

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR): A controvérsia diz respeito à compatibilidade, com o Texto Constitucional, de norma estadual que veda a nomeação de cônjuge ou parente em linha reta ou colateral, até o 3º grau, de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo para ocupar cargo em comissão de Assistente Jurídico de membro daquele órgão, mesmo sendo o nomeado servidor público efetivo do Judiciário.

1. Preliminar

O Advogado-Geral da União suscitou a perda do objeto da ação ante a superveniência da Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que veio regulamentar o tema do nepotismo.

O art. 2º, I, do referido ato normativo proíbe que cargo comissionado ou função gratificada, no âmbito do Judiciário nacional, seja ocupado por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos membros ou juízes vinculados.

Nada obstante, o § 1º encerra exceção à regra versada no dispositivo, a saber, quando o parente do membro ou juiz interessado for servidor

público admitido mediante concurso público e ocupante de cargo de provimento efetivo de carreira judiciária, ainda assim desde que observadas 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. Permanece desautorizada, em qualquer caso, a nomeação que resulte em subordinação ou vínculo direto do servidor ao magistrado determinante da incompatibilidade.

O diploma estadual em que veiculada a disposição questionada, por sua vez, não institui ressalva semelhante. Assim, a presente ação volta-se a afastar do âmbito de incidência da norma o servidor público efetivo do Judiciário, permitindo sua nomeação para o cargo em comissão de Assistente Jurídico de Desembargador.

A questão posta para análise de eventual prejuízo é: o ato normativo editado pelo CNJ tem o condão de, sendo esse o caso, suprir a legislação estadual e instituir, por força normativa própria, a aludida ressalva no âmbito do Estado de São Paulo, esvaziando, por decorrência lógica, a pretensão do requerente?

Ora, as resoluções do Conselho Nacional de Justiça retiram seu fundamento jurídico de validade do art. 103-B, § 4º, I, da Constituição Federal, cujo teor se lê a seguir:

Art. 103-B. [...]

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

É dizer, tais atos têm natureza regulamentar, não se admitindo que modifiquem regime jurídico instituído por lei.

Assim, conforme se colhe do parecer do Procurador-Geral da República, e de acordo com a teoria da compatibilidade vertical de normas, não é dado a resolução federal revogar lei formal – de qualquer ente político –, por mais relevante que seja a matéria em jogo.

Rejeito a alegação de prejuízo.

2. Mérito

A norma questionada visa combater o nepotismo, prática que subverte o desempenho das funções públicas e revela sistema calcado na confusão entre as esferas pública e privada ou familiar bem como no favorecimento pessoal.

O Supremo consolidou jurisprudência no sentido de que a proibição do preenchimento de cargo em comissão por cônjuge e parente de servidor público constitui medida que concretiza os princípios republicano, da moralidade e da impessoalidade – esses últimos a regerem a Administração Pública em qualquer esfera de poder, de forma a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade (MS 23.780, ministro Joaquim Barbosa).

Na ordem instaurada pela Constituição de 1988, os princípios, longe

de configurarem meras recomendações de natureza moral ou ética, consubstanciam verdadeiras prescrições jurídicas dotadas de eficácia e elevada densidade axiológica e normativa. Positivamente vinculantes, sua materialização pode ser demandada judicialmente, se necessário.

Na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçada.

A moralidade e a impessoalidade exigem do agente público conduta pautada por padrões éticos de probidade, confiabilidade, honestidade, lealdade, equidade e continuidade, voltados à consecução do bem comum, e não a assegurar vantagem. A eficiência administrativa, por seu turno, condiz com a promoção de decisões que maximizem a prestação de serviços públicos ao menor custo possível.

O próprio legislador constituinte tratou de restringir a discricionariedade do administrador em relação ao tema, quando, com a Emenda de n. 19/1998, estabeleceu que os cargos de comissão se destinam a atribuições de chefia, assessoramento e direção, devendo ser ocupados, de forma proporcional, por servidores de carreira, ao passo que os de confiança serão providos exclusivamente por servidores efetivos.

ADI 3496 / SP

O Supremo, na voz do ministro Celso de Mello, ao julgar a ADI 1.521, ressaltou:

[...] quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos, não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Não por outra razão, a Corte, examinando a ADI 3.094, ministro Edson Fachin, assentou que a vedação do nepotismo decorre diretamente da Constituição Federal, devendo ser imediata e verticalizada. Ademais, em 2008, aprovou o verbete vinculante n. 13 da Súmula, com a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Em que pese tal compreensão, o Tribunal, no julgamento de reclamação constitucional, introduziu ressalvas à regra proibitiva, no tocante aos cargos de natureza política, cujas atribuições não são exclusivamente técnicas, mas dizem respeito à condução geral do Estado.

Sobreveio, então ótica pela possibilidade de invalidação da nomeação apenas quando ficasse evidente a falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica, ou em caso de inidoneidade moral (Rcl 6.650 MC-AgrR, ministra Ellen Gracie; e Rcl 28.024, ministro Luís Roberto Barroso). A questão aguarda solução definitiva no RE 1.133.118, da relatoria do ministro Luiz Fux, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema n. 1.000).

Pois bem. No que concerne ao Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, no exercício de sua competência regulamentar, editou a Resolução n. 7/2005, instituindo regras sobre a proibição do nepotismo. O ato foi declarado constitucional pelo Supremo no julgamento da ADC 12, ministro Carlos Ayres Britto, *DJe* de 18 de dezembro de 2009. Transcrevo a ementa do acórdão:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA 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". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.

2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça.

(Grifei)

No art. 2º, I, o ato normativo proíbe o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, em cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente, até o terceiro grau, inclusive, dos membros ou juízes vinculados:

Art. 2º 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;

O § 1º do dispositivo prevê exceção aplicável aos servidores

ADI 3496 / SP

ocupantes de cargo efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público:

§ 1º 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.

A redação do § 1º foi alterada pela Resolução n. 181/2013, com a finalidade de especificar que, no caso de nomeações recíprocas em diferentes órgãos do Poder Judiciário, ambos os servidores devem pertencer à carreira judiciária para que seja aplicada a exceção:

§ 1º 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, e que o outro servidor também seja titular de cargo de provimento efetivo das carreiras jurídicas, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade. (Redação dada pela Resolução nº 181, de 17.10.2013)

A ressalva atinente aos servidores efetivos parte da premissa de que a capacidade técnica dos servidores públicos foi aferida por meio do

ADI 3496 / SP

concurso público.

De acordo com o art. 37, I, da Constituição Federal, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. Essa restrição encontra razão de ser no interesse da Administração Pública – cabe-lhe dispor de instrumentos por meio dos quais possa aferir a real capacitação do interessado para o exercício das atribuições do cargo a ser provido.

Cuida-se, em concreto, do que se pode denominar “princípio da capacitação”, à luz do qual a pessoa a ser nomeada deve apresentar elementos mínimos que comprovem a sua aptidão para o exercício do múnus.

Nesse ponto, surge contraposição entre o princípio da capacitação e a vedação do nepotismo: esta, conquanto justificada constitucionalmente, pode levar a situações de perplexidade, se empregada de modo indiscriminado. Isso porque pessoas que detêm conhecimento suficiente para exercer algum cargo público podem se ver excluídas do universo de escolha em virtude da incidência linear da proibição.

Quer dizer: por um lado, coíbe-se a escolha não amparada em critério relacionado ao interesse público; por outro, não se pode ignorar a possibilidade de haver pessoas que sejam plenamente qualificadas para o exercício do cargo em comissão e, ao mesmo tempo, parentes de membros do Poder Judiciário.

A norma questionada veda a nomeação de cônjuges, de afins e de parentes em linha reta ou colateral, até o 3º grau, de qualquer dos integrantes do Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Proíbe, por exemplo, que um Desembargador nomeie como Assistente Jurídico o filho de outro Desembargador.

Penso ser passo demasiado largo impossibilitar a servidor da carreira judiciária de certo Tribunal de Justiça, ocupante de cargo de provimento efetivo, mesmo estando qualificado – sendo, por exemplo, mestre, doutor ou autor de produção acadêmica relevante –, a nomeação para cargo em comissão ou função de confiança vinculada a um Desembargador da Casa ante o fato de ser cônjuge ou parente de outro.

Não me parece legítima essa conclusão. Desde que o exercício do cargo comissionado não seja diretamente vinculado ou submetido ao magistrado de quem se é cônjuge, afim ou parente, a nomeação de servidor de carreira judiciária de provimento efetivo, aprovado mediante concurso público nos termos do art. 37, I, da Constituição Federal, não implica, por si só, a confusão entre público e privado, tampouco ofende os princípios constitucionais republicano, da moralidade administrativa e da impessoalidade.

A vedação absoluta restringe indevidamente o acesso de pessoas qualificadas aos cargos em comissão e funções de confiança, particularmente quando evidenciada, considerando a aprovação em concurso público, a capacitação técnica que lhes permite exercer as atribuições.

A regra fixada no art. 2º, I e § 1º, da Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça serve bem à conciliação entre a proibição do nepotismo e a acessibilidade ao cargo público.

Assim, mostra-se de todo harmônica com a Constituição Federal a nomeação, para o cargo comissionado de Assistente Jurídico de Desembargador de Tribunal de Justiça, de servidor efetivo de carreira judiciária, admitido via concurso público, ainda que seja cônjuge, afim ou parente em linha reta ou colateral, até o 3º grau, de integrante do órgão,

desde que:

(i) da nomeação não resulte subordinação direta do servidor ao magistrado com quem possui laços prévios, podendo vincular-se como assistente a qualquer outro Desembargador do Tribunal; e

(ii) sejam observadas 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.

Essas ressalvas, ao mesmo tempo que prestigiam a efetividade do serviço prestado, maximizam a acessibilidade a cargo público, uma vez que as pessoas que lograram aprovação em concurso nas situações indicadas possuem qualificação técnica para a execução das atividades de Assistente Judiciário.

Na hipótese de o novo cargo ou função estar subordinado ao Desembargador que deu causa à incompatibilidade, prevalece o intento de afastar a confusão entre as esferas pública e familiar, de modo a evitar situação de conflito de interesses prejudicial ao serviço público.

Tenho que a aplicação irrestrita da regra proibitiva versada na norma objeto da presente ação é incompatível com o Texto Constitucional.

Surge adequada, desse modo, a meu ver, a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, a fim de, a um só tempo, preservar-se a redação do dispositivo e parte dos sentidos que lhe são atribuídos e afastar-se a interpretação discrepante da Constituição Federal.

Essa técnica ao mesmo tempo que resguarda a separação dos

ADI 3496 / SP

poderes e a opção político-normativa do legislador, ao evitar que todo o produto normativo receba a pecha de inconstitucional, também promove a defesa da ordem jurídica, mediante a declaração da inconstitucionalidade de eventuais interpretações conflitantes com a Carta Magna (ADI 1.862, ministra Rosa Weber; ADI 5.842, ministro Celso de Mello; e ADI 6.671, ministra Cármen Lúcia).

Do exposto, julgo 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.

É como voto.