

# COMENTÁRIOS AO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.938: LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

## COMMENTS ON THE JUDGMENT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 4,938: LIMITATIONS TO THE EXERCISE OF REGULATORY COMPETENCE

FELIPE GONÇALVES FERNANDES

Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Administrativo, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2009). Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (2014). Procurador do Estado de São Paulo desde 2010. felipefernandes\_9@hotmail.com

Recebido em: 06.02.2019  
Aprovado em: 15.03.2019

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Administrativo

**RESUMO:** O presente comentário analisa o exercício da competência regulamentar pelo Conselho Nacional de Justiça para verificar a (in) constitucionalidade de limitação estabelecida via Resolução, chegando-se à conclusão de que, não obstante essa possua virtudes (e se sustente) sob uma ótica material, sob a ótica formal carece de legitimidade, por representar inovação indevida no ordenamento jurídico, ponderação em abstrato, vedada ao administrador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Competência – Regulamentar – Inconstitucionalidade – Resolução – Limitação – Prazo – Redistribuição – Cargos.

**ABSTRACT:** This commentary analyzes the exercise of regulatory competence by the Brazilian National Council of Justice to verify the (un)constitutionality of limitation established through resolution, reaching the conclusion that, although it possesses virtues (and underlies) from a material point of view, from the formal point of view, the act lacks legitimacy, as it represents undue innovation in the legal system, abstract weighting, forbidden to the administrator.

**KEYWORDS:** Competence – Regulate – Unconstitutionality – Resolution – Limitation – Term – Redistribution – Offices.

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART.6º, INC. I, DA RESOLUÇÃO N. 146/2012 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. REDISTRIBUIÇÃO DE CARGOS DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. EXIGÊNCIA DE PRAZO DE TRINTA E SEIS MESES DE EXERCÍCIO NO CARGO A SER REDISTRIBUÍDO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. O inc. I do art. 6º da Resolução 146/2012 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que “o cargo ocupado somente poderá ser redistribuído se o servidor preencher cumulativamente os seguintes requisitos: I – tempo mínimo de 36 meses de exercício no cargo a ser redistribuído”.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou a competência do Conselho Nacional de Justiça para regulamentar questões afetas ao aprimoramento da gestão do Poder Judiciário (ADI 3.367 e ADC 12).

3. A redistribuição de cargos deve atender aos interesses da Administração Pública e observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e do concurso público.

4. A exigência de prazo de trinta e seis meses de exercício do cargo a ser redistribuído coaduna-se com a natureza jurídica do instituto da redistribuição e com as normas regedoras do provimento de cargos públicos no Poder Judiciário.

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.<sup>1</sup>

O julgamento em análise se debruça sobre o instituto da redistribuição de cargos públicos e a possibilidade de limitação ao uso desse pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que impôs, via Resolução, o exercício mínimo de 36 (trinta e seis) meses ao servidor ocupante do cargo para que esse pudesse vir a ser objeto do ato em questão”.

A ação foi julgada improcedente, de modo a prevalecer o voto da Ministra Carmén Lúcia, Relatora, que reconheceu a atribuição do Conselho Nacional de Justiça de assentar providências, pela via normativa infraconstitucional, as quais permitam o perfeito desempenho de suas competências, de maneira a ser possível editar Resoluções, pelas quais os deveres institucionais daquele órgão são cumpridos de forma objetiva e com controle possível. No caso, entendeu que, ao definir que a redistribuição de cargos efetivos dos quadros de pessoal dos órgãos do Poder Judiciário estaria condicionada ao cumprimento de prazo de trinta e

1. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.938 DF. Requerente: Associação Nacional dos Analistas, Técnicos e Auxiliares do Poder Judiciário e do Ministério Público da União – ANATA. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 06.2018. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?i-d=314929391&text=.pdf>]. Acesso em: 22.02.2019.

seis meses de exercício no cargo, o Conselho Nacional de Justiça ter-se-ia mostrado harmônico com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem reconhecido a inconstitucionalidade de normas atentatórias à regra do concurso público, por concluir que as formas de provimento derivado de cargos públicos foram abolidas pela Constituição da República de 1988.

