

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.496 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. NUNES MARQUES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE ISSA KIMURA

O Senhor Ministro Edson Fachin: Saúdo e adoto o relatório lançado pelo eminente Ministro relator, Nunes Marques, mas para fins de delimitar a controvérsia ora sob exame, passo a rememorar alguns pontos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República em face do art. 4º, parágrafo único da Lei nº 7.451 de 1991 do Estado de São Paulo.

Art. 4º O Assistente Jurídico será nomeado em comissão pelo Presidente do Tribunal de Justiça, mediante indicação do Desembargador interessado.

Parágrafo único. É vedada a nomeação de cônjuge, de afim e de parente em linha reta ou colateral, até o 3º grau, inclusive, de qualquer dos integrantes do Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

Pede, em síntese, que seja afastada interpretação segundo a qual a vedação se aplica aos cônjuges e parentes que sejam servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, por meio de concurso público, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, salvo quando o cargo em comissão estiver subordinado diretamente ao membro do Judiciário de quem decorre a incompatibilidade. Sustenta que tal interpretação viola a

regra do concurso público e o livre acesso aos cargos públicos.

A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e o Governador do Estado de São Paulo defenderam a constitucionalidade da norma questionada nas informações.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência em razão da possibilidade de nomeação de servidores efetivos para cargo em comissão, observadas a compatibilidade de escolaridade, a qualificação profissional e a ausência de subordinação direta ao magistrado.

O Eminente Relator conclui, em síntese, que a regra fixada no art. 2º, I e § 1º, da Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça leva à conciliação entre a proibição do nepotismo e a acessibilidade ao cargo público e julga “procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.451, de 19 de julho de 1991, do Estado de São Paulo, de modo a excluir do seu âmbito normativo o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo, admitido por concurso público, observadas a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo de Assistente Jurídico, sendo vedada, em todo caso, a nomeação quando o cargo for subordinado ao membro do Poder Judiciário determinante da situação de incompatibilidade.”

Peço vênia ao Ministro Nunes Marques e as compreensões que ao Relator se alinham para manifestar conclusão diversa. Entendo que, ainda que a Resolução nº 7/2005 do CNJ em suas disposições regulamente o acesso a cargos em comissão e funções gratificadas por servidores efetivos que sejam parentes de magistrados, não há inconstitucionalidade em lei estadual que imponha critérios mais rigorosos à prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

Na oportunidade do julgamento da ADI 3680, sob a Relatoria do Ministro Marco Aurélio, apresentei ressalva ao voto do Relator quanto ao mérito que aqui se discute. Peço escusas para registrar a fundamentação que leva a minha conclusão na matéria:

Em segundo lugar, deixo de subscrever as conclusões do i. Ministro Relator quanto à possibilidade de nomeação ou designação de parente ocupante de cargo de provimento efetivo para exercer função gratificada, vedada a atuação apenas junto ao magistrado determinante da incompatibilidade.

Peço vênia para manifestar minha compreensão da matéria, que é mais restrita. Entendo que, ao editar a Súmula Vinculante n.º 13, não foi possível (e nem essa poderia ser a pretensão) esgotar todas as possibilidades de configuração do nepotismo e de violação do princípio da impessoalidade na Administração Pública. Nesse sentido, cito trecho do voto proferido pelo i. Ministro Dias Toffoli no MS 31.697, DJe 02.04.2014, Primeira Turma, de que foi relator Relator:

“Ao editar a SV 13, a Corte não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, dada a impossibilidade de se preverem e de se inserirem, na redação do enunciado, todas as molduras fáticojurídicas reveladas na pluralidade de entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios) e das esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), com as peculiaridades de organização em cada caso. Dessa perspectiva, é certo que a edição de atos regulamentares ou vinculantes por autoridade competente para orientar a atuação dos demais órgãos ou entidades a ela vinculados quanto à configuração do nepotismo não retira a possibilidade de, em cada caso concreto, proceder-se à avaliação das circunstâncias à luz do art. 37, caput, da CF/1988. (MS 31.697, voto do Rel. Min. Dias Toffoli, 1^a T, j. 11-3-2014, DJE 65 de 2-4-2014).

Considerada, portanto, a amplitude e a complexidade da estrutura administrativa dos diversos órgãos do Poder Judiciário no tocante à gestão de seus servidores (efetivos ou não), entendo que configura nepotismo a nomeação de pessoa,

com ou sem vínculo efetivo com a Administração, para exercer função gratificada, quando houver relação de parentesco com a autoridade nomeante, vedada não apenas a atuação junto ao magistrado determinante da incompatibilidade, mas junto a qualquer autoridade que pertença ao mesmo órgão em que se der a nomeação. Esta compreensão avança para além do quanto contido no enunciado da Súmula Vinculante n. 13, de modo consentâneo com os princípios da impessoalidade e da moralidade, constitucionalmente assentados no caput do art. 37. Cito, neste particular, a legislação norte-americana cuja vedação é abrangente neste sentido:

“A public official may not appoint, employ, promote, advance, or advocate for appointment, employment, promotion, or advancement, in or to a civilian position in the agency in which he is serving or over which he exercises jurisdiction or control any individual who is a relative of the public official. An individual may not be appointed, employed, promoted, or advanced in or to a civilian position in an agency if such appointment, employment, promotion, or advancement has been advocated by a public official, serving in or exercising jurisdiction or control over the agency, who is a relative of the individual”.

Em tradução livre:

“Um funcionário público não pode nomear, empregar, promover, avançar ou defender a nomeação, emprego, promoção ou promoção, em ou para uma posição civil no órgão em que está servindo ou sobre a qual exerce jurisdição ou controle qualquer indivíduo que é parente seu. Um indivíduo não pode ser nomeado ou

promovido em ou para uma posição civil em uma agência se essa nomeação, emprego, promoção ou promoção tiver sido defendida por um funcionário público, servindo ou exercendo jurisdição ou controle sobre a agência, que é parente do indivíduo."

Mas, para além do mérito propriamente, penso que a questão sob exame tem como pano de fundo um debate sobre distribuição de competências e compreensão do próprio programa de federalismo insculpido na Constituição de 1988.

O assunto foi tratado recentemente no julgamento do RE 833291, tema de repercussão geral nº 1.051 sob a Relatoria do Ministro Dias Toffoli que tratou da competência municipal para legislar sobre a obrigatoriedade de shopping centers implementarem ambulatórios médicos e serviços de pronto atendimento em suas dependências.

Na oportunidade manifestei minha compreensão quanto ao tema:

A repartição de competências é característica fundamental em um Estado federado para que seja protegida a autonomia de cada um dos seus membros e, por conseguinte, a convivência harmônica entre todas as esferas, com o fito de evitar a secessão. Nesta perspectiva, esta distribuição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levando em conta a predominância dos interesses envolvidos.

Repartir competências comprehende compatibilizar interesses para reforçar o federalismo em uma dimensão realmente cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente e corroborando para que o funcionamento harmônico das competências legislativas e executivas optimizem os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da Constituição da República.

[...]

Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado se compromete a exercê-las para o alcance do bem comum e para a satisfação dos direitos fundamentais. E nesse contexto, é necessário avançar do modo como a repartição de competências há tempos é lida a partir de um modelo estanque que se biparte no sentido horizontal ou vertical, ou ainda, em competência legislativa ou administrativa para um modelo em que o princípio informador seja a máxima efetividade dos direitos fundamentais como critério de distribuição destas competências.

E não se está aqui a afirmar que a sistemática de repartição de competências não seja relevante para o Estado Federal brasileiro, mas não pode ser visto como único princípio informador, sob pena de resultar em excessiva centralização de poder na figura da União.

E esta centralização leva a que Estados, Distrito Federal e Municípios, embora igualmente integrantes da República Federativa do Brasil, conforme comando normativo disposto no art. 1º, da Constituição da República, tenham suas respectivas competências sufragadas, assumindo um papel secundário na federação brasileira, contrariamente ao determinado pelo Texto Constitucional.

Determinando-se a igualdade e equilíbrio entre os entes federativos, a Constituição ressalta a necessidade de maximização do exercício destas competências para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social.

É este novo olhar que se propõe a partir da ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Uma mirada voltada para: a otimização da cooperação entre os entes federados; a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; o respeito e efetividade do pluralismo com

marca característica de um Estado Federado.

Aqui também, a rigor, temos sob análise a competência de Estado Federado dispor em lei de regras mais rigorosas quanto à vedação ao nepotismo no Poder Judiciário do que resolução administrativa de órgão de âmbito nacional.

Conforme já afirmado, direciono-me para uma compreensão menos centralizadora e mais cooperativa da repartição de competências no federalismo brasileiro. Assim sendo, partindo da premissa de que a norma impugnada insere-se no âmbito da organização do Poder Judiciário local entendo caracterizada a competência comum fixada no art. 23, I, da Constituição Federal, para compreender que a legislação local protetiva, ora questionada, apresenta-se como densificação dos princípios administrativos da moralidade e impessoalidade que devem reger todo o serviço público.

Ante o exposto, peço vênia novamente para divergir do Relator e julgar improcedente o pedido de afastar a interpretação de que as restrições do parágrafo único do art. 4º Lei nº 7.451 de 1991 do Estado de São Paulo se aplicam também a servidores concursados.

É como voto.