimável para o desenvolvimento do direito constitucional. São muitos os doutrinadores brasileiros de renome que defendem a necessidade de consolidação da idéia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle. Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.”.

De fato, a possibilidade de a Administração Pública afastar o cumprimento de normas consideradas inconstitucionais desvincula o crivo de constitucionalidade da função jurisdicional, representando *mera interpretação* da Constituição. Nesse sentido, não há que se cogitar de usurpação de competência, que ocorreria apenas na hipótese em que o Conselho Nacional de Justiça declarasse inconstitucional a Lei 8.223/2007, realizando controle de constitucionalidade.

Cabe, aqui, a seguinte indagação: respeitaria a Constituição da República a aplicação, pela Administração Pública, de norma que o órgão verifica ser absolutamente contrária à Lei Fundamental? E, ainda, para o afastamento da norma, seria necessária a manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria? A resposta, para ambas as questões, revela-se desenganadamente negativa.

A uma porque admitir eventual exclusividade de apreciação de constitucionalidade de atos pelo Poder Judiciário seria, data máxima vênia, admitir que determinado ato flagrantemente inconstitucional continuasse produzindo efeitos jurídicos até que sobrevenha intervenção

**PET 4656 / PB**

jurisdicional, podendo causar intensa e intemporal insegurança jurídica. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève (A teoria constitucional e o direito alternativo – para uma dogmática constitucional emancipatória. *In: Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53*) traz a seguinte lição:

(...) a Constituição é, entre outras coisas, também norma, e não mera declaração de princípios e propósitos. E se é norma, dela decorrem, inexoravelmente, consequências jurídicas que são sérias e que devem ser tomadas a sério. E, mais que tudo, sendo norma suprema, o sentido de seu discurso deve contaminar todo o direito infraconstitucional, que não pode nem deve ser interpretado (concretizado/aplicado) senão à luz da Constituição.

De fato, o princípio da **força normativa da Constituição** é potencializado, sobremaneira, quando, não apenas o Judiciário, mas também o Estado-Administração exerce o controle dos seus atos administrativos em conformidade com a Carta Maior. Destarte, verificado um ato que ofenda a Constituição da República, não deve o Conselho Nacional de Justiça convalidar o ato viciado ou postergar para o Judiciário o encargo de invalidá-lo, sob pena de causar prejuízos desnecessários à Administração.

Nesse sentido, enumerando argumentos favoráveis da vinculação do administrador público aos preceitos constitucionais, Juarez Freitas (A guarda da constituição pela própria administração pública. *Revista de Direito do Estado, Ano 4, n.º 15, p. 131-149, jul/set 2009. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009, p. 143*) diz que a atuação do administrador seria legítima, na medida em que milita em prol da:

“a) a criação de clima cultural favorável à dimensão civilizatória da Constituição; b) a diminuição da litigiosidade contra o Estado-Administração; c) a atuação guiada pelo direito fundamental à boa administração pública; d) o respeito ao princípio da deferência, com o acolhimento na prática da presunção de legitimidade constitucional

**PET 4656 / PB**

dos atos administrativos; e) a duração razoável dos processos administrativos e judiciais; concluindo pela necessária assimilação da vinculação jurisprudencial dos agentes públicos às decisões definitivas em controle difuso e concentrado, sem se restringir às súmulas vinculantes”.

Noutro giro, a necessidade de prévia manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria para o afastamento da norma, antes de ser requisito indispensável, deve, no meu entender, ser visto como instrumento hábil, e, inclusive a ser observado, como ônus argumentativo para justificar os motivos pelos quais reputa a norma inconstitucional, a possibilitar seu afastamento.

Deveras, para não vulgarizar e alargar de maneira ilimitada a competência do Conselho Nacional de Justiça, assento, como premissa teórica, que **o afastamento de leis ou atos normativos somente deve ocorrer nas hipóteses de cabal e inconteste ultraje à Constituição – certamente potencializada por precedentes deste Supremo Tribunal Federal sobre a matéria –**, de maneira que, nas situações de dúvida razoável a respeito do conteúdo da norma adversada, deve-se prestigiar a opção feita pelo legislador, investido que é em suas prerrogativas pelo batismo popular (THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review. Vol. 7 (3), 1893, p. 129/156, disponível em <<https://archive.org/details/jstor-1322284>>*).

Não bastasse, as decisões do Conselho Nacional de Justiça podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário, como evidencia a análise da presente ação.

Por derradeiro, e por razões elementares, a análise em abstrato da constitucionalidade da indigitada lei estadual continua a cargo desse Supremo Tribunal Federal, conforme expressamente reconhecido pelo CNJ ao determinar fossem oficiados o Procurador-Geral da República e o Procurador-Geral de Justiça do Estado da Paraíba, *in verbis*:

“(...) Para o possível ajuizamento de nova ADI contra a referida

**PET 4656 / PB**

lei paraibana, caso não tome o tribunal paraibano a iniciativa de propor a sua revogação pela Assembleia Legislativa, oficie-se ao Procurador-Geral da República e ao Procurador-Geral de Justiça”.

Esta ação, inclusive, restou ajuizada pelo ilustre Procurador-Geral da República. Trata-se da ADI 4.867, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, exatamente contra o art. 5º da Lei 8.223/2007, do Estado da Paraíba. O controle de constitucionalidade: (i) extirpa a norma do ordenamento em definitivo, (ii) reprimatiza os atos anteriores; (iii) possibilita a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, disciplinando as relações jurídicas pendentes, e (iv) vincula todos os demais poderes públicos.

Possibilita-se, portanto, o afastamento da norma tida por inconstitucional, sendo vedado, por óbvio, a declaração de inconstitucionalidade, que, como visto, possui eficácia geral muito mais ampla que o mero afastamento da norma.

Desse modo, o Conselho Nacional de Justiça pode afastar a aplicação de norma baseada em sua inconstitucionalidade, especialmente quando a matéria veiculada já se encontra pacificada nesta Corte.

No caso *sub examine*, aliás, o contexto fático milita em prol da tese ora defendida. Em suas razões de decidir, o CNJ cita o julgamento da ADI 3.233 pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o *caput* e os incisos I e II do art. 1º da Lei Estadual 6.660/1998, do art. 5º da Lei Complementar Estadual nº 57/2003, a Lei 7.679/2004 e a Lei 7.696/2004, que haviam criado 192 cargos comissionados de Agente Judiciário de Vigilância, com as atribuições de prestar serviços de vigilância e segurança. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as atribuições de serviços de segurança constantes na norma invalidada não se amoldavam à regra instituída no art. 37, V, da Constituição da República, que determina que os cargos em comissão somente poderiam ter as atribuições de direção, chefia e assessoramento.

O acórdão proferido por essa Suprema Corte na referida ação direta possui ementa com o seguinte teor:



PET 4656 / PB

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. I - Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta. II - Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes. Ação julgada procedente. (ADI 3233, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe 14-09-2007 - grifo próprio).

Na ocasião do julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, consta do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, a seguinte fundamentação:

“(...) Sobre o mérito, sem maiores reservas, entendo que assiste razão a Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República. O Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa norma como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração - e a devida regulamentação por lei - de que as atribuições de determinado cargo sejam bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar”.

Em cumprimento a esta determinação do Supremo Tribunal Federal,



PET 4656 / PB

os servidores comissionados foram dispensados pela Portaria 1.066/2007, do TJ/PB, e por sua vez, a Lei Estadual nº 8.223/97, em uma só empreitada, extinguiu, em seu art. 4º, os 100 cargos em comissão de Assessor de Segurança, e, logo em seu art. 5º, cria outros 100 cargos, também de provimento em comissão, com a mesma remuneração, mas, agora, com a nomenclatura de Assistente de Administração, nos seguintes termos:

*Art. 4º Ficam **extintos** do Quadro de Pessoal do Poder Judiciário os seguintes cargos de provimento em comissão:*

*I - **100 (cem) cargos de Assessor de Segurança I**, símbolo PJ-CTJ-144, com vencimento de **R\$ 112,50** (cento e doze reais e cinquenta centavos).*

-

*Art. 5º Ficam **criados**, no Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça, **100 (cem) cargos de provimento em comissão, de Assistente de Administração**, símbolo PJ-CTJ-155, com vencimento de **R\$ 112,50** (cento e doze reais e cinquenta centavos), cabendo aos seus ocupantes as seguintes atribuições:*

I - exercer atividades administrativas de assistência direta aos Gabinetes da Presidência, Vice-Presidência, da Corregedoria-Geral, da Secretaria-Geral, dos Juízes Auxiliares da Presidência, das Secretarias Administrativa, Judiciária, de Planejamento e Finanças, de Recursos Humanos e de Tecnologia e Informação, das Consultorias Jurídica e Administrativa e das Coordenadorias;

II - exercer outras atividades administrativas de confiança não incluídas nas atividades privativas dos servidores do quadro efetivo do Poder Judiciário e que lhes forem cometidas pela autoridade competente.

Destarte, e certamente com o intuito de burlar o que decidido por esta Suprema Corte, o legislador fez constar, entre as funções a serem desempenhadas pelos servidores comissionados, a de “exercer outras atividades administrativas de confiança não incluídas nas atividades privativas

**PET 4656 / PB**

dos servidores do quadro efetivo do Poder Judiciário e que lhes forem cometidas pela autoridade competente” (art. 5º, II).

Consectariamente, o art. 5º da lei ora impugnada, do Estado da Paraíba, é flagrantemente inconstitucional, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não bastasse, como enfrentado acima, esta Corte já se debruçou sobre norma bastante similar, elaborada pela mesma Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, ocasião em que declarou inconstitucional norma que cria funções de provimento em comissão que não compreendam atribuições de direção, chefia e assessoramento, pois flagrante o desrespeito à exigência constitucional do concurso público.

Assim, após o julgamento desta Corte – ADI 3.233 –, as alterações legislativas têm por propósito manter, sob nova roupagem, o mesmo conteúdo da norma original, com a simples alteração da respectiva denominação, permanecendo iguais – e inconstitucionais – a natureza e as atribuições do cargo.

É exatamente por esse motivo que o Plenário do CNJ entendeu necessária a abertura, de ofício, de Procedimento de Controle Administrativo destinado a apurar a possível reiteração da prática de nomeações irregulares de servidores pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, após o que, identificando na lei impugnada o mesmo vício que maculara as normas declaradas inconstitucionais na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.233, determinou a exoneração dos comissionados nomeados com fundamento no dispositivo vergastado.

Tais argumentos possuem o condão, apenas, de confirmar o reiterado e pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, de modo que ampara a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça afastar a aplicação da norma, porquanto ônus argumentativo suficiente, concretizado em prévia análise desta Corte acerca da inconstitucionalidade da matéria veiculada ao CNJ.

Por fim, refuto a alegada incompetência do CNJ, como órgão administrativo, para proferir a decisão impugnada. Com efeito a verificação dos atos administrativos, inclusive o de nomeação para cargos em comissão em flagrante desrespeito à regra constitucional do concurso

**PET 4656 / PB**

público e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adequa-se à previsão de competência encartada constitucionalmente, que prescreve a competência do Conselho Nacional de Justiça para *o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário* (CRFB/88, art. 103-B, § 4º), *zelando pela observância do art. 37 e apreciando, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário* (CRFB/88, art. 103-B, § 4º, inciso II).

Não se trata, portanto, de usurpação da competência desta Corte, mas sim de exercício direto da competência constitucional atribuída ao Conselho.

Por todo o exposto, entendo que o Conselho Nacional de Justiça pode afastar a aplicação de norma com fundamento em sua inconstitucionalidade, especialmente quando a matéria veiculada já se encontra pacificada na Corte, como é o caso da impossibilidade de criação de cargos em comissão fora das funções de direção, assessoramento e chefia (CRFB/88, art. 37, V). Porém, para não vulgarizar e alargar de maneira ilimitada a competência do Conselho Nacional de Justiça, assento, como premissa teórica, que **o afastamento de leis ou atos normativos somente deve ocorrer nas hipóteses de cabal e incontestado ultraje à Constituição – certamente potencializada por precedentes deste Supremo Tribunal Federal sobre a matéria –**, de maneira que, nas situações de dúvida razoável a respeito do conteúdo da norma adversada, deve-se prestigiar a opção feita pelo legislador, investido que é em suas prerrogativas pelo batismo popular (THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review. Vol. 7 (3), 1893, p. 129/156, disponível em <<https://archive.org/details/jstor-1322284>>*).

Ex positis, ressaltando a fundamentação diversa do voto da Relatora, acompanho a conclusão de Vossa Excelência, Ministra Cármen Lúcia, e voto pelo **IMPROCEDÊNCIA** dos pedidos contidos nesta Petição, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 8.223/2007, do Estado da Paraíba. Voto, ainda, pela **DENEGAÇÃO** das ordens pretendidas nos Mandados de Segurança 28.112, 28.113, 28.114,



PET 4656 / PB

28.115, 28.116, 28.117, 28.118, 28.119, 28.120, 28.121, 28.318, 28.320 e 28.327, com a consequente cassação das liminares deferidas na Ação Cautelar 2.390/PB e nas impetrações mencionadas.

É como voto.



19/12/2016

PLENÁRIO

PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, esta é uma questão que já vínhamos discutindo também na Turma e envolve um tema mais complexo, talvez, que anteceda todas as demais colocações, como Vossa Excelência até já apontou, que diz respeito à possibilidade de não se aplicar uma lei, ou deixar de aplicar um lei, por fundamento de inconstitucionalidade.

Eu creio que um dos últimos precedentes sobre esse tema e que, de alguma forma, ilumina nossa jurisprudência até hoje, é um da lavra do ministro Moreira Alves, em que o Executivo de São Paulo deixava de cumprir, ou ordenava que não se cumprissem leis naqueles casos que tradicionalmente ocorrem quando o Governo perde o controle nas assembleias legislativas, em que há veto, por fundamento de inconstitucionalidade - Vossa Excelência certamente vivenciou isso -, e o veto é superado pela maioria qualificada do parlamento.

Então, nesse caso, houve um decreto do Governo de São Paulo orientando a Administração a não seguir aquelas leis, uma vez que o fundamento era de inconstitucionalidade, a fim de que houvesse eventual controvérsia sobre o tema, uma eventual judicialização. E esse decreto, por provocação do Procurador-Geral da República, veio ao Supremo Tribunal Federal, ainda à guisa de representação, e o Supremo, na época, declarou a constitucionalidade do decreto, afirmando que, naquele tempo, o Governador de São Paulo, no caso, os governadores em geral, não disponham da possibilidade de insurgirem-se, via ADI, via representação contra essa inconstitucionalidade. Então, entendeu-se que esse desforço incontínente - chamemos assim - era legítimo. Claro que o Governador assumia toda a responsabilidade política pelo fato.

**PET 4656 / PB**

Então, desde então, parte da doutrina tem lido que, se a autoridade dispõe da alternativa de arguir a inconstitucionalidade, não precisa de se socorrer desse elemento extremo.

A outra questão que se tem colocado - e há algum tempo tem-se colocado - é em relação aos conselhos de contribuintes. E há até súmula do CARF dizendo que eles não podem declarar a inconstitucionalidade ou afastar a inconstitucionalidade de norma. Havia uma cisão muito forte nos conselhos de contribuintes sobre esse tipo de prática, mas, acho, houve até impetração de mandado de segurança da Procuradoria da Fazenda contra decisões do Conselho nesse sentido. E, naquele âmbito, colocou-se num lugar em que costumeiramente colocam-se controvérsias sobre a constitucionalidade das normas tributárias.

Esse mesmo tema tem-se colocado no âmbito dos conselhos. Pode-se colocar no do Conselho de Justiça, no Conselho do Ministério Público. E, para não falar de todos os outros, na questão do Tribunal de Contas, onde temos, inclusive, as súmulas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (PRESIDENTE E RELATORA) - No Tribunal de Contas, nós chegamos a tratar desse assunto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Onde temos a Súmula 347 que, há muito tempo, autoriza o Tribunal de Contas a proceder a esse controle. E também há discussões sobre se essa competência hoje seria justificável.

Nos debates que tivemos na Turma, a partir de um caso da relatoria do ministro Dias Toffoli, chegou-se a encetar - acho que Vossa Excelência estava presente até na discussão e já foi mencionado - que embora não fosse uma competência originária para afastar, em casos atípicos, a

**PET 4656 / PB**

inconstitucionalidade, mas seria indiscutível naqueles em que, de fato, já houvera pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ou sobre a questão - como ocorreu aqui, de alguma forma, porque houve uma ADI -, ou sobre o tema, por exemplo, os casos dos tribunais de contas, quando se pronunciam sobre a necessidade de concurso público para determinadas funções.

Então, pelo menos, fez-se esse *distinguishing* sem adentrar a possibilidade genérica desses órgãos fazerem controle de constitucionalidade, ou negar a aplicação da lei, mas, pelo menos, naqueles casos em que o entendimento é pacífico, já chancelado ou validado pelo Supremo Tribunal Federal e é o que ocorreu, nesse caso, no CNJ. De modo que me parece que essa explicitação é necessária.

E nós temos um caso - acho que da minha relatoria, que é um mandado de segurança, que até esteve em pauta, 25.888 - que envolve aquele célebre decreto da Petrobras.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (PRESIDENTE E RELATORA) - Ele está junto com vários outros na primeira Sessão de fevereiro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso, em que o Tribunal de Contas vinha sistematicamente afastando a aplicação desse decreto e, aí, colocou-se, então, o debate, à luz também da Súmula 347. Mas isso vamos discutir oportunamente.

Subscrevo integralmente o voto de Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (PRESIDENTE E RELATORA) - Esse tema, eu acho que o Ministro Roberto Barroso, ao votar, nesse caso, faz uma pontuação importante, porque eu me lembro que, nesse precedente citado, o Ministro Oscar Corrêa, que eu acho que

**PET 4656 / PB**

ainda cabe, pelo menos, estudar o voto de Sua Excelência, que dizia que o Prefeito não podia, porque o Prefeito não pode chegar até aqui. Às vezes, conforme a lei que ele vai cumprir, ele descumpra uma outra que pode inclusive gerar consequências, até mesmo no âmbito, não apenas administrativo, ou de improbidade e até penal. Ou ele cumpre e descumpra a Constituição, ou ele cumpre a Constituição e não tem onde...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Coisas de responsabilidade fiscal, por exemplo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (PRESIDENTE E RELATORA) - Então, o Ministro Oscar Corrêa, naquele precedente, ele é muito enfático nisso.

Esse precedente veio, no entanto, sendo alterado por causa da possibilidade que cresceu, primeiro, porque os legitimados, para a ação direta, cresceram em número; porque hoje alguns entidades fazem as vezes por conta, inclusive, de prefeitos, por exemplo; a própria Ordem dos Advogados já entrou aqui com algumas ações, exatamente para tentar fazer com que seja questionado judicialmente, ao invés, de um mero descumprimento, que deixa hoje a descoberto a autoridade que faz isso, seja a autoridade, o agente político, seja o próprio órgão, como não é neste caso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tanto é que o ministro Moreira Alves, naquele precedente a que me referi, o decreto de São Paulo, chamava atenção a esse fato, quer dizer, o órgão que assume essa opção tem de arcar com a responsabilidade política.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (PRESIDENTE E RELATORA) - Eu me lembro do voto do Ministro Oscar Corrêa também nesse sentido, só que o Ministro Oscar Corrêa ia um pouco além do Moreira Alves, porque ele dizia: "se não tem outro caminho, qual é o caminho? Dá ao prefeito ..." ele falava especificamente do..., se não fosse



PET 4656 / PB

do governador, se fosse de um prefeito.

Agradeço a Vossa Excelência.

**19/12/2016****PLENÁRIO****PETIÇÃO 4.656 PARAÍBA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Lei Maior é a Constituição Federal. De há muito, o Supremo assentou que órgão algum da Administração Pública está compelido a observar lei conflitante com a Carta da República.

Reporto-me a precedente da lavra do ministro Victor Nunes Leal, no qual envolvido ato do Tribunal de Contas da União. Partindo dessa premissa, o Conselho Nacional de Justiça, órgão estritamente administrativo, atuou à luz do disposto no artigo 37 da Constituição Federal e procedeu a glosa, não em processo objetivo, alusivo a controle de constitucionalidade de certa lei, mas de nomeações realizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Atuou em sintonia com o Diploma Maior.

Isso leva a julgar improcedente não a ação, que entendo ser o ato de vir ao protocolo do Tribunal, mas o pedido formalizado na inicial.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

PETIÇÃO 4.656

PROCED. : PARAÍBA

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S) : SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA - SINJEP

ADV.(A/S) : RODOLFO GAUDÊNCIO BEZERRA

REQDO.(A/S) : CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 200910000018762)

REQDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Preliminarmente, quanto ao conhecimento e competência para processamento e julgamento da ação, o Plenário, por maioria, e nos termos do voto da Relatora, decidiu manter a competência do Supremo Tribunal Federal, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, considerou válida a atuação do Conselho Nacional de Justiça e julgou improcedente o pedido da ação anulatória, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 8.223/2007 da Paraíba, denegando, ainda, os Mandados de Segurança n. 28.112, 28.113, 28.114, 28.115, 28.116, 28.117, 28.118, 28.119, 28.120, 28.121, 28.318, 28.320 e 28.327, com a conseqüente cassação das liminares deferidas na Ação Cautelar 2.390/PB e nas impetrações mencionadas. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.12.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário