

Para Além do Nepotismo.

Jorge Luiz Souto Maior*
Gustavo Alexandre Magalhães*

A recente Resolução n. 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, vedou a prática do nepotismo em todos os órgãos do Poder Judiciário, considerando como tal:

“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.”

Para efetivação da vedação, determinou que os Presidentes dos Tribunais, no prazo de 90 (noventa) dias, promovessem a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, que se enquadrassem nas hipóteses acima.

* Juiz do trabalho, titular da 3ª. Vara de Jundiaí, SP. Professor livre-docente de direito do trabalho da Faculdade de Direito da USP.

* Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, advogado, professor da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES.

Várias foram as impugnações feitas à determinação do Conselho, que culminaram com a interposição de Ação Declaratória de Constitucionalidade, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, que recebeu o n. 12/06. Na apreciação da liminar requerida, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade da Resolução.

A determinação contida na Resolução, a partir da decisão do Supremo, tem sido muito comemorada por parte da magistratura nacional e por diversos seguimentos da sociedade. No âmbito do Judiciário, a maior parte dos que não comemoraram não se posiciona contra o mérito da determinação, sendo contrários, isto sim, à legitimidade do Conselho¹ (o que já é, no entanto, assunto para outro debate).

O argumento mais relevante em defesa da Resolução é o de que ela representa a efetivação do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Parece-nos, no entanto, que, sendo a moralidade o pressuposto da Resolução, suas conseqüências devem ir muito além da questão exclusiva do nepotismo, pois que esta restrição pode significar apenas uma forma retórica, aceitável pela mídia, de cuidar da questão, não se enfrentando, efetivamente, os efeitos intrincados da nomeação de servidores por critérios pessoais, sem se valer do sistema de mérito.

Além disso, sob o ponto de vista da efetivação dos preceitos constitucionais, existem providências muito mais contundentes que esta para serem tomadas.

Senão vejamos.

Reza o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal:

- “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Deste dispositivo é fácil perceber que a investidura em cargo ou emprego público deve ser precedida, necessariamente, por aprovação em concurso público. Apenas excepcionalmente este requisito pode ser dispensado. As hipóteses extravagantes, como não poderia deixar de ser, são fixadas na própria Constituição.

1. Neste sentido a ADI n. 3.617/2005, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais-ANAMAGES.

A Constituição dispensa o concurso público nas seguintes hipóteses: a) nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (inciso II, do art. 37); b) cargos eletivos; c) ingresso de advogados e membros do Ministério Público nos tribunais pelo sistema conhecido por *quinto constitucional* (art. 94); d) nomeação para os cargos de Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas da União e dos Estados (arts. 71 e ss.); e) juízes de paz (art. 98, inciso II); f) contratação temporária em virtude de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX).

No âmbito restrito de nossa investigação, interessa, sobretudo, examinar o conteúdo jurídico da permissão constitucional de preenchimento dos cargos e funções de confiança.

A este respeito a própria Constituição fixou outras restrições, determinando que as funções de confiança devem ser, necessariamente, exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo e que os cargos em comissão serão preenchidos por servidores de carreira, “nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei” (art. 37, inciso V).

Dispôs, ainda, a mesma norma constitucional, que tanto as funções de confiança quanto os cargos em comissão destinam-se “apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Relevante, portanto, diferenciar função de confiança e cargo em comissão, pois, nos termos da Constituição, os cargos em comissão poderão ser preenchidos sem o requisito do concurso público, em percentuais a se fixar por lei infraconstitucional, enquanto que as funções de confiança devem ser exercidas, em sua totalidade, por servidores efetivos, que foram aprovados por concurso público.

No entanto, a diferenciação entre função de confiança e cargo em comissão, por si só, não é capaz de resolver o problema proposto pelo presente texto, pois, falando do aspecto mais importante da inserção do problema na esfera do Judiciário, que é a que diz respeito aos assessores de juízes, consideramos que estes não ocupam, segundo a Constituição, função de confiança ou cargo em comissão, como veremos a seguir.

Para compreender a previsão constitucional, não se pode esquecer que, como já dito, a regra é a contratação por concurso público. As exceções existem e devem permanecer no mundo do ser como tais. Em outras palavras, o sentido das expressões que fixam exceções à regra deve ter uma interpretação restritiva, para

que não se faça pela via da hermenêutica um esvaziamento da exigência da Constituição.

Assim, quando a Constituição permite a nomeação, sem concurso público, para as funções de confiança e cargos em comissão “apenas” para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, não se pode considerar que qualquer atribuição de direção, chefia ou assessoramento estejam incluídas na norma, ou, pior, que basta a lei referir-se à atividade como atribuição de direção, chefia ou assessoramento que já se teria a permissão para a nomeação sem concurso público.

O importante, portanto, nesta matéria é fixar o que caracteriza, para a Constituição, uma atribuição de direção, chefia e assessoramento. Quanto a este aspecto, não se pode ter dúvida: o que a caracteriza é o extraordinário nível de confiança que se deve ter entre o agente público e o servidor que exerce tal atribuição.

Diz-se extraordinário, porque, por óbvio, qualquer relação jurídica baseia-se na confiança, que no caso das relações jurídicas entre o agente público e o servidor ocupante de cargo efetivo, nas quais se restringe o poder de escolha do administrador, materializa-se na necessária responsabilidade pelos atos cometidos.

O fato é que só se justifica o abandono do requisito do concurso público nas situações em que o serviço a ser realizado pelo servidor seja marcado por uma confiança que foge dos padrões naturais que se desenvolvem em qualquer relação hierarquizada, na qual se descentralizam tarefas pertinentes ao serviço. Neste sentido, nem mesmo o alto grau de complexidade técnica das atribuições conferidas geram, necessariamente, a relação de confiança excepcional a dar ensejo ao enquadramento no cargo ou função de direção, chefia ou assessoramento, do qual se está cuidando.

O próprio grau de confiabilidade, ou de lealdade, mais precisamente, determina, inclusive, a diferenciação feita pelo constituinte entre função de confiança e cargo em comissão. Aliás, é apenas este aspecto, do grau de confiança, que justifica a distinção feita pela Constituição entre função de confiança e cargo em comissão. Como se permitiu que percentual (ainda não definido) dos cargos em comissão fosse ocupado por servidores não concursados presumiu o constituinte que no caso se estaria tratando de uma situação excepcional, na qual se exigisse ainda maior confiança.

Nestes termos, podemos fazer a seguinte classificação de caráter conceitual: *cargos efetivos*, nos quais a relação de confiança está dentro dos padrões normais de responsabilidade do agente público (cujo preenchimento se dá por nomeação

que depende de prévia aprovação em concurso público, realizado especificamente para o exercício da função); *funções de confiança*, nos quais exige-se uma confiança mais elevada, dada a especificidade da função exercida (cujo preenchimento se dá por nomeação que não depende de concurso público, mas com obediência ao requisito de que o nomeado seja servidor público ocupante de cargo efetivo, ou seja, nomeado após aprovação em concurso público); e *cargos em comissão*, nos quais a relação de confiança adquire feição de lealdade, essencial ao desenvolvimento de atividades típicas da administração ou do caráter político que a envolve (cujo preenchimento se dá por nomeação que não depende de concurso público, mas com obediência ao requisito de que o nomeado seja servidor público ocupante de cargo efetivo, exigindo a Constituição que, nos termos da lei, um percentual mínimo desses cargos seja reservado a servidores de carreira).

Importante destacar que o percentual para os cargos em comissão não se refere, por natural, à mesma atribuição. Ora, se é o grau de confiabilidade o que permite que uma atividade no âmbito do serviço público seja exercida sem o requisito do concurso, não se pode conceber que esta atividade seja exercida, ao mesmo tempo, por servidores livremente escolhidos e por outros com limitação imposta pelo concurso, pois isto aniquila o aspecto da lealdade, que justificou este tipo de nomeação. O grau de confiança, para os cargos em comissão, é tão elevado que não se pode conceber que se inclua nesta hipótese um serviço que se execute por várias pessoas ao mesmo tempo, no mesmo grau de hierarquia.

Assim, para dar vigência ao ditame constitucional, da necessidade de que um percentual mínimo dos cargos em comissão seja preenchido por servidores de carreira, só se pode compreender que este percentual seja fixado tendo à vista a organização do ente administrativo, considerado como um todo. Em outras palavras, considerando as reais necessidades de cada ente administrativo quanto aos cargos em comissão, obedecendo ao requisito da individualidade de cada atribuição, deve a lei determinar que um percentual total desses cargos seja reservado a servidores de carreira, ficando na conveniência do administrador estabelecer quais dentre estes cargos serão preenchidos livremente e quais deverão ser próprios aos servidores efetivos.

Feitas estas considerações conceituais, podemos analisar o problema da nomeação de servidores no âmbito do Judiciário e, mais precisamente, o que envolve a nomeação de chefes de gabinete e de secretaria e de assessores de juízes.

Para o exame do tema no âmbito do Judiciário, essencial ter em mente que a atividade jurisdicional é eminentemente técnica, prescindindo, para sua

execução, de qualquer relação de confiança de natureza pessoal. Embora os juízes exerçam atividade de grande responsabilidade, os servidores a ele subordinados, cuja função se direcione a facilitar os meios da efetivação dos seus atos ou levá-los a efeito, não possuem com o juiz uma relação de confiança superior àquela que embasa, como dito, toda a relação administrativa, até porque o servidor não realiza nenhum ato em nome do magistrado.

Mesmo com relação aos denominados “assessores” de juiz a situação não é diversa. Os assessores, da mesma forma, não praticam atos em nome do magistrado, não guardam com ele uma relação de confiança além da normalmente exigida no serviço público (apesar da elevada complexidade técnica do trabalho realizado). Além disso, não se pode confundir o alto grau técnico exigido para o desempenho da função, bem como a enorme responsabilidade do magistrado e do próprio assessor, com a necessidade de se nomear um indivíduo sem a prévia aprovação em concurso público. Os tesoureiros, contadores, fiscais de tributos, advogados públicos, como também os próprios magistrados, exercem atribuições de extrema complexidade técnica e responsabilidade, mas nem por isso são indicados livremente por um agente público. Pelo contrário, submetem-se a concursos públicos de extrema dificuldade para que possam ocupar cargos efetivos.

Isto não quer dizer que não exista a possibilidade de nomeação de servidores ocupantes de cargo em comissão nos tribunais ou mesmo funções de confiança. Importante, entretanto, distinguir as atribuições que exigem a relação extraordinária de confiança das outras atividades eminentemente técnicas.

Os cargos dos auxiliares diretos do Presidente dos Tribunais, considerando a natureza administrativa e até mesmo política (não no sentido partidário, obviamente) dos atos de gestão e o alto grau de confiabilidade que isto requer, podem assumir a natureza de confiança.

Assim, se inseririam na hipótese constitucional, da nomeação em cargos em comissão, por exemplo, os assessores dos Presidentes dos Tribunais e o chefe de gabinete do Presidente. Nos termos da previsão constitucional, a lei deve fixar um percentual mínimo para que esses cargos sejam preenchidos por servidores de carreira.

Incluem-se na hipótese de funções de confiança, por exemplo, os chefes de gabinetes dos juízes e os escrivães ou diretores de secretaria das Varas, cujo exercício compete a servidores de carreira. Estas funções não se enquadram na situação do cargo em comissão porque, como já dito, embora guardem um maior grau

de confiança entre o juiz e o servidor que exercerá as atribuições de chefia e direção, a relação de fidúcia e lealdade estabelecida não exige que o ocupante do cargo possa ser escolhido entre os cidadãos em geral. Dessa forma, como as atividades não chegam ao ponto de se fazer necessária a fuga das amarras dos limites fixados pelo requisito do concurso público, a opção da autoridade pública fica restrita aos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, aprovados previamente em concurso.

No que tange aos diretores de secretaria das Varas ou escrivães, cumpre observar que a relação de confiança, que justifica a utilização da função gratificada, perfaz-se entre o juiz e o servidor, razão pela qual, naturalmente, a competência para a nomeação (e também para a escolha) e para a exoneração é exclusiva do magistrado responsável pela respectiva Vara. Como a competência para nomear e exonerar depende de previsão legal (como todo e qualquer ato administrativo), a legislação pertinente pode conferir tais poderes ao Tribunal, ou mesmo a competência do Tribunal para ratificar os atos dos magistrados de primeira instância. Contudo, a indicação deverá sempre caber ao juiz, visto que é com ele que a relação de confiança se estabelece.

