Número 4 – dezembro 2005 /- janeiro/fevereiro 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

A RESOLUÇÃO Nº07 DO CNJ E O EQUIVOCADO COMBATE AO NEPOTISMO

Prof. Valmir Pontes Filho

Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Consultor Jurídico em Fortaleza.

Diversos têm sido os questionamentos a respeito de recente Resolução baixada pelo Conselho Nacional de Justiça que, sob o pretexto de combater o nepotismo, proibiu, no âmbito do Poder Judiciário, a nomeação, para cargos em comissão, de parentes de magistrados.

Os cargos em comissão, nos exatos termos constitucionais (CF, art. 37, II, parte final), são aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração, cujo provimento dispensa, portanto, concurso público. No sempre correto dizer de CELSO ANTÔNIO, são exatamente "... *aqueles vocacionados para serem exercidos em caráter transitório* ***por pessoa da confiança da autoridade competente para preenchê-los****, a qual também pode exonerar* ***ad nutum****, isto é, livremente, quem os esteja titularizando*"[1]. A essa confiança pessoal se agregam, evidentemente, as qualificações técnico-profissionais do nomeado para o exercício do mencionado cargo, o que se pode demonstrar pelo seu ***curriculum vitae***.

Ainda que estivesse, como está, em tramitação no Congresso Nacional, projeto de emenda constitucional sobre a matéria – o que de pronto revela a inoportunidade da iniciativa – eis que o Conselho Nacional de Justiça CNJ editou a Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, a qual, segundo sua ementa, visa a "... *disciplinar o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores em cargos*

[1] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de direito administrativo", São Paulo, Malheiros, 19ª ed., 2005, p.280).

de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências".

Eis, com efeito, o disposto na dita Resolução nº 07/2005 (dentre outras regras):

> "Art. 1º - É vedada a prática do nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.
>
> 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**;".

Diz mais a dita Resolução, em seu art. 5º:

> "Art. 5º - Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contados da publicação deste ato, **promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2º**, comunicando a este Conselho".

Assim, à vistas de tal determinação normativa, vê-se a autoridade impedida de nomear para cargo em comissão, ou obrigada a dele exonerar, aquele que mantenha com algum magistrado laços de parentesco, ainda que a nomeação haja sido feita antes da entrada em vigor da nova regra, fixando-se prazo para tanto.

De logo se esclareça que o Conselho Nacional de Justiça restou criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a qual fez incluir no texto da Norma Suprema o art. 103-B. E os incisos I e II, do respectivo § 4º, assim estabelecem:

> "§ 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 atribuídas pelo Estatuto da Magistratura:
>
> 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**;
>
> II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, **a legalidade dos atos administrativos** praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;"

Trata-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), portanto, de órgão dotado de competências fiscalizatórias e regulamentares (CF, art.92, I-A), a serem exercidas com vistas ao adequado cumprimento das leis e da

Constituição. Mas, definitivamente, não é órgão legislador, capaz de criar obrigações comissivas ou omissivas que a lei já não tenha instituído, ou seja, não é capaz de atuar fora do campo estritamente infra-legal ou regulamentar. Nem é, por outro lado, órgão judicante, quer dizer, dotado da função destinada a dizer o Direito aplicável à espécie, em caráter de definitividade e com a força das instituições estatais.

Assim, o seu "poder"[2] de expedir "atos regulamentares" e o de "desconstituir" atos não importa, obviamente, o de agir livremente em nível imediatamente infraconstitucional, como se fosse o próprio Congresso Nacional, criando obrigações positivas ou negativas as quais, por força mesmo do **princípio da legalidade** (**CF, art. 5º, II**), já não constem da ordem legal do país. Ou como se tribunal judiciário fosse, julgando em caráter de definitividade.

Racional e sistemática interpretação do prefalado inciso II, do §º 4, do art. 103-B, da ***Lex Fundamentalis*** leva à conclusão de que, ao "zelar pela observância do art. 37" da Constituição, ao Conselho não é dado, repita-se, atuar como se Legislativo fosse. Mas, simplesmente, com vistas à preservação das regras do aludido art. 37, CF, tem ele competência para expedir normas regulamentares e para apreciar, administrativamente, a legalidade de atos administrativos praticados na esfera do Poder Judiciário.

