



Constituição não proíbe nomear parente, diz desembargador

“Toda nomeação sem concurso público de seja lá quem for é e será sempre pessoal. Como o comissionado numa função de confiança pode ser um desconhecido?”. Com este argumento, o desembargador Ferraz de Arruda, do Tribunal de Justiça de São Paulo, sustenta que não há qualquer ilicitude ou inconstitucionalidade quando um juiz contrata um parente para trabalhar em seu gabinete.

Navegando contra a corrente, Ferraz de Arruda extinguiu, sem julgamento do mérito, ação popular de um advogado que pretendia a exoneração de todos os parentes não concursados do Legislativo e Executivo do município de Araçatuba (SP). O desembargador chamou de “clamor de moralidade tardia” as razões que levaram o juiz de primeira instância a conceder a liminar solicitada pelo advogado.

Ferraz de Arruda extinguiu a ação por entender que a inicial, por ser genérica, era inepta. Além disso, considerou que permitir que a decisão do Supremo Tribunal Federal extrapole as fronteiras entre os três poderes seria “arbitrária intromissão do Judiciário em assuntos administrativos assentados em norma constitucional”.

Em seu despacho, não faltaram críticas para a decisão do Supremo, que admitiu a constitucionalidade da resolução do Conselho Nacional de Justiça, proibindo o nepotismo. O desembargador ressaltou, por diversas vezes, que não há nada na Constituição que proíba a nomeação de parentes, única e exclusivamente por ser parente.

Para Ferraz de Arruda, a decisão do STF, baseada no que dispõe o artigo 37 da Constituição — obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade — concedeu ao CNJ “caráter inequivocamente legislativo”. Mais uma vez, ele sustenta: não há nada na Constituição que proíba a nomeação de parentes. “Só se pode impugnar a nomeação para o exercício de função de confiança quando não se assenta em precedente lei que a disciplina.”

“O artigo 37 se preocupa casuisticamente com o ato jurídico administrativo expedido e não em lançar o estigma generalizado de imoralidade sobre parentes cuja reputação, na maioria dos casos, não se compara nem de longe com a de muitos amigos nomeados”, defende o desembargador. “A imoralidade não está, pois, objetivamente no fato de ser parente, mas no uso ilegal desse direito, como ganhar sem trabalhar.”

O desembargador considera que o Supremo incidiu em “equivoco hermenêutico”, uma vez que o voto condutor do entendimento “implica necessariamente na conclusão de que toda nomeação de parente sem concurso público, ainda que fundada em lei, é imoral e pessoal”.

Leia a íntegra da decisão

Agravo de Instrumento: 540.079-5/6-00 Comarca: Araçatuba – 5ª Vara Cível Agravante: Antonio Edwaldo Costa presidente da Câmara Municipal de Araçatuba Agravado: Ermenegildo Nava



VOTO Nº 14.709

Vistos.

O advogado Ermenegildo Nava, com apoio em recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal que proibiu, no âmbito do Judiciário, a prática do que se chama de nepotismo, intentou ação popular contra os órgãos públicos políticos Prefeitura Municipal, Câmara Municipal e o administrativo Departamento de Água e Esgoto, todos do Município de Araçatuba, com pedido liminar, para que os parentes, até 3º grau, das autoridades públicas administrativas dos supra citados órgãos públicos, sejam demitidos de suas respectivas funções comissionadas.

O douto Juiz de Direito, recebeu a inicial e concedeu a liminar para que os parentes sejam demitidos “ad nutum”.

O presente agravo de instrumento é da parte do Presidente da Câmara Municipal de Araçatuba que se insurge contra o cabimento da ação popular, abertura de perigoso precedente contra a ordem pública, grave violação aos direitos adquiridos, arbítrio do r.despacho agravado, requerendo finalmente a suspensão liminar da ordem.

1. Com o devido respeito ao d. Magistrado, Dr. Vinicius Castrequini Bufulin, o seu despacho é absolutamente insustentável pelas razões a seguir expostas:

Muito embora não tenha sido objeto expresso do pedido do presente agravo, tem-se como implícita a questão do juízo de admissibilidade da presente ação popular, mormente pelo fundamento do r.despacho que sustenta a fumaça do bom direito na **recente decisão proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal**, assim como o prejuízo irreparável aos cofres públicos no fato de que a demora na tramitação do presente processo e o volume monetário do prejuízo será tão grande **que não se pode garantir a solvência patrimonial dos co-réus**. (fls. 191).

Por outro lado, o agravo de instrumento, por sua vez, é recurso que objetiva a correção daquilo que a parte julga processualmente injusto, de tal maneira que o juízo de segundo grau ingressa no curso do processo assumindo, no exame do despacho agravado, a presidência do processo e a atividade jurisdicional no amplo sentido de que a legislação processual lhe outorga, ou seja, o exame também dos pressupostos processuais e das condições da ação, sob pena de, se assim não o fizer, permitir que demandas aventureiras, como a presente, tenham curso e se prestem a finalidades outras que não seja aquela única objetivada pelo processo que é a de alcançar, com a sentença de mérito, o justo postulado pelas partes em litígio.

O d.juízo entrou pelo que chamo de “clamor de moralidade tardia” posto que o nosso direito administrativo constitucional sempre admitiu a figura do funcionário público nomeado sem precedente concurso público, “**pro tempore**” e por isso mesmo demissíveis **ad nutum**, permanecendo expressamente no nosso regime constitucional atual essa figura jurídica absolutamente necessária para a



realização de tarefas públicas para as quais a autoridade pública não prescinde de funcionário nomeado da sua mais estrita confiança.

O fato é que o artigo 37, inciso II, é taxativo em exigir que para essas funções de confiança haja lei autorizando a nomeação sem concurso público, não estabelecendo a norma constitucional restrição alguma quanto à nomeação de parentes co-sanguíneos ou afins até 3º grau, sendo oportuna a observação de que, por princípio de hermenêutica jurídica, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Em sendo assim, como de fato o é, diante da meridiana clareza do texto constitucional, só se pode impugnar a nomeação para o exercício de função de confiança quando não se assenta em precedente lei que a disciplina.

Acontece que o E. Supremo Tribunal Federal na decisão referida pelo d. magistrado, para ferir de morte as nomeações de parentes no âmbito do Poder Judiciário, destacou o **caput** do artigo 37, da Constituição Federal dos seus incisos, de tal sorte a operar uma dicotomia moralizadora, ao meu ver, manifestamente, com o mais elevado respeito, dissociada dos objetivos da norma supra mencionada.

O artigo 37 dispõe que a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade... sendo de rigor o entendimento de que a norma em apreço está se referindo ao exercício da atividade administrativa que se dá por meio de expedição de atos administrativos formais e documentados. Portanto, para ser enfático, repito: o ato administrativo deve obedecer aos princípios elencados na norma constitucional em apreço sob pena de o Judiciário declarar a sua invalidade, já que, em sendo o ato administrativo um ato jurídico perfeito e acabado, a sua nulidade só pode ser decretada casuisticamente dentro do devido processo legal.

Por conseguinte, a única interpretação cabível para o artigo 37 é a de que se refere à expedição de atos jurídicos administrativos expedidos pela administração pública e, em sendo assim, é por demais óbvio que o inciso II, do mesmo preceito, pressupõe a existência de precedente lei como fundamento jurídico para a expedição de ato administrativo que nomeia o indicado para ocupar função de confiança, ou seja, a norma do inciso II exige apenas que haja lei autorizando a nomeação para funções públicas de confiança. Eis o princípio da legalidade presente. E é o quanto basta.

Nesse passo, é de se perguntar se cabe a interpretação no sentido de que todo ato administrativo que nomeia parente de autoridade pública é imoral.

Depende do exame casuístico do ato administrativo. Por exemplo, se a função de confiança exige conhecimento especializado e a autoridade pública expede ato administrativo de nomeação da própria mulher que é simples dona de casa há um dado objetivo para se constatar a proteção privilegiada. Mas de qualquer forma, a invalidação dessa nomeação caberia também para quem não fosse parente.

Isso significa dizer que o **caput** do artigo 37 se preocupa casuisticamente com o ato jurídico administrativo expedido e não em lançar o estigma generalizado de imoralidade sobre parentes cuja reputação, na maioria dos casos, não se compara nem de longe com a de muitos amigos nomeados. Basta verificar a qualidade moral dos assessores nomeados pelo atual Governo.



A conclusão óbvia, pois, a que se chega é a de que não se pode invalidar nomeações de parentes, sob o fundamento genérico de moralização da administração pública, quando a norma constitucional contida no inciso II, do artigo 37, não estabelece qualquer forma de restrição.

Na realidade, o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a questão posta sobre a constitucionalidade da resolução do E. Conselho Nacional de Justiça que dispôs sobre a demissão de parentes, autorizou ao mesmo Conselho estabelecer restrição com caráter inequivocamente legislativo, como o sapateiro que foi além das chinelas, posto que se há lei federal ou estadual autorizando ao Poder Judiciário o preenchimento de funções de confiança, sem estabelecer qualquer restrição quanto à nomeação de parentes, não poderia ter o E. Conselho Nacional de Justiça invalidado genericamente os atos administrativos legítimos e legais de nomeação, conforme o texto constitucional permite. É evidente que o exame desses atos haveriam de ser casuisticamente examinados dentro do respectivo processo administrativo de exoneração, não só de parentes, mas de todos os nomeados sobre os quais recaia grave suspeita de imoralidade.

Registre-se, por outro lado, que se o **caput** do artigo 37, em exame, estabelece princípios, entre os quais se inclui o de nomear parente sem concurso público, ainda pelo princípio da ciência hermenêutica jurídica, seria de rigor que o julgador declarasse estar diante de uma antinomia jurídica entre o que diz o **caput** e o que diz o inciso II, já que o primeiro fala em princípio da legalidade, moralidade e impessoalidade e o inciso II, segundo a interpretação do Eg. Colendo Supremo Tribunal Federal, contém uma imoralidade administrativa implícita ao não restringir a nomeação de parentes.

Entretanto, como não existe efetivamente essa antinomia normativa, ao meu ver o Colendo Supremo Tribunal incidiu em equívoco hermenêutico ao confundir poder legiferante com poder administrativo de expedição de atos administrativos, já que todo o raciocínio desenvolvido no r. voto condutor, transcrito na inicial da ação popular, implica necessariamente na conclusão de que toda nomeação de parente sem concurso público, ainda que fundada em lei, é imoral e pessoal, atraindo por consequência a extrema ilação de que o princípio da moralidade administrativa está acima do próprio princípio da legalidade. E nesse passo a coisa toma outro rumo, qual seja, a do estabelecimento de um conceito unívoco de moralidade, predicado da condição da existência humana para aqueles que, como eu, acreditam na existência divina, mas que não pode ser aplicado e elevado a essa categoria unívoca geral para o mundo secularizado como pressuposto para anulação de um ato jurídico administrativo perfeito, sob pena de cairmos num fascismo ideológico altamente deletério para a sociedade civil na medida em que, sob fundamento da moralidade, se leva de roldão o princípio maior divino que é a liberdade de ser e existir do sujeito. Não é, pois, por acaso que Hegel, em sua Filosofia do Direito, afirma que o Direito é o reino da liberdade.

Consigno também que nos dois dicionários jurídicos que consultei (Plácido e Silva e Pedro Orlando) não encontrei a palavra **nepotismo** enquanto termo técnico jurídico, sendo que no vernáculo nepotismo não tem esse significado restrito e unívoco que está em pauta nesse momento de desmoralização do Judiciário Estadual. Portanto, se fosse a intenção do constituinte proibir a nomeação de parentes jamais empregaria o termo **nepotismo**, ou seja, teria sido objetivamente claro em dizer que a nomeação de



parentes para cargos em comissão estaria proibida, já que, repetindo, no vernáculo o termo nepotismo significa também proteção, privilégio, favorecimento pessoal a quem quer que seja.

Em sendo assim, como a Constituição Federal não explicitou a proibição, tem-se que o conceito de moralidade do ato administrativo do **caput** do artigo 37, da Constituição Federal não poderia ter sido empregado como pressuposto lógico formal para tornar imoral o que não é, em si mesmo, imoral. A imoralidade não está, pois, objetivamente no fato de ser parente, mas no uso ilegal desse direito, como, v.g., ganhar sem trabalhar.

É este o enfoque que deveria ser dado, sob pena de o Eg. Supremo Tribunal Federal doravante ter que levar às últimas consequências essa questão da moralidade administrativa e ter de aplicar o princípio moral objetivamente assentado também para todos os casos de nomeação em que a autoridade pública, independentemente da capacidade técnica do nomeado, por razões outras eticamente censuráveis, intimidade, gratidão, troca de favores políticos, empreguismo, ou de tantos outros vínculos, ainda que moralmente honestos, apesar da capacidade técnica do nomeado, se apresentem aos olhos do populacho ignaro e invejoso, ou mesmo do oportunismo mediático, como ato administrativo imoral. Os exemplos, com certeza irão se multiplicar quase que infinitamente.

Tem-se, portanto, que esse conceito de moralidade e impessoalidade no caso de nomeação de parente não passa de retórica, posto que o próprio ato de nomeação sem concurso público de seja lá quem for nomeado, é e será sempre pessoal. Como o comissionado numa função de confiança pode ser um desconhecido?

Enfim, essa trama jurídica no que diz respeito ao “nepotismo” no Judiciário, corre o risco de se mostrar aos olhos da sociedade uma retórica hipócrita de preservação da moralidade pública, posto que coisas têm acontecido na nossa República incomensuravelmente mais graves do que a nomeação de parentes e no entanto pouco ou nada se tem feito para colocar as coisas nos seus devidos lugares.

A rigor, pois, de uma interpretação fundada em uma racionalidade estritamente técnica, chega-se à irrefutável conclusão de que a Constituição Federal em momento algum proíbe a nomeação de parentes para o exercício de funções públicas, mas, também, por outro lado, não impede que o legislador ordinário venha a disciplinar essa questão de nomeação de parentes segundo requisitos objetivos, ou mesmo proibir como é proibida na Justiça paulista.

Isso significa dizer que se o legislador ordinário, no âmbito de suas respectivas competências legislativas, pode dizer quais são as funções que podem ser preenchidas em confiança ou comissão, pode também expressamente proibir a nomeação de parentes, ou permiti-las segundo requisitos objetivos.

A proibição pura e simples é absolutamente temerária já que se pode criar uma odiosa restrição pela Constituição Federal que é a de um cidadão extremamente competente não poder ser nomeado para uma função em comissão em razão de uma condição natural, portanto, não criada por ato de vontade própria, qual seja, a de ser parente de autoridade pública.

Portanto, essa questão da moralidade administrativa é um tema de “*lege ferenda*”, sob pena de levarmos o nosso sistema jurídico administrativo para um corredor sem saída, em que dependendo da ideologia ou da predisposição do julgador em querer satisfazer movimentos populistas, ou mediáticos, sujeitar os administrados, sem exceção, a uma ditadura oligárquica moralizadora, como aquele célebre ato administrativo do senhor Jânio Quadros que proibiu o uso do biquini.

Logo, o que se tem, na espécie, é uma inicial que deixa claro se tratar de uma verdadeira urdidura política, enfeitada com filigranas jurídicas confeccionadas no calor do trágico momento vivido pelo Judiciário nacional.

2. É urdidura política porque é genérica e em completo descompasso com as regras do devido processo legal.

Descendo o conhecimento do tema à luz da Lei 4.717/65 esta é claríssima ao exigir que o autor demonstre na inicial a lesão ao patrimônio público, como fundamento para se intentar a demanda, significando dizer que deve o requerente apontar casuisticamente quais são os atos administrativos praticados pelos réus contrários à lei e ao mesmo tempo lesivos ao patrimônio público.

Deveria, pois, dizer a inicial quais os parentes (aliás, nem precisaria ser parente) que foram nomeados, contra texto expresso da legislação municipal; em que circunstâncias foram nomeados; e qual o prejuízo real e concreto que esses parentes nomeados causaram ao patrimônio público.

Por sua vez, é manifesto que a r. decisão do Eg. Supremo Tribunal Federal que disse que o Eg. Conselho Nacional de Justiça pode baixar resolução administrativa, com poder normativo genérico proibindo a nomeação de parentes, é absolutamente restrita às administrações públicas judiciárias, certo também que a r. decisão não disse que as nomeações foram realizadas de forma ilegal. E nem poderia afirmá-las já que o objeto da decisão era o de decidir sobre a constitucionalidade do poder administrativo do Eg. Conselho Nacional de Justiça baixar ato administrativo normativo *interna corporis*, proibindo a prática do “nepotismo”. É evidente que se assim tivesse decidido estaria atirando a barra longe demais. Enfim, a nomeação de parentes está proibida no âmbito do Poder Judiciário, com efeitos “*ex nunc*”, ou seja, demitam os parentes nomeados! Só isso. Nada mais além. Não se cogitou de ilegalidade, de lesão ao patrimônio público, de ressarcimento, de responsabilidade administrativa retroativa, absolutamente nada disso.

A lógica racional jurídica impõe, portanto, que utilizar r. decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal como fundamento da causa de pedir e fonte de sustentação do r. despacho agravado, é absolutamente inadmissível em termos da lei que rege o cabimento da ação popular, já que, além de as resoluções expedidas pelo Eg. Conselho Nacional de Justiça dizerem respeito exclusivamente às administrações públicas judiciárias, cujos efeitos são “*ex nunc*”, não podem servir para exonerar os funcionários nomeados pelos poderes constituídos do Município de Araçatuba, sob pena de arbitrária intromissão do Judiciário em assuntos administrativos assentados em norma constitucional.

Acresça-se a circunstância de a inicial sequer ter apontado as lesões ao patrimônio público municipal em decorrência das ditas nomeações. Não apontou e o MM. Juiz, desatento ao comando legal da lei da ação



popular que obriga a inicial descrever e quantificar a lesão ao patrimônio público e desatento também ao teor do voto condutor do Ministro Carlos Ayres Britto que momento algum disse o que a inicial e r.despacho entendem que foi dito.

Por conseguinte, tanto a inicial quanto o r.despacho agravado partiram da falsa premissa de que todo parente nomeado para o exercício de função pública em comissão é um parasita fantasma, que não possui o mínimo senso de responsabilidade pública e social, coisa que nem de longe foi cogitado pela r.decisão do Eg. Supremo Tribunal Federal.

Processo judicial exige rigorosa obediência às formalidades processuais.

Só mesmo doutrina nefasta do processo como meio e não fim, portanto, o processo como instrumento da ideologia dominante poderia admitir que esta ação tivesse prosseguimento.

Ainda sou um juiz à antiga, apegado ao princípio constitucional e democrático de que punição somente por meio do devido processo legal, a partir de uma inicial que aponte a ilegalidade de forma clara e precisa.

No caso, pois não contém a inicial os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, considerando que ação popular segue o rito ordinário.

3. Foi por isso que disse logo no início que seria impossível examinar o pedido liminar formulado no presente agravo, sem entrar no exame do próprio cabimento da ação, ou seja, o exame dos pressupostos e condições legais para a composição da lide, considerando que o presente agravo tem também efeito processual translativo.

A petição inicial é absolutamente inepta por vir sustentada em fundamento jurídico que não foi objeto de exame pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, ou seja, a extensão da proibição para os outros poderes constituídos.

Não há demonstração casuística da ilegalidade, não há indicação precisa de quem foram os favorecidos ilegalmente, além de não apontar a lesão real e concreta ao patrimônio público municipal.

O MM. Juiz mais uma vez incidiu em lamentável equívoco ao partir da presunção de que o parente nomeado, só por ser parente, já causou e causa prejuízo ao patrimônio público, dando prosseguimento a uma ação cuja petição inicial é absolutamente inepta, Como a inépcia da inicial pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, assim como permite o artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, a decisão monocrática do juiz relator pôr fim a relação processual, é que, de ofício, julgo extinto o processo da presente ação popular, sem julgamento de mérito, condenado o autor nos custas do processo e honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

P.R.I. Oficie-se.

São Paulo, 04 de abril de 2006.



FERRAZ DE ARRUDA

Desembargador Relator

Date Created

06/04/2006