Acompanhando o voto da Relatora, o Ministro Alexandre de Moraes aduziu que não haveria de se confundir a competência legislativa com a competência regulamentar exercida pelo Conselho, de sorte que a Resolução 146/2012, objeto da ADI, teria como objetivo estabelecer regramentos que contemplam a parametrização dos procedimentos relativos à redistribuição de cargos, conferindo disciplina uniforme à matéria e assegurando que essas redistribuições fossem realizadas mediante a observância do princípio da impessoalidade.; o Ministro Edson Fachin entende que a resolução se enfeixaria dentro das atribuições do Conselho à luz da legislação de regência, de modo que não verificou a usurpação de funções do Poder Legislativo, nem mesmo de violação da iniciativa do Chefe do Poder Executivo sobre a matéria; a Ministra Rosa Weber apontou que o CNJ regulamentou o tema no âmbito do Poder Judiciário, enquanto o chefe do Poder Executivo, mediante Portaria, o faria no âmbito do Poder Executivo, afastando a tese da afronta ao princípio da separação dos Poderes e, ainda, que a limitação temporal encontraria respaldo no texto constitucional, na medida em que o art. 41 da Lei Maior adota como prazo para a aquisição da estabilidade no serviço público o período de três anos, análogo ao de 36 meses; por derradeiro, o Ministro Marco Aurélio foi o único que julgou a ação procedente, registrando em seu voto que a competência do Conselho Nacional de Justiça seria simplesmente administrativa e, na espécie, não teria ele se limitado a regulamentar certa matéria, indo adiante, substituindo-se ao Congresso para implementar tratamento diferenciado aos servidores do Judiciário.

Para fins de análise do julgado, registramos que o caso versa sobre a forma de disposição de cargos públicos, de modo que relevante fixar o que entendemos sobre esse instituto. Cargos são o mais restrito complexo de competências, ocupado por um único servidor, após investidura, criado por lei (art. 61, § 1º, II, a, CF/88) para o exercício da função pública. Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, são eles “as mais simples e indivisíveis unidades abstratas criadas por lei, com denominação própria e número certo, que sintetizam um centro de competências públicas de alçada da organização central a serem exercidas por um agente<sup>2</sup>”.

---

2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apostamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 17.

Pois bem. Tratando desses pontos de organização administrativa, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 6º da Resolução 146/2012 do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe que “o cargo ocupado somente poderá ser redistribuído se o servidor preencher cumulativamente os seguintes requisitos: I – tempo mínimo de 36 meses no cargo a ser redistribuído”.

Mas, afinal, de que se trataria essa redistribuição?

A redistribuição está prevista no art. 37 da Lei 8.112/1990, que dispõe o seguinte:

“Art. 37. Redistribuição é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central do SIPEC, observados os seguintes preceitos:

I – interesse da administração;

II – equivalência de vencimentos;

III – manutenção da essência das atribuições do cargo;

IV – vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades;

V – mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional;

VI – compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade”.

Diante da redação do dispositivo, podemos afirmar que a redistribuição de cargos consiste no deslocamento de um cargo de provimento efetivo (ocupado ou vago) a outro órgão da Administração. A título de exemplo, é o caso de um cargo de técnico no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) passar ao Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (Ceará).

O ponto nodal da discussão, todavia, não é esse, conforme já adiantamos. A divergência, em verdade, diz respeito ao estabelecimento do interstício mínimo de 36 (trinta e seis) meses ao servidor que ocupa cargo a ser redistribuído, inexistente na lei, previsto apenas na Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Para análise da controvérsia, necessário abordar aprioristicamente a questão do próprio regime dos cargos e servidores públicos. Sobre isso, registramos que o cidadão que ingressa na Administração Pública se despe de parcela de sua liberdade, haja vista se inserir numa relação especial de sujeição. Sobre o tema, já nos manifestamos anteriormente no seguinte sentido:

As relações especiais de sujeição representam um instituto de definição variável ao longo do tempo, por abarcar situações fáticas bastante distintas entre si. Teoria criada no direito alemão do século XIX e marcada por uma série de características, essas tendem a ter como ponto comum a relação formada devido a um vínculo específico entre o particular e a Administração Pública. Esse vínculo gera direitos e obrigações específicos, os quais garantem um maior avanço da Administração sobre o patrimônio jurídico do indivíduo inserido naquela relação (em maior ou menor grau, a depender do tipo de relação) com possibilidade de pontos de toque até mesmo em direitos fundamentais, impondo-lhes deveres e submissões mais intensas do que aquelas a que se submetem os particulares em geral<sup>3</sup>.

Conforme registrado, as relações especiais de sujeição se caracterizam fundamentalmente pela formação de um vínculo entre particular e Administração Pública, de modo que esta terá uma ingerência maior sobre o patrimônio individual daquele, mais do que tem, por exemplo, em relação aos particulares em geral, os quais são inseridos em relações gerais, caracterizadas pelo exercício do poder de polícia.

Assim, numa primeira verificação, observamos um ponto de abertura à possibilidade de estabelecimento de limites por parte do Poder Público em face de seus servidores, haja vista a natureza da relação nas quais aqueles estão inseridas.

Mas não é só. Para a correta análise do caso sob testilha, é preciso escrutinar a atuação administrativa sob dois prismas: um de cunho material e outro de cunho formal.

Do ponto de vista material, possível vislumbrar, perfunctoriamente, que o intento se coadunaria com os princípios constitucionais, os quais formam o arcabouço axiológico que deve permear toda a atuação Administrativa. Nesses termos, importante registrar que, sob essa ótica, a medida se presta à proteção da coisa pública, haja vista que limita a atuação do administrador no momento em que esse buscaria modificar a estrutura administrativa (necessariamente impessoal).

Neste ponto, é importante fazer parêntese para problematizar a argumentação da Ministra Carmén Lúcia, que afirma que o estabelecimento de um prazo de 36 (trinta e seis) meses seria salutar, em vista da vedação constitucional ao provimento derivado de cargos públicos. No entanto, em termos ontológicos, caso se considere esse ato uma forma de provimento derivado, ele o será tanto no início

---

3. FERNANDES, Felipe Gonçalves. A Tipicidade e o Regime Disciplinar de Servidores Públicos. 2017. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo.

do exercício quanto depois de muitos anos, não haveria uma diferença lógica de conceitos a partir de uma linha temporal.

Não obstante o apontamento acima (sem discutir a constitucionalidade ou não do instituto, que não é o objeto principal desta breve análise), nota-se que o estabelecimento do prazo de 36 (trinta e seis) meses como limite coincide com o período de estágio probatório (art. 41, CF), como bem lembrou a Ministra Rosa Weber, e evitaria que o cidadão que possuísse contatos espúrios com administradores se inscrevesse para realizar concurso público em lotações de menor concorrência e, uma vez ali aprovado, tivesse seu cargo redistribuído para onde gostaria. Isso porque o interesse a nortear a redistribuição deve ser o da Administração Pública (interesse público) sempre, jamais o interesse meramente privado, ressaltando-se que esses não são necessariamente opostos, mas, quando não coincidirem numa primeira análise, prevalecerá o interesse da coletividade, o qual, ao cabo, é o interesse do próprio particular como partícipe da sociedade.

O problema maior do ato questionado reside, todavia, no plano formal.

Note-se que a medida atacada não consiste em ato legislativo *stricto sensu*, mas em ato administrativo (Resolução), exarado pelo Conselho Nacional de Justiça, como forma de regulamentar o já citado artigo 37 da Lei 8.112/90.

Trata-se, portanto, de espécie que deverá atender a todos os requisitos do chamado “regulamento”, definido por Celso Antônio Bandeira de Mello da seguinte forma:

“(...) pode-se conceituar o regulamento em nosso Direito como ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”<sup>4</sup>.

Não obstante se trate de ato específico, o qual não é expedido pelo Chefe do Poder Executivo, a Resolução do CNJ também deverá se prestar ao fiel cumprimento da lei, cabendo acrescentar que, segundo pontua o nobre mestre, esse deverá ser “ato estritamente subordinado, isto é meramente subalterno e, ademais, dependente da lei”<sup>5</sup>. Como principal característica, pode-se afirmar, então, que eles, como regra, não inovarão no ordenamento jurídico, cabendo esse papel à lei em sentido estrito.

4. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.347.

5. Idem, *ibidem*.

O professor Ricardo Marcondes Martins analisa o mesmo fenômeno jurídico sob ótica diversa, mas chegando a uma conclusão semelhante. Analisando sob a ótica da ponderação, ele fixa que ao legislador cabe a realização de ponderações em abstrato; ao legislador cabe a realização de ponderações em concreto<sup>6</sup>. No caso sob a análise, verifica-se que o CNJ exerce atividade administrativa, sendo que realiza ponderação em abstrato, ao trazer limitador que a lei não trouxe, ou seja, ele inova na ordem jurídica criando norma geral e abstrata, extrapolando, pois, sua função regulamentar.

Assim, não obstante a medida possa ser aceita do ponto de vista material, do ponto de vista formal ela não se sustenta. É importante notar, todavia, que o interesse público não restará desguarnecido, haja vista que todo ato administrativo de redistribuição deverá passar pelo controle da Administração Pública, momento em que poderá ser analisado em ponderação concreta, se aquele ato atinge aos fins de interesse público. Desse modo, não se trata de permitir a privatização do interesse público pelo afastamento de uma regra, mas da sua correta concretização, nos termos exigidos pelo sistema.

Diante do exposto, divergimos da solução dada pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade em questão improcedente, para declarar válida a atuação do Conselho Nacional de Justiça, que fixou em regulamento o interstício mínimo de 36 (trinta e seis) meses como condição para a redistribuição de cargos ocupados.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrinas

- A demissão de servidor público estatutário já voluntariamente aposentado por acumulação ilícita de cargos, empregos e funções públicas, no âmbito da administração pública do Estado do Rio Grande do Norte, de Vladimir da Rocha França – *RTNE* 4/35-49 (DTR\2014\9638);
- Jurisdição constitucional e Conselho Nacional de Justiça, de Alexandre de Moraes – *RT* 951/141-151 (DTR\2014\20985); e
- Ponderações reflexivas acerca do Conselho Nacional de Justiça, de Júlia Bagatini e Lisiane Beatriz Wickert – *RePro* 186/161-198 (DTR\2010\370).

6. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