Essa sua atuação, portanto, **está sempre sujeita a controle jurisdicional**. Embora formalmente integre estrutura do Judiciário, não é o CNJ órgão judicante, mas meramente administrativo, em razão do que seus atos podem ter sua validade questionada perante estes. Pensar-se o contrário seria admitir contrariedade aos dispositivos da Lei Suprema que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, à ampla defesa e ao contraditório.

Daí ser incontestável que os atos normativos emanados desse Conselho – entre estes a citada Resolução nº 07/2005 – não têm força de lei nem a esta se equiparam. São, ao reverso, de natureza meramente regulamentar.

Dispõe, em textual, a Lei das Leis:

> "Art. 5º - ...*omissis*...
>
> II – **ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**;"

O ***princípio da legalidade***, aí exteriorizado, está intimamente ligado a um outro princípio – pedra de toque do sistema constitucional e tido como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º) – o ***republicano***, o qual pressupõe a origem popular do poder (i.e., há de ser exercido diretamente pelo povo ou por seus representantes eleitos – CF, art. 1º, p. único). Assim, significa ele que, num Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), as imposições feitas no sentido de

[2] Os órgãos do Estado, a rigor, não possuem "poder" – cujo titular é o próprio povo (CF, art. 1º, p.único) – mas meras competências, a serem exercidas nos limites gizados pela Constituição e pelas leis.

agir ou deixar de agir, ou seja, as obrigações e limitações à liberdade, só podem ser veiculadas **por lei**, aprovada pelo Parlamento.

Comentando a dita norma principiológica, o eminente professor JOSÉ AFONSO DA SILVA não hesita em afirmar: "*O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente,* ***mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder****, de onde se funda na previsão da competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a matriz está em que* ***só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal****, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o* conteúdo inovativo *de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar*"[3] (grifos nossos).

Não se imagine, portanto, esteja a Constituição a admitir, neste particular, que um ato "assemelhado" à lei (como a Resolução ora vergastada, que, quando muito pode ser tida como "lei" no sentido substancial) possa satisfazer à exigência do art. 5º, II, contida na expressão, *"****senão em virtude de lei****"****.*** De modo algum! Ainda de acordo com o mestre JOSÉ AFONSO, "... *já se dessume que a palavra* lei, *para a realização plena do princípio da legalidade****, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado segundo o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69)***"[4].

Disto se conclui que qualquer proibição que se queira impor à autoridade pública, de nomear alguém para exercer cargo em comissão (declarado em lei de livre nomeação e exoneração – CF, art. 37, II), embora cônjuge, companheiro(a) ou parente (ou a obrigação de exonerá-las, se já nomeadas), só pode ser veiculada por intermédio de **lei em sentido formal** (ou norma superior, como a emenda constitucional), de caráter **nacional**[5], já que se trata de matéria posta ***sob reserva legal***!

Ponha-se em relevo, demais disso, a circunstância de a citada proibição curiosamente só se aplicar ao Poder Judiciário, porque emanada do CNJ. Se adviesse de lei, como deveria ser, e a vedação necessariamente haveria de

---

[3] Autor citado, "Curso de direito constitucional positivo", São Paulo, Malheiros, 20ª edição, ps. 419/420).

[4] A. e ob. cits., p.420. Quando muito, é forçoso reconhecer, a Constituição admite que à lei em sentido formal se equiparem a medida provisória convertida em lei (art.62) e a lei delegada (art.68). Jamais, todavia, uma mera resolução de órgão colegiado.

[5] E não simplesmente **federal**, posto que esta só se aplica à União, não aos demais entes federativos, todos autônomos. O que não cabe, ***in caso***, é invocar a Lei n º 9.421, de 24 de dezembro de 1996, cujo art. 10 contém vedação semelhante à da Resolução nº 07/2005. É que se trata ela, indubitavelmente, de LEI FEDERAL, a tratar do pessoal do Poder Judiciário **da União, do Distrito Federal e dos Territórios**. Pretendê-la válida para Estados-membros e Municípios é ferir de morte o princípio federativo, também cláusula pétrea da Constituição de 1988.

abranger, em homenagem aos princípios da isonomia e da harmonia entre os poderes, os Órgãos Legislativo e Executivo!

