



Íntegra

A Resolução n. 156 do Conselho Nacional de Justiça: do servidor ficha limpa e a restrição à reserva legal da CF/88

Por: Patrícia Brasil

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira está cada vez mais envolvida com a atuação do Estado. A cobrança pelo cumprimento das normas e de transparência na administração da coisa pública nunca esteve tão presente, pois o cidadão, com o auxílio de ferramentas como a tecnologia, a mídia e as leis, que estão cada vez mais rígidas, consegue acompanhar o desempenho do governo e de seus agentes. De forma organizada, os organismos da sociedade civil e o povo estão se unindo no combate à corrupção e na responsabilização dos agentes públicos do Estado, que devem prestar contas de todos os seus atos e responder pelo cometimento de ilícitos.



Neste cenário, através da vontade e da iniciativa popular nasceu a Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar n. 135/2010, e a partir dela, outras normas foram e continuam surgindo, como a Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 156/2012, tema central do presente trabalho. A escolha do tema se deu em razão da percepção de que esta norma, ao ser direcionada somente ao Poder Judiciário, e apenas à classe de servidores, excluindo os membros como juízes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores, pode estar ferindo alguns princípios constitucionais.

O objetivo deste trabalho é o de investigar e responder a seguinte questão: a restrição imposta pelo CNJ ao servidor público comissionado e ao titular da função de confiança no Poder Judiciário fere a reserva legal exclusiva do chefe do Poder Executivo para elaborar ou alterar lei que disponha sobre servidores públicos e provimento de cargos?

O método de abordagem utilizado é o dedutivo, e o método de procedimento é o monográfico, com a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com análise de fontes primárias e secundárias, como as leis, a doutrina e a jurisprudência.

O trabalho, além da introdução, está dividido em dois capítulos e cada capítulo está dividido em dois subtítulos. Ao final, apresenta-se a conclusão, que sintetiza a discussão de cada capítulo para se chegar a um posicionamento sobre o tema.

No primeiro capítulo, será feito um estudo da LC n. 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, que alterou a LC n. 64/1990, a Lei das Inelegibilidades. Esta lei é de iniciativa popular e serviu de base para a Resolução CNJ n. 156/2012, que restringe o provimento de cargos públicos comissionados e funções de confiança aos indivíduos que se encontrem em qualquer das hipóteses de inelegibilidade da LC n. 64/1990. A partir da aprovação da LC n. 135/2010, surge o primeiro questionamento sobre a (in)constitucionalidade da lei, pois sua aplicação imediata desrespeitaria o princípio constitucional da anualidade eleitoral, previsto no art. 16 da CF/88. O subtítulo seguinte vai apresentar as principais mudanças que a LC n. 135/2010 trouxe à Lei das Inelegibilidades e outros problemas causados por essas mudanças, como a violação ao princípio da presunção de inocência e os efeitos da lei sobre fatos pretéritos.

O segundo capítulo apresenta a Resolução CNJ n. 156, de 2012, do servidor ficha limpa, seu alcance e seus preceitos normativos. Após, será abordada a

Administração Pública, seus princípios e a reserva legal para propor lei que verse sobre servidor público e provimento de cargos. Finalmente, serão apresentadas as propostas de emendas constitucionais e o projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que pretendem uniformizar a restrição ao cargo público, nas mesmas hipóteses da Lei Complementar n. 64/1990 – Lei das Inelegibilidades, que foi alterada pela LC n. 135/2010, a Lei da Ficha Limpa.

2 A LEI DA FICHA LIMPA

A Lei Complementar n. 135, de 2010, originou-se de um projeto de lei de iniciativa popular. Os grandes idealizadores desta lei foram a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, e o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – MCCE, que se mobilizaram e coletaram mais de um milhão e seiscentas mil assinaturas de eleitores em todo o país, numa corrida contra o tempo, pois o que se pretendia, era que a lei da Ficha Limpa já estivesse valendo para o pleito de 2010. (APOLINÁRIO; BRAGA, 2011)

A Constituição Federal de 1988 prevê que, para envio ao Congresso Nacional, os projetos de lei de iniciativa popular precisam da assinatura de, “no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores em cada um deles” (art. 61, § 2º, CF/88), sendo que a Câmara dos Deputados é a primeira a analisar o projeto, encaminhando ao Senado após a votação. E assim ocorreu, o Projeto de Lei Complementar n. 518/2009 foi votado e aprovado na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e foi sancionado pelo Presidente da República, como a Lei Complementar n. 135, em 4 de junho de 2010. (APOLINÁRIO; BRAGA, 2011)

Em ano de eleições, o período para a realização das convenções partidárias ocorre entre 10 e 30 de junho, e são nas convenções que os partidos decidem as coligações e a escolha dos candidatos que os representarão na disputa dos cargos políticos. Assim, às vésperas do início do prazo para as convenções partidárias, a LC n. 135/2010 pegou muita gente de surpresa, pois as mudanças trazidas pela nova lei eram muitas e a sua aplicabilidade imediata foi o primeiro questionamento que os partidos e os futuros candidatos fizeram à Justiça Eleitoral, pois caso a lei realmente estivesse valendo, alguns nomes já confirmados para compor a lista de candidatos dos partidos políticos, certamente deveriam ser substituídos. Um mês após a aprovação da lei, iniciou-se o período eleitoral, que se deu com a abertura do prazo para o pedido de registro de candidaturas à Justiça Eleitoral, daqueles que pretendiam concorrer aos cargos nas Eleições gerais de 2010.

2.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANUALIDADE E A LC N. 135/2010

O art. 16 da Constituição Federal prevê que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor após a sua publicação, porém não será aplicável às Eleições que ocorram em até um ano da data de início da sua vigência.

No entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco (2013, p. 763), o princípio da anualidade eleitoral não é apenas dirigido ao legislador, “essa norma parece conter âmbito de proteção mais amplo, com o escopo de evitar que o processo eleitoral seja afetado por decisões casuísticas de todos os atores do processo, inclusive do Poder Judiciário”.

No mesmo sentido, Uadi Bulos (2014, p. 904) esclarece que este princípio visa impedir que grupos ou partidos políticos se beneficiem injustificadamente das mudanças. Ou seja, o art. 16 da Constituição trás a garantia de que as alterações no processo eleitoral devem ter um período mínimo de um ano de maturação, tempo necessário para o esclarecimento e entendimento das novas regras pelos partidos, candidatos e eleitores em geral.

Apesar da clareza do regramento constitucional, as ofensas ao princípio da anualidade eleitoral foram recorrentes nas ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2013, p. 764) destacam a decisão da Corte no julgamento da ADI n. 2.628/DF, proposta contra a Resolução TSE n. 20.993/2002, que regulamentava a escolha e o registro de candidaturas nas Eleições de 2002, conforme o voto do ex-Ministro Sepúlveda Pertence:

(...) por força do art. 16 da Constituição, inovação salutar inspirada na preocupação da qualificada estabilidade e lealdade do devido processo eleitoral: nele a preocupação é especialmente evitar que se mudem as regras do jogo que já começou, como era frequente,

com os sucessivos 'casuísticos', no regime autoritário. A norma constitucional – malgrado dirigida ao legislador – contém princípio que deve levar a Justiça Eleitoral a moderar eventuais impulsos de viradas jurisprudenciais súbitas, no ano eleitoral, acerca de regras legais de densas implicações na estratégia para o pleito das forças partidárias. (STF, ADI 2.628/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 05.03.2004) (MENDES; BRANCO, 2013, p. 764)

Nas diversas vezes que a Corte Suprema teve que se pronunciar sobre as alterações legais no processo eleitoral, nem sempre foram constatadas inconstitucionalidades, é exemplo a ADI n. 354 (STF, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 24.9.1990), cujo entendimento afastou a desobediência ao princípio da anualidade eleitoral da norma que alterou o sistema de votação e apuração do resultado das Eleições, neste julgamento, foi a primeira vez que o STF debateu profundamente sobre o alcance e significado do art. 16 da Constituição e o principal embate foi sobre o sentido da expressão "processo eleitoral", pois enquanto os votos vencedores consideraram que a alteração do sistema de votação e apuração de resultado não alterava o processo eleitoral, tendo a norma aplicabilidade imediata, os votos vencidos deram à expressão, sentido amplo, ou seja, alterar a contagem de votos (cujas Eleições de 1990 ainda eram de votos em cédulas de papel) é alterar o processo eleitoral e portanto, cabe a regra do art. 16 da CF/88. (MENDES; BRANCO, 2013, p. 765)

A publicação da Lei Complementar n. 135/2010, como nos exemplos ora citados, não foi diferente, pois trouxe o questionamento: as mudanças no rol de inelegibilidades da LC n. 64/1990 se aplicam às Eleições de 2010? O primeiro a se pronunciar foi o Tribunal Superior Eleitoral.

Em consulta formalizada em 10 de junho de 2010, a Corte Eleitoral decidiu que a LC n. 135/2010 já estava valendo e se aplicaria às Eleições gerais de 2010. Sob a relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, por maioria absoluta dos votos, os julgadores conheceram da consulta e responderam afirmativamente às indagações do consulente, Senador Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro Neto, que questionou se a lei da Ficha Limpa poderia ser aplicada às Eleições daquele ano, contrariando o dispositivo do art. 16 da CF/88. Em seu voto, o Ministro Carvalhido respondeu que as mudanças ocorridas em razão da LC n. 135/2010 "têm a natureza de norma eleitoral material e em nada se identificam com as do processo eleitoral deixando de incidir, destarte, o óbice esposado no dispositivo constitucional". (TSE, Consulta n. 1120-26.2010.6.00.0000/DF, 2010)

Poucos dias depois, uma nova consulta foi formalizada, porém com questões mais específicas que a primeira. Na Consulta TSE n. 1147-09.6.00.0000/DF, o consulente, Deputado Federal Ilderlei Cordeiro (PPS/AC) questionou sobre a aplicação da lei em razão da alteração das causas da inelegibilidade, do período de duração e da situação dos processos em tramitação, já julgados e em grau de recurso.

Na relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, a Corte conheceu da consulta e respondeu afirmativamente às questões. No entendimento do relator, a inelegibilidade não constitui pena, mas, apenas um requisito, e seus efeitos são imediatos. (TSE, Consulta n. 1147-09.6.00.0000/DF, 2010) Mais uma vez, o TSE decidiu que a LC n. 135/2010 seria aplicável às Eleições de 2010, porém contrariando o princípio constitucional da segurança jurídica, o STF, depois de muitas dificuldades, chegou à conclusão diversa.

No julgamento dos recursos RE n. 630.147/DF (interposto em favor do candidato Joaquim Roriz) e RE n. 631.102/DF (do candidato Jader Barbalho) houve empate na votação e os recursos ficaram sobrestados. O recurso de Roriz ficou prejudicado, uma vez que o requerente renunciou ao pedido de registro de candidatura. Já no recurso de Barbalho, o STF aplicou as normas de seu Regimento Interno, afastou a regra de desempate e decidiu desfavoravelmente ao candidato. Muitos doutrinadores criticaram esse julgamento, pois três Ministros que julgaram os Acórdãos no TSE (a Ministra Carmem Lúcia e os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio) também participaram do julgamento dos recursos no STF, em desacordo com as regras do art. 134 do CPC, que estão afastadas pelo Regimento Interno do STF. (ESPÍNDOLA, 2011, p. 205)

Mas, no ano seguinte, no julgamento do RE n. 633.703/MG, a Corte finalmente decidiu que a LC n. 135/2010 não poderia ser aplicada às Eleições de 2010, com a mudança de posicionamento, a decisão do RE n. 631.102/DF foi revista e o candidato Jader Barbalho pôde tomar posse no cargo de Senador da República. (MENDES; BRANCO, 2013, p. 768)

Após o veredicto do STF, não restou dúvida, a alteração das causas de inelegibilidades interfere no processo eleitoral, pois afeta diretamente a fase pré-eleitoral de escolha dos candidatos. (MENDES; BRANCO, 2013, p. 768)

Assim, por mais nobre que tenha sido a LC n. 135/2010, pois além da iniciativa popular, as mudanças vão ao encontro dos anseios da sociedade pela moralidade pública e a vida progressa dos candidatos, é salutar que mesmo a lei que preze pelo bem maior da moralidade deve respeitar o princípio da anterioridade eleitoral, declarado pelo STF como “garantia fundamental do devido processo legal eleitoral”. (MENDES; BRANCO, 2013, p. 769)

Ou seja, os idealizadores da Lei da Ficha Limpa, apesar do êxito da sua aprovação antes do início do período eleitoral das Eleições de 2010, tiveram que aguardar as eleições seguintes para que a lei pudesse ser aplicada.

2.2 AS PRINCIPAIS MUDANÇAS NA LC N. 64/1990

O principal objetivo do Projeto de Lei Complementar n. 518/2009 era o de acabar com as manobras dos políticos que respondiam a vários processos, ou renunciavam aos cargos para fugir de processos que pudessem levar à cassação, além de impedir que pessoas inidôneas viessem a se aventurar na carreira política, assim, a lei da Ficha Limpa, ampliou significativamente o rol das hipóteses das inelegibilidades, além de alterar o prazo de três para oito anos dos efeitos suspensivos dos direitos políticos passivos, ou seja, o direito de ser votado.

Quanto à prática de crimes, antes da alteração, a LC n. 64/1990 vedava a candidatura de pessoas condenadas, com trânsito em julgado, por crimes contra a Administração Pública, a economia popular, a fé pública, o mercado financeiro, o patrimônio público, o tráfico de entorpecentes e os crimes eleitorais previstos no Código Eleitoral. A esta lista, foram acrescentados os crimes contra o meio ambiente, contra o mercado de capitais, crimes da lei de falências, contra o patrimônio privado, contra a saúde pública, tortura, racismo, terrorismo, contra a dignidade sexual, os crimes hediondos, crimes de redução à condição análoga à de escravo, crimes praticados por organização criminosa, bando ou quadrilha, lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, e o abuso de autoridade que ensejar a perda ou inabilitação para o cargo ou a função pública. Porém, aos crimes listados, deixou de ser exigível o trânsito em julgado da condenação, quando a decisão for proferida por órgão colegiado. (MASCARENHAS, 2012, p. 240)

Outra novidade, bastante criticada, foi a de tornar inelegível, pelo prazo de oito anos, os agentes públicos que tiverem suas contas rejeitadas definitivamente, pelo órgão competente, por irregularidade insanável ou por ato doloso de improbidade administrativa, salvo, se a decisão for suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário. Assim, as contas desaprovadas pelos Tribunais de Contas ou pelos Legislativos também ensejam a inelegibilidade. (MASCARENHAS, 2012, p. 240)

Por fim, a Lei da Ficha Limpa tornou inelegíveis, também pelo prazo de oito anos, os que forem demitidos do serviço público em Processo Administrativo Disciplinar ou por decisão judicial e os profissionais que forem excluídos do exercício da profissão pelos respectivos órgãos ou Conselhos de Classes, como os engenheiros, médicos, advogados, dentre outros. (MASCARENHAS, 2012, p. 240)

A ampliação dos casos que ensejam a inelegibilidade foi significativa e rendeu muitos debates, pois a Lei da Ficha Limpa, praticamente reformou a antiga lei:

Em suma, a Lei da Ficha Limpa expandiu os casos de inelegibilidade em quatro direções. Primeiro: ao retirar a exigência do trânsito em julgado houve uma redução na quantidade de instâncias – e conseqüentemente uma redução temporal, necessárias para que a uma decisão condenatória seja dado o efeito de gerar a inelegibilidade. Numa segunda direção foram ampliados os tipos de crimes cuja condenação gera inelegibilidade. Numa terceira direção foram ampliados os tipos de processos judiciais que geram a inelegibilidade e, por fim, os efeitos da inelegibilidade foram estendidos a decisões tomadas por órgãos não jurisdicionais. (MASCARENHAS, 2012, p. 240)

Após superada a questão da inconstitucionalidade em razão do princípio da anualidade eleitoral, outros problemas foram apontados, como os efeitos da inelegibilidade em atingir fatos pretéritos, algo terminantemente vedado na esfera

penal, porém defendida em matéria eleitoral, sob o argumento de ser requisito para a elegibilidade e não ter caráter sancionatório.

Muitos doutrinadores apontam vários problemas recorrentes na Lei da Ficha Limpa, como Ruy Samuel Espíndola (2011, p. 207-208), que vê com gravidade as alterações da LC n. 64/1990, pois o alcance das restrições aos fatos pretéritos, que trouxeram consequências novas, não existentes à época dos fatos é ofensa direta ao direito adquirido e à coisa julgada, consagrados na Constituição. Para o autor, esse regramento desmedido não tem precedente em matéria constitucional e eleitoral, e o maior problema é o de futuramente, se quiser aplicar as mesmas regras em outros ramos do Direito ou pior, querer banalizar ao ponto de se penalizar até mesmo aquele que comete um ilícito como uma infração de trânsito não definida como crime.

O autor não se posiciona contra a moralidade pública ou a vida pregressa dos candidatos, a questão é outra, afinal, dentro do cenário em que foi aprovada a LC n. 135/2010, é por óbvio de se entender, que a lei foi encomendada para acabar com a bagunça de certos parlamentares que se perpetuam na vida pública, fazendo todas as manobras possíveis para se manter no poder. O problema, segundo ele, é a criação de uma lei, que tem caráter geral e abstrato e deve atingir a todos, indistintamente, para o futuro, ser direcionada a casos concretos, que deveriam ser tratados individualmente, na espera penal e por improbidade administrativa. (ESPÍNDOLA, 2011, p. 208)

Outro problema foi a ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois a lei estabeleceu o mesmo prazo, para qualquer das causas de inelegibilidade, assim, o autor aponta que aquele que rouba uma caneca, tem a mesma pena daquele que comete um crime hediondo. (ESPÍNDOLA, 2011, p. 208)

Na verdade, cumpre esclarecer que, a lei estabelece o prazo da inelegibilidade de oito anos, contados a partir da extinção da punibilidade (nos casos de crimes) e a Justiça Eleitoral é bem rigorosa com esse requisito, pois não basta o cumprimento da pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade, é necessário que a pena de multa também seja quitada para que seja declarada extinta a punibilidade e só a partir de então, iniciará a contagem do prazo de oito anos.

O autor também aponta a violação ao princípio do juiz natural, quando a lei torna inelegível o servidor público demitido em Processo Administrativo Disciplinar e o profissional com o registro cassado pelo respectivo Conselho de Classe, pois são decisões administrativas que mesmo com o poder decisório, não há garantia constitucional da imparcialidade e do devido processo legal e muitas vezes, essas decisões são de cunho político, ou seja, são totalmente despidas de imparcialidade. (ESPÍNDOLA, 2011, p. 209)

Mas, todos esses questionamentos foram enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, que além de ter que decidir sobre a ofensa ao princípio da anualidade eleitoral, quando o TSE afirmou que as alterações da LC n. 64/1990 já estavam valendo para as Eleições de 2010, teve que declarar a (in)constitucionalidade da LC n. 135/2010.

Os autores Gilmar Mendes e Paulo Branco (2013, p. 711) apontam que após o julgamento do RE n. 633.703, em 23.3.2011, todas essas questões permaneceram em aberto, até o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADC n. 29 e n. 30, propostas pelo Partido Popular Socialista - PPS, e pela Ordem dos Advogados do Brasil, e da ADI n. 4.578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL).

Em 16 de fevereiro de 2012, em sessão plenária, o STF declarou, por maioria de votos, que a Lei Complementar n. 135/2010 é constitucional e não viola o "princípio da presunção de não culpabilidade, a causa de inelegibilidade fundada na condenação criminal oriunda de órgão judicial colegiado". (MENDES; BRANCO, 2013, p. 711)

Assim, o Supremo Tribunal Federal colocou uma "pá de cal" em todas as discussões que apontavam a Lei da Ficha Limpa como inconstitucional e nas Eleições de 2012, a norma vigorou sem grandes problemas, pois, como já dito, a lei de iniciativa popular veio para tornar mais rígido o ingresso nos cargos eletivos, ao menos, na fase do pedido do registro de candidatura. Porém, na prática, a lei foi aplicada nas Eleições municipais de 2012 e nas Eleições gerais de 2014 e mesmo com a divulgação dos tribunais regionais eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral do percentual de pedidos de registro de candidatura que foram indeferidos em razão da lei da Ficha Limpa, ainda não se tem um estudo

aprofundado sobre esses números, para que possa mensurar a eficiência da lei, no fortalecimento do regime democrático e na moralidade pública do país.

3 A RESOLUÇÃO CNJ N. 156 E A RESERVA LEGAL DA CF/88

A Resolução n. 156 do CNJ é a chamada resolução do servidor ficha limpa, aprovada em 2012, essa resolução tomou por base a lei da Ficha Limpa, LC n. 135/2010, já debatida no capítulo anterior.

O intuito do CNJ com a edição da Resolução n. 156 foi o de proibir, em todo o Poder Judiciário, a designação para função de confiança ou a nomeação para cargo em comissão de servidor que se enquadre em qualquer das hipóteses de inelegibilidade previstas na LC n. 64/1990 (alterada pela LC n. 135/2010). Neste sentido, até mesmo o servidor público efetivo, que prestou concurso público, está incluído na vedação.