Em suma, como se está tentando demonstrar, a Resolução n. 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, pode até ter dado um grande passo na direção da moralização das nomeações de servidores no âmbito do Poder Judiciário, mas não se pode considerar que o caminho, só por este passo dado, esteja completamente percorrido. O que existe de imoral na nomeação de parentes não é propriamente o parentesco, e sim a possibilidade de se nomear qualquer pessoa sem o requisito do concurso público quando este se faz necessário, exigência esta que se fixou exatamente para moralizar as nomeações de servidores públicos. Ou seja, tão imoral quanto nomear, sem a prévia aprovação em concurso público, um parente (pai, mãe, irmão, tio, sobrinho), é nomear um amigo de infância, um vizinho, um ex-colega de trabalho, enfim, uma pessoa qualquer com quem se guarda algum tipo de relação mais próxima de natureza pessoal, cuja nomeação possa servir a fins diversos daqueles que se pode razoavelmente entender serem os necessários para o atendimento ao fim público da prestação do serviço.

Assim, mesmo com a efetivação da Resolução n. 07/2005, não se atingirá a almejada moralização se for mantida uma quase irrestrita possibilidade de se nomearem, no âmbito do Judiciário, servidores sem concurso público, tal como se tem verificado hoje em dia, mesmo contra a determinação constitucional, no que tange aos assessores de juízes.

É claro que a realização de concurso para assessores dos magistrados encontrará enorme resistência em face da perda de “flexibilidade” que o juiz tem com a atual deturpação do sistema constitucional. Certamente, a resistência do magistrado à realização de concurso público para o cargo de assessor decorrerá da seguinte pergunta: “e se eu não gostar do assessor que for nomeado para minha vara ou câmara?” Deve-se observar, contudo, que o art. 37, *caput* da Constituição de 1988 consagra o princípio da impessoalidade no âmbito da Administração Pública, de modo que o “não gostar” só pode ser aceito em termos jurídicos. Em outras palavras, pode o juiz se voltar contra um assessor incompetente ou insubordinado (apenas para lembrar que mesmo nos cargos de provimento efetivo existe hierarquia administrativa), mas não contra um assessor porque simplesmente “não gostou”. Obviamente, terá mais trabalho para exonerar ou mesmo demitir um assessor em estágio probatório que não atende aos requisitos exigidos para o desempenho de suas funções, haja vista a consagração do dever de motivação dos atos administrativos (art. 93, X/CF) e do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV/CF). Mas, a maior dificuldade ou mesmo exposição que o magistrado terá para se livrar dos maus assessores será compensada de maneira extremamente satisfatória pela possibilidade de todos os cidadãos brasileiros terem acesso a cargo efetivo tão importante da estrutura do Poder Judiciário e da Administração Pública brasileira, concretizando-se em maior medida o art. 37, I da Constituição de 1988: *“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”*.

E, ainda que assim não fosse, o fato é que nenhum argumento de comodidade pode sobrepor-se à Constituição. Devemos todos respeito à Constituição e, por óbvio, o Judiciário é o primeiro do qual deve se esperar tal conduta, por ser um modelo para a sociedade.

Convém, para realizar uma espécie de “prova dos nove” do que se está defendendo, enfrentar a seguinte questão: se o acesso ao serviço público se dá por concurso público ou excepcionalmente por nomeação para função de confiança ou cargo em comissão, os assessores dos Tribunais se não são, como se está defendendo, cargos efetivos, só poderiam ser funções de confiança ou cargo em comissão.

Se funções de confiança fossem, seriam destinados exclusivamente a servidores concursados. Mas, esta hipótese não se sustenta juridicamente porque significaria retrocesso às situações já abolidas com o advento da Constituição de 1988, conhecidas por “acesso” ou “ascensão”. Até a promulgação da Carta atual, era comum que servidores concursados mudassem de carreira sem que fosse

necessário novo processo de seleção, visto que a Constituição de 1969 exigia o concurso para a “primeira investidura no serviço público”. Com a atual redação do art. 37, II, o concurso público é requisito essencial para ingresso em qualquer carreira pública, ainda que o candidato já tenha sido aprovado em processo de seleção anterior. Pois bem, se o assessor de juiz pudesse validamente exercer função gratificada, retornar-se-ia ao instituto do “acesso”, pois todos os escolhidos teriam feito concurso para uma carreira e passariam a exercer atribuições de complexidade e remuneração totalmente diversa. Ficaria desrespeitado ainda o direito do indivíduo que se interessaria pelas atribuições de assessor de magistrado, mas não pelas atribuições de escrevente ou de analista judiciário. Quando a Constituição exige concurso público, tal processo de seleção deve ser amplo, o que permite que qualquer integrante da sociedade, em obediência ao princípio da isonomia, concorra em condições de igualdade para acessar a função pública.

Pode-se imaginar que esta posição inviabilizaria ou mesmo esvaziaria o instituto da função de confiança. Entretanto, o que se deve ter em mente, em primeiro lugar, é que sendo o ingresso no serviço público condicionado à aprovação em concurso, somente em face da necessidade premente de ingresso sem a realização de processo de seleção é que a nomeação para funções de confiança seria válida, e tal necessidade premente somente ficaria caracterizada naquelas situações em que o elemento “lealdade” integrasse a essência das atividades exercidas, ou seja, a imprescindibilidade da confiança extraordinária, o que não é o caso, como já visto, dos assessores de magistrados.

Além disso, as funções de confiança não permitem que o servidor seja deslocado de uma carreira para outra, como ocorreria se fossem admitidas as nomeações sem concurso para o cargo de assessor de juiz. Diferentemente da função de diretor de secretaria, por exemplo, em que o servidor é escolhido entre vários servidores efetivos da mesma carreira, o assessor de juiz é escolhido entre servidores efetivos de carreira diversa, haja vista que não existe, no âmbito do Poder Judiciário, o cargo efetivo de assessor de juiz. Uma vez criados cargos de provimento efetivo para assessor de juiz, nada impediria que fosse criado também uma função gratificada de “chefe da assessoria”, o qual seria escolhido dentro da própria carreira, entre os servidores efetivos.

Como a Constituição exige o concurso para o ingresso em cada nova carreira do serviço público, qualquer alteração da complexidade (e conseqüentemente da remuneração) das atribuições exercidas não poderia ser efetivada

por meio das funções de confiança, mas apenas por meio de cargos de provimento efetivo.

Se fossem cargos em comissão, isto significaria que percentual destes deveria ser integrado, obrigatoriamente, por servidores de carreira, negando, como visto, o princípio da isonomia para os ocupantes da mesma função e a própria essência da lealdade em que se funda o exercício da atividade justificadora do cargo em comissão.

Conclui-se, pois, que a previsão pela legislação infraconstitucional das atribuições de assessoria de magistrados em cargos em comissão ou em funções de confiança atenta contra os incisos II e V do art. 37 da Constituição de 1988.

Entretanto, em vez de se anularem as leis que criaram os cargos em comissão e funções de confiança de assessores de juízes, deve-se aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, para que se considerem efetivos os cargos ali criados como cargos em comissão, aplicando-se o mesmo raciocínio para as situações em que o assessor de juiz exerce função de confiança.

Dessa forma, considerando-se que os assessores ocupam cargo de provimento efetivo sem que tenham sido aprovados previamente em concurso público de provas ou de provas e títulos, devem ser anulados os atos de nomeação e realizado amplo processo de seleção, no intuito de se atender a exigência constitucional de realização de concurso público.

Em suma, ao se comemorar o término do nepotismo no Judiciário evoca-se o preceito da moralidade, mas, a moralidade, como a ética, trata-se de preceito que não comporta graduações. Ou seja, não dá para se contentar com uma moralização pela metade, sob pena de não se ter sido, verdadeiramente, moralizador. Além disso, para além do argumento da moralidade (contra o nepotismo), há o aspecto mais relevante do necessário respeito à Constituição, cujos preceitos não fornecem espaço para que se permita a nomeação de assessores de juízes sem concurso público, sendo esta, portanto, uma correção que se impõe, de forma urgente, pelas ordens moral e jurídica (se é que tais ordens possam ser descritas como distintas, ainda mais na esfera administrativa).

São Paulo/Belo Horizonte, 06 de março de 2006.