Impossível desconsiderar, enfim, haver a dita Resolução nº 07 também desbordado de sua esfera normativo-competencial quando alude, para efeito de caracterizar o nepotismo, a "*parente em linha reta, colateral ou por afinidade,* ***até o terceiro grau, inclusive***". Vê-se, aí, o despautério de uma Resolução, emanada do Conselho Nacional de Justiça, pretender-se apta a tratar de direito civil, matéria reservada **à competência legislativa privativa da União, por meio do Congresso Nacional** (CF, art. 22, I c/c art. 48).

E é sabido, ademais, que o Código Civil de 2002, em seu art. 1595, § 1º, define que o parentesco por afinidade (ascendente ou descendente) se limita ao segundo grau. É esta a norma à qual cabe, de forma indiscutível, tratar dos graus de parentesco (próprio do Direito Civil), revogando quaisquer outras, anteriores, que com ela sejam incompatíveis, mormente aquelas (federais, estaduais ou distritais) que, a título de versarem sobre a organização judiciária de cada ente federativo, ousarem disciplinar a matéria. Repita-se: só lei nacional, editada pelo Congresso, poderia alterar o art. 1.595 do vigente Código Civil!

Ainda que assim não fosse, o que se admite apenas para argumentar, impossível seria aplicar a proibição contida na Resolução atacada (e da qual resultaria a exoneração do Impetrante) às nomeações já feitas, quando inexistente a Resolução nº 07. Veja-se, novamente, a incontestável lição de JOSÉ AFONSO: "*O princípio da irretroatividade das leis é também princípio complementar ao da legalidade, porque, se se permitisse a retroatividade das leis, estas alcançariam períodos não regidos por normas legais ou fatos não sujeitos a ditames legais, por via de uma ficção inaceitável, pelo menos quando se obriga a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. É que a exigência constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa* senão em virtude de lei *significa lei existente no momento em que o fazer ou o deixar de fazer está acontecendo*"[6].

Em palavras outras, válida que fosse a vedação contida na norma do CNJ – e já se viu que não é – a "desconstituição" de atos haveria de ocorrer doravante, nunca retroativamente, ou seja, relativamente aos atos (de nomeação, contrários à Resolução) que viessem a ser praticados de sua edição em diante, nunca quanto aos já praticados, quando inexistia a (inconstitucional) proibição. Incabível supor-se, enfim, a existência de uma "nulidade superveniente"!

Ressai evidente, portanto, a inconstitucionalidade formal dos já transcritos dispositivos da Resolução nº 07. Sendo inválidas tais prescrições, posto não se compatibilizarem com os princípios constitucionais trazidos à balha, a consequência natural é que os atos de exoneração não podem validamente ser exarados. É dizer, os atuais ocupantes dos cargos em comissão têm, induvidosamente, direito líquido e certo de não serem, por conta

[6] Ob. cit., p. 429.

da Resolução citada e pelo simples fato de serem parentes de um magistrado, exonerados dos cargos que já ocupam.

Na hipótese de virem a sê-lo não se estará, ao contrário do que se tem dito, prestigiando o princípio constitucional da impessoalidade. Muito ao reverso, a expedição deles é que importará sério gravame a essa norma principiológica.

Bem se veja que o princípio da impessoalidade, segundo a lição precisa de BANDEIRA DE MELLO, "*... traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados* ***sem discriminações, benéficas ou detrimentosas****. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções e grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado no art. 37,* caput*, da Constituição. Além disso, como "*todos são iguais perante a lei" *(art. 5º* caput*),* a fortiori *terão de sê-lo perante a Administração*"[7].

Aluda-se, ainda, à lúcida e respeitada doutrina de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO: "*A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político... A ação administrativa, repetimos, deve desenvolver-se tendo em vista os critérios do bom andamento do serviço público...* ***Favoritismos ou desfavoritismos estão proscritos****"*[8].

Se desfavoritismos, perseguições ou avaliações meramente subjetivas, carregadas de preconceitos, estão proscritos da Administração pública brasileira, como então suportar a idéia de que alguém, pela mera circunstância de ser parente de determinada autoridade, deve ser considerado um inepto, um desqualificado, um incapaz de bem exercer cargo público comissionado? Seria como vigesse entre nós, em relação a essas pessoas, vinculadas a outras por laços de consangüinidade ou pelo casamento, v.g., o "princípio da incompetência" ou "da desonestidade"!

Retorne-se às lições de LÚCIA VALLE: "*A impessoalidade implica, refrise-se, o estabelecimento de uma regra de agir objetiva para o administrador, em todos os casos. Assim, como exemplo curial,* ***em nomeações para determinado cargo em comissão, os critérios de escolha devem ser técnicos, e não de favoritismos ou ódios.*** *Não pode a nomeação ser prêmio atribuído ao nomeado, como, também,* ***não pode haver impedimento a nomeações por idiossincrasias***"[9].

---

[7] Ob. Cit, p.102.

[8] "Curso de direito Administrativo", Malheiros, São Paulo, 4ª ed., p.59.

[9] Ob. Cit, p.59.

Ora bem. Imagine-se, por exemplo, que o atual Presidente do E. Tribunal de Justiça do Ceará tivesse como cunhado, ou irmão, o eminente Professor Carlos Roberto Martins Rodrigues, mestre de gerações, o maior dos administrativistas cearenses, ex-Presidente da OAB local por duas vezes e exímio advogado: estaria S.Exa. impedido de nomear o dito Professor para o cargo de chefe de sua Assessoria Jurídica, ou obrigado a demiti-lo desse cargo, como se essa providência fosse "salutar" para o interesse público e para os serviços dessa Assessoria? Uma resposta positiva soaria ridícula, desarrazoada, mesmo para o mais incauto e primário dos estudantes de Direito.

Se a desculpa para atacar, assim de modo genérico e irracional, o "nepotismo", é o prestigiamento do princípio da impessoalidade, então que se acabe de vez, sob a alegativa de "inconstitucionalidade", com os cargos em comissão, cuja existência é prevista na própria Constituição (art. 37, II, parte final). Mas enxergar inconstitucionalidades na Constituição mesma, originariamente posta, é teratologia que nem os menos doutos acatam.

Isto tudo não significa que, à luz e sob o influxo dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência administrativas (CF, art. 37, ***caput***), não se deva evitar a nomeação, para cargos comissionados, de parentes da autoridade nomeante, **só pela existência desse parentesco, sem que possuam qualidades morais e méritos profissionais e intelectuais para bem desempenhá-los**. **É este o nepotismo condenado**, ou seja, aquele que se pratica de forma a beneficiar gratuita e injustificadamente pessoas da família, notoriamente despreparados para o probo e eficiente exercício de funções públicas.

Tal não importa afirmar, entretanto, que parentes efetivamente preparados e afeitos ao trabalho não possam, com dignidade, correção e produtividade, exercer cargos públicos em comissão.

Parece-nos prudente e razoável, nessa linha de raciocínio, entender que aquelas pessoas que, oriundas do Quadro do próprio Tribunal ou de outros órgãos da Administração Pública e neles tendo sido anteriormente admitidas pela via do concurso público, demonstrem plenas condições para o exercício de cargos comissionados. Assim, ainda que parentes da autoridade nomeante, bem poderiam ser designadas para o exercício desses cargos, sem qualquer lanho à impessoalidade e à moralidade administrativas.

Ao se dar cega e irrefletida execução à Resolução nº 07, do CNJ, estar-se-ia exonerando alguém não porque fosse incompetente, beneficiário de "prêmio" imerecido, notoriamente incapaz de desvencilhar-se das obrigações do cargo para o qual foi nomeado. Não, até porque o nomeado, por outras atividades anteriormente exercidas, pode ter demonstrado ser competente, eficiente e preparado. Seria ele destituído do cargo **pelo fato puro e simples de ser parente de um juiz**. E, aí sim, se estaria, como se disse, diante de uma clara ofensa à impessoalidade!

Aliás, outro importante detalhe precisa, neste passo, ser salientado: todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado! Afinal, como lembra BANDEIRA DE MELLO, tem a Administração, por força do princípio da motivação, " *... o dever de justificar seus atos, apontando-lhe os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada*"[10].

No caso, o ato de exoneração não carregaria consigo motivação própria, emanada de quem é competente para emiti-lo, mas simplesmente seria "importada", essa motivação, da regra da qual é a autoridade mero executor. Também por tal razão se vislumbra, com clareza, sua injuridicidade.

Nem se afirme que a dita Resolução, ao ordenar seja exonerado um parente de magistrado, a título de "coibir o nepotismo", prestigia o princípio da moralidade, segundo o qual os administradores públicos têm de agir em obediência a princípios éticos. Afinal, ao proceder à nomeação, não agiu a autoridade de modo "astucioso", com "malícia", de modo a "confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos"[11]. Assim, inexiste imoralidade a ser combatida.

Não se confunda, enfim, moralidade administrativa com moralismo estéril e inconseqüente. Se se deseja combater o nepotismo, que se indique, **caso por caso, e de forma provada e fundamentada**, que tal ou qual nomeação ocorreu por mero favoritismo, sem que o nomeado tenha qualquer qualificação pessoal e técnica para o correto e eficiente exercício do cargo. Generalizações como a patrocinada pela inconstitucional Resolução do CNJ é que não podem ser toleradas, sob pena de sacrificar-se o próprio Estado Democrático de Direito.

Até que seria conveniente e oportuno criar, na órbita de cada tribunal, comissão encarregada de examinar as possíveis situações de favorecimentos indevidos (ou seja, de nepotismos), juridica e moralmente inaceitáveis, tomando-se, a partir daí, e com esteio em adequada fundamentação, a decisão que mais favoreça a impessoalidade e a eficiência administrativa (sem deslembrar que tais decisões podem ser questionadas judicialmente!). Mas nunca se admita uma nova e intolerável forma de perseguição que muito lembra o "mac'hartismo" ou a "pureza étnica" do nazismo.

Na esteira dessa linha de argumentação, aliás, posicionou-se não só o Colégio Permanente dos Tribunais de Justiça do Brasil (reunido, em novembro de 2005, da cidade de São Luís – MA), o qual, com fundamento na segurança jurídica e manifestando seu "inarredável compromisso com os princípios que devem reger a administração pública, principalmente o da moralidade", expressou o adequado entendimento de que "... o Conselho Nacional de Justiça, aos expedir atos regulamentares, não pode legislar sobre as matérias do Estatuto da Magistratura Nacional, que o Constituinte reservou à prudente

[10] Ob. cit, p.100.

[11] Veja-se, a respeito, CELSO ANTÔNIO, ob.cit, ps.108/109.

deliberação do Congresso Nacional". ("Carta de São Luís", 12 de novembro de 2005).

Igualmente se manifestaram os Corregedores Gerais de Justiça, reunidos em Maceió (AL) também em novembro passado, para, observando que o combate à prática do nepotismo se deve dar por meio de lei, repudiar a forma de atuação do CNJ, que impôs procedimentos que "... cerceiam o autogoverno dos Tribunais de Justiça do Brasil e usurpam as atribuições do Congresso Nacional" ("Carta de Maceió", 11 de novembro de 2005).

De todo o exposto cabe extrair a inexorável conclusão de que a Resolução nº 07/2005, ao veicular vedação que não consta da ordem jurídico-legal do país, é formalmente incompatível com a Constituição. Não bastasse, a aludida norma é substancialmente inconstitucional, por ofensa ao princípio da impessoalidade.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FILHO, Valmir Pontes. A Resolução Nº07 do CNJ e o Equivocado Combate ao Nepotismo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 4, dezembro, 2005, janeiro, fevereiro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível