

Administração pública e vedação ao nepotismo no Poder Judiciário

Alexandre de Moraes¹

Sumário

Princípios da administração pública e nepotismo; Nepotismo e inexistência de direito adquirido ou ato jurídico perfeito; Atuação do Conselho Nacional de Justiça no combate ao nepotismo; Resolução CNJ nº 07/05 e vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário; Supremo Tribunal Federal e Constitucionalidade da Resolução CNJ nº 07/05; Conclusão.

Princípios da administração pública e nepotismo

O *nepotismo* no Poder Judiciário e sua interpretação perante aos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade e moralidade administrativa devem ser analisados sob três aspectos:

1) Se a *vedação ao nepotismo* é preceito implícito derivado diretamente da Constituição Federal e dos princípios regentes da administração pública ou se o texto constitucional ignora o assunto e, conseqüentemente, permite ao legislador ordinário sua livre regulação;

2) Eventual existência de *direito adquirido* ou *ato jurídico perfeito* a cargos em comissão ou funções de confiança;

3) Competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça para coibir a prática do nepotismo no Poder Judiciário Nacional.

A primeira questão – a mais importante, pois condiciona as demais – é a necessidade de definir-se se a *vedação ao nepotismo* é preceito implícito da administração pública, derivado diretamente da Constituição Federal, em especial dos princípios da moralidade e da impessoalidade, ou se o texto constitucional simplesmente ignora a matéria, deixando ao legislador ordinário sua regulamentação, como bem entender, seja proibindo, seja autorizando.

Se optarmos pela segunda hipótese – *matéria infraconstitucional* –, não haverá possibilidade de controle administrativo nem pelo Conselho Nacional de Justiça, nem pelos próprios tribunais, pois suas competências administrativas limitar-se-ão à

¹ Advogado e consultor jurídico (alexandre@alexandremoraes.com); Doutor e Livre-docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor-associado da USP e professor-titular da Universidade Mackenzie; Exerceu o cargo de Promotor de Justiça de São Paulo (1991-2002); Foi Secretário de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania (2002-2005) e membro da primeira composição do Conselho Nacional de Justiça (2005-2007); De 2007 a 2010, exerceu a titularidade da Secretaria de Transportes do Município de São Paulo, acumulando-a, a partir de 2009, com a Secretaria de Serviços da capital.

análise dos casos específicos que desrespeitem a legislação, que deverá ser observada integralmente, mesmo que consagre a *prática do nepotismo*. O máximo que a competência constitucional permitiria ao CNJ – repita-se, caso o entendimento seja de tratar-se de matéria infraconstitucional – seria a fiscalização da observância do efetivo cumprimento da legislação.

Não me parece, com o devido respeito às importantes posições em contrário, que seja a correta interpretação constitucional.

A Constituição da República consagra os princípios da *impressoalidade* e da *moralidade* no *caput* do artigo 37 e *determina expressamente* competir ao Conselho Nacional de Justiça a fiscalização e sua efetivação no âmbito do Poder Judiciário (CF, art. 103-B, § 4º, II).

A administração pública deve ser impessoal, ou seja, o agente público deve visar ao interesse público e não à satisfação de seus interesses pessoais ou familiares.

Nas nomeações de cargos em comissão ou funções de confiança, os órgãos diretivos do Poder Judiciário atuam como executores do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são simplesmente do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou, na hipótese, o Poder Judiciário, que deve agir de forma impessoal e moral.

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios morais e éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública. Como ressaltado por Hely Lopes Meirelles, “não se trata, diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito, da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.²

A *moral jurídica* deverá, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, observar o *senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça e ética das instituições*.³

Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça, ao exercer sua função constitucional, não deve se restringir ao exame restrito da legalidade do ato administrativo, mas sim, entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, pois como lembrado pelo Supremo Tribunal Federal, “poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral... Os

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 111.

princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio”.⁴

Como afirmado pelo Min. Marco Aurélio, “o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”.

O princípio da moralidade está intimamente ligado à ideia de probidade, dever inerente do administrador público, e somente sua integral observância no preenchimento dos cargos em comissão e funções de confiança no Poder Judiciário respeitará o texto constitucional.

A interpretação das normas constitucionais e sua supremacia devem ser estabelecidas mediante a realidade atual da sociedade, pois, como lembrado por Konrad Hesse, “a constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...) A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da constituição”.⁵

Portanto, me parece claro que a *vedação ao nepotismo* tem substrato constitucional – como verificamos no STF, na ADIN/RS, medida cautelar nº 1.521, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 17-3-2000 e no TCU, 2ª T, Rel. Min. Adylson Motta, Acórdão nº 393, de 18-3-2004 – e, conseqüentemente, sua vedação teve início na data de 5 de outubro de 1988, independentemente de qualquer legislação posterior.

Nepotismo e inexistência de direito adquirido ou ato jurídico perfeito

A *segunda importante questão* a ser analisada na presente hipótese diz respeito à *inexistência de direito adquirido ou ato jurídico perfeito* a cargos em comissão, cujas nomeações e investidas precárias desrespeitaram flagrantemente as normas constitucionais.

O entendimento contrário e baseado na possibilidade de manutenção da validade dos cargos em comissão nomeados antes da edição de legislação infraconstitucional, pela existência de *direito adquirido* – com o devido respeito – convalidaria nomeações inconstitucionais, criando nova forma de estabilidade a servidores públicos não concursados e não prevista no artigo 41 do texto constitucional, que exige como requisito para aquisição de estabilidade do servidor público a *nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público*, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal ao afirmar não ser lícito qualquer previsão de estabilidade fora das hipóteses constitucionais, sendo nulo e de nenhum efeito qualquer disposição nesse sentido.⁶

⁴ STF, 2ª T, Rel. Min. Marco Aurélio, Rextr. nº 160.381/SP, RTJ 153/1.030.

⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 24.

⁶ RTJ, 164/293 e 165/684.

Como justificar que o *nepotismo* fere a Constituição Federal, porém que aqueles que foram nomeados antes da edição de leis regulamentadoras – que, repita-se, são desnecessárias, pois a vedação ao nepotismo é inconstitucional – possam se favorecer de atos inconstitucionais por ferimento à *Impessoalidade* e *Moralidade* constitucionais?

Além disso, como afirmar – com a devida *vênia* aos posicionamentos em contrário –, que a nomeação de parentes, com claro ferimento aos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade, não seja viciada, sendo o respectivo ato administrativo imoral e inconstitucional, impossível de convalidação, por também inexistente o ato jurídico perfeito?

Ato jurídico perfeito é aquele que reúne todos os seus elementos constitutivos exigidos pela lei, sendo em virtude da necessidade de proteção ao princípio da segurança jurídica, protegido pela Constituição,⁷ pois, como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, “o art. 5º, XXXVI consagra princípio fundamental destinada a resguardar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas”.⁸

Impossível afirmar que uma nomeação para cargo em comissão com a prática de nepotismo e com flagrante ferimento aos princípios da impessoalidade e moralidade seja *definitivamente consolidada*, pois o que deve prevalecer é o texto constitucional, desrespeitado pela investidura dos parentes ou afins próximos aos membros do Poder Judiciário.

46

Nesse sentido, podemos citar decisão do Tribunal de Contas da União, de lavra do Ministro-relator Adylson Motta, que afirmou que essas nomeações ferem “o princípio da moralidade na administração, contemplado no art. 37 da Constituição Federal”, para concluir que “ainda que as nomeações houvessem ocorrido antes da Constituição de 1988 – quando foi incorporado ao nosso ordenamento, de forma expressa e definitiva, o princípio da moralidade na administração pública –, a manutenção, em si, de um parente em cargo comissionado, por um magistrado, em seu próprio gabinete, configura fato imoral e ilegal, a ser ilidido. Em outras palavras, perde importância perquirir se o servidor foi nomeado antes da publicação do entendimento normativo deste Tribunal ou da promulgação da Constituição de 1988. Importa, sim, reconhecer que, com a proibição do nepotismo na Justiça do Trabalho, tornou-se irregular a manutenção de comissionados sob tal condição”.⁹

Atuação do Conselho Nacional de Justiça no combate ao nepotismo

Finalmente, a *terceira e última importante questão* a ser analisada na presente hipótese, diz respeito à possibilidade da atuação do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de possuir competência para coibir a prática do *nepotismo* no Poder Judiciário Nacional.

⁷ cf. RTJ, 164/293.

⁸ RTJ 163/795.

⁹ TCU - 2ª Câmara - Acórdão 293/2004.

Conforme afirmado anteriormente, a Constituição da República consagra os princípios da *impessoalidade* e da *moralidade* no *caput* do artigo 37, e *determina expressamente* competir ao Conselho Nacional de Justiça a fiscalização e sua efetivação no âmbito do Poder Judiciário (CF, art. 103-B, § 4º, II), com a possibilidade de analisar a legalidade de atos administrativos e desconstituí-los, bem como fixar prazo para que se adotem providências necessárias ao exato cumprimento da Constituição e da legislação.

Não me parece em consonância com a previsão constitucional, a afirmação da impossibilidade do CNJ revogar ato administrativo por inexistência de lei que vede a nomeação de parentes no Poder Judiciário.

A prática do *nepotismo*, conforme exposto anteriormente, decorre do próprio texto constitucional, bem como decorre da Constituição Federal a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça desconstituir atos administrativos editados contrariamente ao ordenamento jurídico.

As contratações de parentes pelos Tribunais, com fundamento em sua autonomia administrativa (CF, art. 96 e 99), apesar de poder ser considerada um *ato administrativo discricionário*, permite ao CNJ a análise de sua legalidade e moralidade, mesmo porque, sempre é bom lembrar, a discricionariedade na edição de atos administrativos – *mesmo nos Tribunais* –, deve ser entendida como o juízo de conveniência e oportunidade do administrador para, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público.

O ato administrativo discricionário jamais poderá desviar-se de sua finalidade de persecução do interesse público, sob pena de ilegalidade (*teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade*) e necessidade de desconstituição administrativa ou judiciária.

Caso o Conselho Nacional de Justiça entendesse constitucional a prática de nepotismo no Poder Judiciário, *por inexistir texto legal expresso*, estaria chancelando uma das práticas mais imorais, antiéticas, não razoáveis e contrárias ao sentimento geral de justiça e legalidade da sociedade.

Além disso, estaria o Conselho Nacional de Justiça afirmando que a questão do *nepotismo* no Poder Judiciário não é constitucional, mas sim meramente legal, e, consequentemente, estará permitindo que futura legislação, inclusive, viesse a consagrar essa prática nefasta, em total descompasso com os princípios da administração pública.

Na presente hipótese, para invalidar os atos administrativos que frontalmente desrespeitam a moralidade administrativa, não é necessário, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade”.¹⁰

Não é razoável entender que o *nepotismo* no Poder Judiciário respeita os princípios da administração pública. Não é razoável entender que o *nepotismo* no Poder Judiciário não configura desrespeito aos *princípios da impessoalidade e moralidade*. Não é razoável entender que o *nepotismo* no Poder Judiciário é permitido, simplesmente, por que não existe lei que o proíba.

¹⁰ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 111.

Dessa forma, a Constituição Federal veda a prática do *nepotismo*, devendo o Conselho Nacional de Justiça cumprir sua função constitucional de zelar pela fiel observância dos princípios da administração pública no Poder Judiciário, e, conseqüentemente, determinar a vedação, salvo se servidor ocupante de cargo de provimento efetivo do Poder Judiciário, de nomeação para cargo em comissão ou designação para função de confiança, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, de qualquer magistrado, em qualquer juízo ou Tribunal do país, inclusive superior.

A necessidade de estabelecimento da amplitude da vedação do nepotismo em qualquer juízo ou Tribunal do país, inclusive superior, visa a evitar eventual hipótese conhecida como *nepotismo cruzado*, ou seja, nomeação de parentes ou afins de magistrado em gabinetes de outros magistrados.

Resolução CNJ nº 07/05 e vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário

A Resolução CNJ nº 07, de 18 de outubro de 2005, disciplinou o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, e em respeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição. Em seu art. 1º afirmou ser “vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados”.

Em seu art. 2º, a Resolução CNJ nº 07/05 prevê que: Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: I – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados; II – o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações; III – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; IV – a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; V – a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou

colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento”.

O CNJ excepcionou as seguintes situações, no §1º, art. 2º, da Resolução 07/05: “Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade. § 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

O art. 3º da Resolução CNJ nº 07/05, com sua redação dada pela Resolução nº 09/05, determina que “é vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação”.

Supremo Tribunal Federal e constitucionalidade da Resolução CNJ nº 07/05

O Supremo Tribunal Federal, por maioria (9x1), concedeu liminar para suspender, com efeito vinculante e retroativo, até o exame de mérito, o julgamento de todas as ações no país que questionam a Resolução do CNJ, bem como as decisões já proferidas contra a norma do Conselho.¹¹

O Supremo Tribunal Federal entendeu, em sede cautelar, que o nepotismo fere os princípios da impessoalidade, moralidade, igualdade e eficiência.

Como bem destacado pelo Ministro-relator Carlos Britto, o nepotismo fere os princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade, podendo “resvalar na imoralidade administrativa”. Em relação ao *princípio da impessoalidade*, destacou que “na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que “não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio”. Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado “nepotismo”. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, *debaixo da aba familiar* dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do “cruzamento” (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor). Em relação ao *princípio da eficiência* afirmou que os conceitos do recrutamento de mão de obra qualificada,

¹¹ Decisão do dia 16 de fevereiro de 2006 e ATA do STF publicada no Diário da Justiça, Seção I, 22 de fevereiro de 2006.

capacitação técnica e assiduidade “passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para o mundo das realidades empíricas, num ambiente de projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um(a) esposo (a) ou companheiro (a), um(a) sobrinho (a), enfim, com quem eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não parentes ou não familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? Em suma, como desconhecer que a sobrevivência de uma enfermidade mais séria, um trauma psico-físico ou um transe existencial de membros de uma mesma família tenda a repercutir negativamente na rotina de um trabalho que é comum a todos? O que já significa a *paroquial* fusão do ambiente caseiro com o espaço público. Pra não dizer a confusão mesma entre tomar posse **nos** cargos e tomar posse **dos** cargos, na contra mão do insuperável conceito de que “administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia” (Rui Cirne Lima). Por fim, em relação ao *princípio da igualdade*, concluiu que “o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre assim). Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão de obra familiar e parental costuma carrear para os núcleos familiares assim favorecidos uma super afetação de renda, poder político e prestígio social”.¹²

50

Conclusão

A prática do *nepotismo* é injustificável em nossa realidade atual, é imoral, fere a *ética institucional* que deve reger os Poderes do Estado, pois fere o senso de razoabilidade da comunidade a utilização de cargos públicos para o favorecimento familiar e garantia de empregabilidade doméstica.

A única interpretação possível na presente hipótese, que consagra a supremacia da Constituição e de seus princípios e a conseqüente vinculação irrestrita do Poder Judiciário as suas normas, *afasta qualquer possibilidade de nepotismo*, pois, caso contrário, não terá respeitado a *função promocional da Constituição*, mas sim, correremos o perigoso risco, como lembra Canotilho, de *eficácia zero do direito constitucional*;¹³ e conseqüente desmoralização e perda de credibilidade das instituições.

¹² STF – Pleno – ADC 12 – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 16-02-06.

¹³ CANOTILLO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 474.