Na fundamentação de seu voto, o Conselheiro Bruno Dantas (2012), relator do ato normativo que ensejou a Resolução n. 156 apontou a lisura dos termos da resolução, eis que, no seu entendimento, o CNJ é competente para tratar da matéria:

Vale dizer, a extensão das vedações moralizadoras da “Lei da Ficha Limpa” aos servidores efetivos do Poder Judiciário tem como pressuposto a aprovação de leis de iniciativa do Poder Executivo que venham a alterar, no âmbito federal, a Lei n. 8.112, de 1990, e, o âmbito dos estados federados, as leis estaduais que fixam os respectivos regimes jurídicos. Ressaltamos: somente a senhora Presidente da República e os senhores governadores dos Estados detêm a prerrogativa constitucional de iniciar processo legislativo que poderá culminar na extensão das disposições éticas da Lei da Ficha Limpa aos servidores públicos efetivos da União e dos Estados, por força do disposto no art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição da República. (...) O Conselho Nacional de Justiça, portanto, nos limites de sua competência constitucional, ao aprovar esta proposta de Resolução dará o exemplo para uma nova era da administração da coisa pública no Brasil, valorizando a impessoalidade, a probidade, a ética e a eficiência. (CNJ, Ato Normativo n. 0000898-23.2012.2.00.000, Rel. Conselheiro Bruno Dantas, j. em 31.7.2012)

O Conselho Nacional de Justiça, segundo o entendimento do Conselheiro, está agindo dentro de sua competência constitucional, pois está normatizando sobre os cargos em comissão e as funções de confiança no Poder Judiciário, que são de livre nomeação e livre exoneração, o servidor público efetivo, que presta concurso público não está sendo impedido do acesso ao cargo público, pois caso houvesse essa restrição, então certamente o CNJ estaria extrapolando a sua competência, já que estaria tratando de matéria que só pode ser regulada por lei de iniciativa do(a) Presidente da República. (CNJ, Ato Normativo n. 0000898-23.2012.2.00.000, Rel. Conselheiro Bruno Dantas, j. em 31.7.2012)

O caráter discricionário que o agente público competente possui em nomear, sem a exigência de concurso público, determinada pessoa para ocupar um cargo comissionado, ou mesmo um servidor público estável para ocupar uma função de confiança, não deve ser visto apenas como um poder, mas paralelamente, como um dever do administrador em nomear aquele que seja o mais capacitado e que atenda o melhor interesse da Administração Pública. (CNJ, Ato Normativo n. 0000898-23.2012.2.00.000, Rel. Conselheiro Bruno Dantas, j. em 31.7.2012)

Deste modo, o CNJ tem o dever de zelar pelos princípios constitucionais da moralidade e do interesse público, para restringe o acesso aos cargos e funções, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, das pessoas que incidam nas hipóteses de inelegibilidades da lei da Ficha Limpa. (CNJ, Ato Normativo n. 0000898-23.2012.2.00.000, Rel. Conselheiro Bruno Dantas, j. em 31.7.2012)

Porém, o relator esclarece que as vedações trazidas pela Resolução n. 156, não são extensíveis aos juizes, pois tal restrição compete à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e a competência para a alteração da LOMAN é do Supremo Tribunal Federal. (CNJ, Ato Normativo n. 0000898-23.2012.2.00.000, Rel. Conselheiro Bruno Dantas, j. em 31.7.2012)

A Resolução CNJ n. 156 elenca as hipóteses em que se aplicam a vedação à nomeação ao cargo comissionado e à função de confiança, hipóteses estas, que são as mesmas da LC n. 64/1990 (alterada pela LC n. 135/2010). A norma

determina que os nomeados para esses cargos e funções, no ato da posse, deverão prestar declaração por escrito de que não estão inelegíveis e apresentar uma série de certidões negativas, que deverão ser averiguadas pelos tribunais competentes.

Assim, conforme já informado, a Resolução do servidor ficha limpa é norma obrigatória em todo o Judiciário nacional e se aplica aos servidores efetivos que ocupam funções de confiança e àqueles que exercem cargos comissionados, declarados de livre nomeação e exoneração.

Em vigor desde agosto de 2012, o CNJ divulgou em relatório publicado em janeiro de 2014 que a Resolução da Ficha Limpa já foi cumprida por 97% dos órgãos do Poder Judiciário em todo o país. Deste total, 21 servidores que ocupavam funções de confiança e 19 servidores que exerciam cargos comissionados tiveram que ser exonerados, pois estavam inelegíveis. Dos tribunais estaduais, o único que não cumpriu a meta imposta pelo CNJ foi o TJ/PI, dos tribunais do trabalho, o TRT10, que abrange o Distrito Federal e Tocantins, e o TRT13, da Paraíba, também não cumpriram, e os demais tribunais, quais sejam, os superiores, os regionais federais, os eleitorais e os militares, atenderam a meta estabelecida. (CNJ, 2014)

4 O ART. 61, § 1º, II, “c” DA CF/88 - A RESERVA LEGAL

A Administração Pública é tratada no art. 37 e seguintes da Constituição Federal. Enquanto o *caput* do art. 37 preceitua os princípios constitucionais a serem observados pela Administração Pública, os incisos I, II e V versam sobre os cargos públicos efetivos e os comissionados, que são acessíveis através de concurso público aos que preencham os requisitos legais, ou por nomeação aos cargos comissionados e às funções de confiança, declarados de livre nomeação e exoneração, observados os percentuais mínimos em previsão legal.

Segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro, (2010, p. 63), os princípios sempre foram relevantes no Direito Administrativo, pois em sua origem histórica, não existiam codificações, assim, os princípios eram os vetores que orientavam o modo de agir do agente público, equilibrando as relações ante as prerrogativas da Administração e os direitos dos cidadãos. Porém, a Constituição Federal de 1988 tornou obrigatória a observância por toda a Administração Pública Direta e Indireta, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e da eficiência, sendo este último acrescentado ao texto constitucional pela EC n. 19/1998, pois ao agente público, não basta agir de acordo com a lei, é preciso agir com eficiência, optando sempre pelo melhor custo/benefício para a Administração, prezando pela economia e, sobretudo, pela agilidade dos serviços prestados.

Mas, além dos princípios expressos no *caput* do art. 37, muito outros princípios se aplicam ao Direito Administrativo e enquanto uns estão espalhados no texto constitucional, outros estão previstos em lei, como os princípios da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, e muitos outros, que vinculam a Administração Pública e os agentes administrativos em geral. (MELLO, 2012, p. 98)

A menção aos princípios da Administração é necessária apenas para lembrar que quando se tratar de provimento de cargos, empregos e funções, o administrador deverá sempre agir em consonância com os princípios constitucionais e legais da Administração Pública.

Dito isto, cabe fazer uma distinção entre cargo, emprego e função. Para o doutrinador administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 259), “cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente”, a denominação dos cargos e a quantidade deles a ser criada, sempre decorrem de lei. Em relação às funções, o autor as define como “plexos unitários de atribuições, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento”, tais funções, só podem ser criadas por lei e exercidas por servidor efetivo, ou seja, aquele agente que prestou concurso público, porém, é livre a sua nomeação e exoneração, ficando a cargo do agente superior do órgão ou do Poder, fazer a escolha, da pessoa de sua confiança, que entenda ser a mais capacitada para isto.

Muito próximo do conceito de função de confiança, está o cargo em comissão, a diferença entre ambos, é que este, deve ser de caráter transitório e pode ser ocupado por qualquer pessoa, sem a exigência de concurso público, respeitadas as vedações legais. E por último, existem os empregos públicos, definidos como

“núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista”, ou seja, o regime jurídico que rege o emprego público é o celetista, porém a lei exige a prestação de concurso público. (MELLO, 2012, p. 260)

O provimento efetivo, que é o meio de ingresso em cargo público, se dá por nomeação, após a aprovação em concurso público, já o provimento em comissão, é a nomeação para o cargo público, dispensada a etapa do concurso em razão da sua transitoriedade. Na esfera federal, o chefe do Poder Executivo, em regra, detém a competência para as nomeações dos cargos em comissão, como os Ministros do STF, dos Tribunais Superiores, do presidente do Banco Central, do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União e muitos outros, mas a Constituição atribui aos tribunais e ao Ministério Público, a competência para o provimento dos cargos de seus membros (nos casos das nomeações pelo quinto constitucional) e de seus serviços auxiliares, a mesma lógica aplica-se às esferas estaduais e municipais. (DI PIETRO, 2010, p. 606-607)

Após diferenciar os cargos efetivos das funções de confiança e dos cargos em comissão e saber que a sua criação e a alteração da forma de provimento decorre de lei, resta saber como funciona este processo legislativo. A Constituição diferencia no processo legislativo a competência para a iniciativa de projeto de lei em comum, que é aquela cujo projeto de lei pode ser proposto pelo Congresso Nacional, por Comissão de qualquer das Casas Legislativas, pelo Presidente da República ou ainda por iniciativa popular, e a iniciativa privativa, cujo projeto de lei só pode ser proposto pela autoridade a qual a Constituição lhe atribui esta prerrogativa. (MENDES; BRANCO, 2013, p. 866-867)

O projeto de lei que versa sobre o provimento e a remuneração de cargos públicos, empregos e funções, na Administração Pública Direta e nas autarquias, segundo o parágrafo 1º, inciso II, alínea “a”, do art. 61 da Constituição, é de iniciativa privativa do Presidente da República, ou seja, a inobservância ao dispositivo constitucional caracteriza a usurpação de iniciativa reservada, conforme apontam Gilmar Mendes e Paulo Branco (2013, p. 869). A regra é verdadeira para os estados e municípios.

Assim, entende-se que quando uma lei é iniciada por alguém que não tenha a reserva de iniciativa, ela pode ser considerada inconstitucionalmente formal, porém, se a inconstitucionalidade não for declarada pelo tribunal competente (na esfera federal este papel cabe ao STF), a lei, que nasceu com vício de forma, produzirá todos os seus efeitos. Sobre a inconstitucionalidade formal, os autores definem:

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei. Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento, na sua forma final. (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1016-1017)

Fechando o raciocínio, Uadi Bulos (2014, p. 144), afirma que a inconstitucionalidade formal orgânica, é aquela que contamina todo o processo de criação da lei porque ocorre a “usurpação de iniciativa de competência reservada ou exclusiva”, e, em tempos remotos, na vigência da Constituição de 1946, o STF editou a Súmula n. 5, declarando que a sanção do Presidente supre a falta de iniciativa, porém o autor explica que este entendimento mudou com a vigência da Constituição Federal de 1988, conforme o julgamento da ADI n. 1070/MS (STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.11.1994), em que a Corte entendeu que a sanção do Presidente é “juridicamente insuficiente” para convalidar o defeito decorrente da inobservância das regras constitucionais.

A lei federal que regulamenta o regime jurídico e dispõe de todo o regramento que diz respeito ao servidor público é a Lei n. 8.112/1990, e é nela que se encontram as formas de provimento em cargos públicos, os requisitos exigíveis e também as penalidades que podem levar a perda do cargo ou da função de confiança. O gozo dos direitos políticos é um dos requisitos para a nomeação em cargo público, seja para o provimento de cargo efetivo, seja para o cargo em comissão, porém não há previsão legal da inelegibilidade como um dos impedimentos à nomeação ou à perda do cargo.

Os estados e os municípios são competentes para a elaboração de leis que

regulamentem o regime jurídico de seus servidores, a exemplo da Lei n. 8.112/1990, desde que observadas as regras da Constituição Federal sobre o tema. (MELLO, 2012, p. 313-317)

Assim, voltando à Resolução n. 156 do CNJ, pode-se observar que esses regramentos não respeitaram o preceito constitucional, qual seja, a iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo para a propositura legal. Mas, conforme se verá a seguir, na esfera federal, a exigência da ficha limpa do servidor público é matéria legal que tramita no Congresso Nacional.

4.1 O PL N. 862/2015 E AS PECs QUE TRAMITAM NO CONGRESSO

No Congresso Nacional já tramitam propostas de emendas constitucionais e projeto de lei para a inclusão das regras da lei da Ficha Limpa nos provimentos de cargos e funções de confiança. A PEC n. 180/2012 propõe a inclusão do inciso XXIII ao art. 37 da Constituição Federal para acrescentar ao texto constitucional a vedação para cargo público de livre nomeação de “pessoa enquadrada nos requisitos de inelegibilidade, nos termos do §9º do art. 14 desta Constituição”¹. Aqui, o legislador poderia ter sido mais claro e objetivo e ao invés de referenciar o § 9º do art. 14, cujo dispositivo prevê que lei complementar tratará das hipóteses de inelegibilidades, a referência poderia ter sido feita diretamente à Lei Complementar n. 64/1990, para evitar interpretações diversas daquela realmente pretendida pelo legislador, qual seja, a aplicação da lei da Ficha Limpa ao servidor público nomeado para cargo em comissão ou função de confiança.

A PEC n. 180/2012 é de autoria do Deputado Federal eleito pelo Estado de São Paulo, Walter Feldman, segundo a justificativa do parlamentar, a ideia é fazer valer a soberania e a vontade popular, pois a aprovação da lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010) foi fruto de um esforço da população em acabar com as artimanhas de figuras conhecidas que burlavam as regras para empreitar sucessivas reeleições e se perpetuar na vida pública. Os escândalos de corrupções e os desmandos no cenário político do país mobilizaram a sociedade, que resultou na aprovação da LC n. 135/2010, no intuito de fazer valer a moralidade pública. Segundo Walter Feldman (2012), se a vontade popular era a de barrar a ocupação de cargos eletivos por pessoas com a ficha suja, é inegável que esta vontade também valha para a ocupação dos cargos declarados de livre nomeação.

Além da PEC n. 180/2012, outra proposta foi enviada à Câmara dos Deputados com o intuito de vincular as regras da lei da Ficha Limpa às nomeações em cargos públicos. De autoria do Senador Renan Calheiros, tramita conjuntamente com a PEC n. 180/2012, a PEC n. 284/2013, porém esta, propõe a alteração do inciso I, do art. 37 da CF/88, que atualmente preceitua que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei” (BRASIL, 1988). A proposta de alteração é para vedar a nomeação para cargo efetivo, emprego, função de confiança ou cargo em comissão, de pessoa que se enquadre em qualquer das hipóteses de inelegibilidade, e mais uma vez, o legislador referenciou o parágrafo § 9º do art. 14 da CF/88.

A PEC n. 284/2013 foi além da PEC n. 180/2012 e até da Resolução n. 156/2012 do CNJ e demais leis existentes sobre nomeação de servidor público, pois a proposta visa barrar o servidor que presta concurso público para cargo efetivo, ou seja, a aplicação das regras da lei da Ficha Limpa não ficará restrita aos casos de provimento por livre nomeação, pois o sujeito que for aprovado em concurso público e pretende tomar posse em cargo efetivo, além dos requisitos já existentes, terá que provar que é ficha limpa e não está enquadrado em nenhuma das hipóteses de inelegibilidade. E fica a grande questão: e aquele servidor efetivo, que prestou concurso público e já tomou posse no cargo, poderá perder o cargo se estiver inelegível? Conforme já dito, quando aprovada, a LC n. 135/2010 retroagiu e atingiu fatos pretéritos, então, se aprovada a PEC n. 284/2013, caso o legislador não defina de forma clara os seus efeitos, o Supremo Tribunal Federal terá muito trabalho pela frente.

Outro detalhe muito importante é de que a inelegibilidade tem efeitos temporários, assim, há de se pensar também na hipótese de que, caso a regra constitucional determine a perda do cargo público ao servidor que se encontre inelegível, como ficará a sua situação após cessarem os efeitos da inelegibilidade? Ele retorna ao cargo ou deverá prestar novo concurso público? Infelizmente, essas questões não poderão ser respondidas agora, pois tudo depende do que irá ocorrer no Congresso.

Porém, a certeza que se pode ter, em razão das questões que já foram discutidas e apresentadas, é que tanto a PEC n. 180/2012, quanto a PEC n. 284/2013, que são de iniciativa de parlamentares, contrariam dispositivo constitucional, que determina ser privativa do Presidente da República, a iniciativa de lei que trate de servidores públicos da União e provimento de cargos. (SILVA, 2010, p. 526)

Segundo Uadi Bulos, (2014, p. 141) o processo legislativo, para não padecer de vício, deve observar os requisitos formais de elaboração e tramitação de todo o arcabouço normativo produzido no ordenamento jurídico pátrio. As espécies normativas estão elencadas no art. 59 da CF/88. Conforme o autor, o requisito inicial é o princípio da legalidade, expresso no art. 5º, inciso II da Constituição, pois somente a lei pode criar uma determinação ao indivíduo.

Os requisitos formais dividem-se em subjetivos e objetivos, e são previstos, taxativamente nos artigos 60 a 69 da Constituição Federal. O autor define como requisitos subjetivos, aquele que versam sobre a iniciativa das leis, que em alguns casos são concorrentes, porém em outros são privativas de certas autoridades.

Quanto ao requisito formal objetivo, é aquele que diz respeito à fase constitutiva e complementar do processo de elaboração da norma, como o caminho que o projeto ou a proposta deve seguir e também o quórum de votação, além dos prazos, quando previstos. (BULOS, 2014, p. 141- 142)

Recentemente, foi enviado ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 862/2015, de autoria da Presidência da República, este projeto foi uma das medidas que compunham o chamado “pacote anti-corrupção”, da Presidente da República, como resposta às recentes manifestações populares contra a atuação de seu governo. O PL n. 862/2015 propõe a criação do art. 5º-A à Lei n. 8.112/1990, cujo texto normativo veda a nomeação para cargo público em comissão e função de confiança, em toda a Administração Pública Direta, autárquica e fundacional, de pessoas definidas como inelegíveis pelas regras da LC n. 64/1990. Pelo projeto, os cargos de diretoria das empresas públicas, suas subsidiárias ou empresas controladas pela União, observarão o mesmo regramento.

Diferente das propostas dos parlamentares, a proposta da Presidente, é a de alterar a Lei n. 8.112/1990, que é a lei do servidor público da União e é nela que estão todos os regramentos sobre a forma de provimento em cargo público e as causas de exoneração. As iniciativas dos parlamentares, por sua vez, além do grande problema da usurpação da competência privativa, propõem uma emenda constitucional, o que conseqüentemente acarretaria na necessidade de alteração posterior da Lei n. 8.112/1990.

Mais uma vez, a LC n. 135/2010 serviu de base para alteração de lei que verse sobre provimento de cargo público. Segundo a justificativa do PL n. 862/2010, o intuito é o de estender as regras existentes para a ocupação de cargo político eletivo, aos cargos públicos em geral, porém respeitando os direitos constitucionais daquele que presta concurso público e já cumpre as regras impostas pela Constituição, como o gozo dos direitos políticos. Outra vez, o descontentamento com a corrupção e o apelo popular pela moralidade pública serviram de justificativa para mudanças na forma de administrar a coisa pública. A grande diferença entre o PL n. 862/2015 e as demais normas que versam sobre o mesmo tema, é que aquele, cumpre os requisitos formais subjetivos do processo legislativo disposto na Constituição, então, caso aprovado, dificilmente se apontará inconstitucionalidade no PL n. 862/2015.

5 CONCLUSÃO

A Lei da Ficha Limpa, por todo o seu histórico, até a sua aprovação, também tem seus méritos e é uma resposta aos anseios populares por mais transparência, eficiência e pela moralidade pública. O direito de ser votado sofreu uma grande reforma pela lei das Inelegibilidades, pois as restrições se ampliaram significativamente, ao ponto de muitas serem definidas como inconstitucionais, pois ferem princípios constitucionais como a presunção de inocência, o devido processo legal e a segurança jurídica.

Apresentadas as possíveis inconstitucionalidades existentes na Lei da Ficha Limpa, buscou-se os conceitos de cargos públicos efetivos, comissionados e funções de confiança, formas de provimento, livre nomeação e exoneração, além da reserva privativa para a proposta de leis que tratem sobre essa matéria. A Constituição é clara de que a reserva legal para tratar de provimento de cargos e

servidores públicos é privativa do chefe do Poder Executivo, assim, qualquer violação à reserva legal gera a inconstitucionalidade formal.

Por fim, surgem propostas de emendas à Constituição e projeto de lei, que tramitam no Congresso Nacional e pretendem uniformizar a aplicação das normas do servidor ficha limpa para todas as esferas do serviço público. Porém, como ainda não foram aprovadas, a inconstitucionalidade evidente está nas duas propostas de emendas à Constituição, pois ambas são de iniciativa de parlamentares e ferem o princípio da reserva legal, o projeto de lei, por sua vez, não viola este princípio, pois é de iniciativa da Presidente da República.

A guarda da Constituição cabe ao Supremo Tribunal Federal, pois é ele que declara quando uma norma é ou não é inconstitucional. A lei da Ficha Limpa, apesar de todos os problemas apresentados, foi declarada constitucional, já as demais leis não tiveram este enfrentamento. Mas não é porque a palavra final cabe ao STF, que se deve deixar de questionar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, pois se há um lugar propício para se discutir o direito, esse lugar é a academia e é por isso, que se pode afirmar que a Resolução CNJ n. 156, de 2012, extrapolou os limites da competência do CNJ, usurpou da competência privativa e repetiu as mesmas transgressões da LC n. 135/2010.

REFERÊNCIAS

APOLINARIO, Marcelo Nunes; BRAGA, Andreza Pereira. **Análise sobre a (in)constitucionalidade da lei ficha limpa no Brasil**. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, ago. 2011. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/13/>. Acesso em: 3.2.2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 156, de 8 de agosto de 2012**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoes>> . Acesso em: 15.4.2014.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **"Ficha limpa" & questões constitucionais**: direito eleitoral do inimigo (retroagir?). Revista Estudos Eleitorais, jan./abr. 2010, p. 65. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v5-n1.pdf>. Acesso em: 12.2.2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **A lei da ficha limpa em revista e os empates no STF**: liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. DPU n. 38, Seção Especial – Estudos Jurídicos, p. 199-212, mar./abr. 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/1035>>. Acesso em: 15.4.2014.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A lei da "ficha limpa"**: uma responsabilidade prospectiva? A que preço? Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 237-262, ago. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74870>>. Acesso em: 3.2.2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O CNJ e a questão da justiça**. 2012. Revista Interesse Nacional, Ano 4, n. 16, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://interesse.nacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/o-cnj-e-a-questao-da-justica>> Acesso em: 10.11.2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Revista da

ESMESC, v. 12, n. 18, 2005. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274>>. Acesso em: 14.4.2014.

NOTA

¹ Informação extraída da PEC n. 180/2012

Servidora do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Graduada em Letras – Língua e Literatura Portuguesa, pela Universidade Federal de Santa Catarina, possui especialização em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp e é graduanda do curso de Direito pela Faculdade CESUSC.