



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

**EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) JUIZ (ÍZA) FEDERAL DA _____ VARA
FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SERGIPE.**

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição — entendida como sistema de regras e princípios— passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei.

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do Direito Administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores¹³. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um Direito Administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala Santamaria Pastor, as bases profundas do Direito Administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a zona de irradiação do direito constitucional, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo¹⁴.

1 3 J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 49
1 4 Santamaria Pastor, *Princípios de derecho administrativo*, 2000, p. 88



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito. A filtragem constitucional do Direito Administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional¹⁵. (BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo em 2006: Uma breve resenha. RDE n.º 05, janeiro/março 2007, Rio de Janeiro, Editora Renovar)

1 (5) Na Alemanha, por exemplo, o comedito da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, no trato de questões relativas à Administração Pública não impediu que a jurisprudência e a doutrina reconhecessem a existência implícita, no bojo daquela Carta, de princípios reitores do direito administrativo, tais como o princípio da proporcionalidade, o princípio da ponderação de interesses e o princípio da proteção da confiança. Neste sentido, v. Hartmut Maurer, *Elementos de direito administrativo alemão* (tradução Luís Afonso Heck), 2000, p. 65-84; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 602-6.



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO DE DESEMBARGADOR. GOVERNADOR DO ESTADO. RELAÇÃO DE CUNHADIO COM CANDIDATO À VAGA PELO QUINTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. MORALIDADE. IMPESSOALIDADE. FINALIDADE. LEGALIDADE. LIMINAR.

1. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal incontestada à vista de sua feição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis;
2. Por se ter em causa ato complexo que demanda a participação da OAB, do TJ/SE e do Governador do estado de Sergipe, são legitimados passivos a OAB e o estado de Sergipe;
3. Uma vez que figura na lide a OAB/SE e o feito é titularizado pelo MPF a competência da Justiça Federal se impõe;
4. Vulneta a ordem constitucional vigente, especialmente os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e finalidade a possibilidade de nomeação por parte do Governador do estado de advogado com relação de parentesco consigo;
5. O ato de nomeação de Desembargador, justamente por ser de natureza complexa, importa na necessidade de controle por parte de todos os envolvidos de sua legitimidade constitucional;
6. Hipótese em que a mesma *ratio* condutora da edição



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

da Resolução 07/2005 por parte do CNJ é aplicável, haja vista a conclusão do STF no sentido de que a proscricção de atos contrários à impessoalidade e à moralidade advêm diretamente do texto constitucional;

7. Possibilidade de controle dos atos administrativos, mesmo dos que contenham carga discricionária através da densificação dos princípios constitucionais;
8. Pedido liminar com o escopo de suspender o processo de escolha pela OAB da lista sêxtupla;
9. Pedido final inibitório no sentido de impedir a concretização da nomeação de advogado que guarda parentesco com o Governador do estado.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, apresentado pelos Procuradores da República signatários, no exercício de suas atribuições legais e constitucionais, vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no disposto nos artigos 127 e 129, incisos II e III da Constituição Federal de 1988 e na Lei 7.347/85, propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido liminar, tendo por base os documentos anexos e as razões de fato e de direito que passa a expor, em face de:

1. **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECCIONAL SERGIPE**, que pode ser citada na pessoa do seu Presidente HENRY CLAY SANTOS ANDRADE, com endereço na Travessa Martinho Garcez, nº 71, Centro, Aracaju/SE, 49010-200;



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

2. **ESTADO DE SERGIPE**, que pode ser citado na Praça Olímpio Campos, nº 14, Centro, 49010-040, Aracaju-SE, tel. 3179-7666 (Procuradoria-Geral do Estado);

3. **EDSON ULISSES DE MELO**, advogado, OAB/SE nº 678, casado, CPF nº 004.933.415-87 e RG nº 137.692 SSP/SE, nascido em 24/08/1948, natural de Porto da Folha/SE, com endereço na Rua Pacatuba, nº 254, Centro, Edf. Paulo Figueiredo, salas 705 a 708, Aracaju/SE, 49010-150;

1. DOS FATOS

A Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Sergipe, visando à elaboração da lista sêxtupla para preenchimento de vaga relativa ao quinto constitucional nos Tribunais Sergipanos, alterou o artigo 31 do seu Regimento Interno através da Resolução 007/2007¹, bem como editou a Resolução 008/2007, para possibilitar a eleição direta de advogados para a composição da referida lista.

Tal Resolução Nº 008/2007 regulamentou, no âmbito da OAB/SE, o procedimento de escolha dos candidatos à vaga de Desembargador, estabelecendo,

¹ RESOLUÇÃO nº 007/2007. Dá nova redação ao artigo 31 do Regimento Interno da OAB/SE, a fim de compatibilizar com o Provimento nº 102/2004, do Conselho Federal da OAB. (...)

Art. 1º. O art. 31 do Regimento Interno da OAB/SE passa a ter a seguinte redação: “Art. 31- O Conselho Seccional, mediante resolução, disciplinará a consulta direta aos advogados nele inscritos, para a composição da lista sêxtupla para preenchimento de vaga nos Tribunais Judiciários, que será submetida à sua homologação, devendo o advogado comprovar o atendimento às exigências previstas no art. 6º do Provimento nº 102/2004, do Conselho Federal, para inscrever-se no pleito”.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

em seu artigo 12, que “Integrarão a lista sêxtupla os seis candidatos mais votados dentre os que alcançarem maioria simples dos votos válidos, **desde que sejam homologados pelo Conselho Seccional**”.

Com base nos citados atos normativos, a OAB/SE expediu, em 24/08/2007, Edital de abertura de “processo de inscrição e preenchimento da vaga destinada a advogado no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe”, nos seguintes termos:

EDITAL

Formação de lista sêxtupla para o preenchimento da vaga destinada a advogado no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

O CONSELHO SECCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECÇÃO DE SERGIPE, nos termos do art. 94 da Constituição Federal, **do Provimento nº 102/2004 do Conselho Federal da OAB**, do art. 31 do seu Regimento Interno e Resolução 008/2007 que o regulamentou, em virtude da vaga criada pela Emenda Constitucional nº 24/2000, torna público o que agora segue:

- 1 – fica aberto, a partir do dia 27 de agosto, o processo de inscrição e preenchimento da vaga destinada a advogado no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe;
- 2 – a inscrição dar-se-á na OAB/SE, no prazo de 20 dias, no período compreendido entre 27 de agosto a 17 de setembro de 2007, de segunda-feira a sexta-feira, das 8h às 12h e das 14h às 18h;
- 3 – somente poderão se candidatar os advogados que tenham sua inscrição principal no Estado de Sergipe, ou, em se



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

tratando de inscrição suplementar, os que comprovem residência e domicílio permanentes, e sede de sua advocacia em Sergipe há mais de (5) cinco anos;

4 – o pedido de inscrição será instruído com a comprovação de mais de dez anos de efetiva atividade profissional de advocacia e **dos documentos exigidos no art. 6º do Provimento nº 102/2004, do Conselho Federal da OAB** e comprovação de quitação com a tesouraria da OAB/SE.

5 – quando o candidato houver ocupado cargo ou função que gere incompatibilidade temporária com a advocacia, deverá ainda apresentar comprovação do seu pedido de licenciamento profissional à OAB/SE (art. 12 da Lei 8.906/94) e publicação da exoneração do cargo ou função. Neste caso, o tempo do licenciamento não será considerado como efetivo exercício profissional da advocacia.

6 – encerrado o prazo para inscrição, o Conselho Seccional publicará no órgão oficial os nomes dos inscritos, para que terceiros possam apresentar impugnação, no prazo de cinco dias.

7 – a Diretoria da OAB/SE notificará, por edital, os candidatos das decisões sobre as impugnações, cabendo recurso para o Conselho Seccional no prazo de cinco dias, podendo a parte interessada contra-arrazoá-lo, no mesmo prazo.

8- Julgados os eventuais recursos, a diretoria da OAB/SE designará a data para a realização da eleição direta para a escolha da lista sêxtupla, cujo resultado será proclamado e homologado pelo Conselho Seccional, nos termos do Provimento nº 102/2004, do Conselho Federal da OAB e da Resolução nº 008/2007 da OAB/SE;

9 – o processo de inscrição e escolha da lista sêxtupla observará o disposto no Provimento nº 102/2004, do Conselho



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

Federal da OAB; no art. 31 do Regimento Interno da OAB/SE e na Resolução nº 008/2007 da OAB/SE que o regulamentou.

10 - estarão aptos para votar os advogados regularmente inscritos na OAB/SE e adimplentes com as anuidades devidas à Seccional da Ordem dos Advogados até cinco dias antes da realização da eleição e não investidos em cargo incompatível com a advocacia, devendo à Tesouraria da Seccional indicar, até aquele dia, o número de advogados adimplentes;

11- a eleição será realizada através de urna eletrônica ou por meio de procedimento manual. Nesse caso, a cédula eleitoral conterá os nomes dos candidatos em ordem alfabética para votação secreta e facultativa, em que o eleitor poderá assinalar em formato de X até seis nomes na cédula, tornando-se nulo o voto em que se registre qualquer outra manifestação ou ultrapasse seis opções.

12 - o resultado do escrutínio somente será considerado válido se ficar registrado o comparecimento da maioria dos advogados habilitados para votar, devendo a Secretaria Geral divulgar, até três dias antes da data da eleição direta, o número de advogados aptos para a votação;

13- integrarão a lista sêxtupla os seis candidatos mais votados dentre os que alcançarem maioria simples dos votos válidos, desde que sejam homologados pelo Conselho Seccional;

14 – **o Conselho Seccional poderá não homologar o candidato** eleito em caso de denúncia comprovada do uso, direto ou indireto, do poder político ou econômico para favorecimento ou captação de voto e **prática de ato que configure infração moral** ou ética disciplinar;

15 - aplica-se ao candidato as regras do processo eleitoral dispostas no art. 133, do Regulamento Geral da Ordem dos Advogados do Brasil.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

Aracaju (SE), 24 de agosto de 2007.

Henri Clay Santos Andrade

Presidente da OAB/SE

Importante demonstrar que a Resolução em testilha tem por base, como descrito, o Provimento n.º 102/2004 do Conselho Federal da OAB, que disciplina o procedimento para “indicação, em lista sêxtupla, de advogados que deva integrar os Tribunais Judiciários e Administrativos”. De destaque, cumpre explicitar que o seu art. 6º dispõe sobre a necessidade de o advogado apresentar determinados documentos, dentre os quais se inclui o “**termo de compromisso de defesa da moralidade administrativa, inclusive, de que não praticará direta ou indiretamente o nepotismo**”.

Deflagrado o processo de escolha dos candidatos, a OAB/SE deferiu a candidatura de 16 advogados²: AIDA MASCARENHAS CAMPOS; ALVARO JOAQUIM FRAGA; CARLOS FREIRE MADUREIRA JUNIOR; **EDSON ULISSES DE MELO**; EMÍLIA CORREA COSTA; GERALDA CRISTINA DA SILVA MENEZES BEZERRA; GILMAR ROSA DIAS; JOÃO SANTANA FILHO; JOSE ALVINO SANTOS FILHO; JOSE EDUARDO DE SANTANA MACEDO; JOSE JORGE RABELO BARRETO; LAERT NASCIMENTO ARAÚJO; MARIA CLARETE RIBEIRO SILVEIRA; NILTON VIEIRA LIMA; ROBERTO BALDO CUNHA; YÊDA MARIA DEDA PEIXOTO TORRES.

Não há, ainda, data definida para a realização do escrutínio, entretanto, é iminente a deflagração do processo.

2 Conforme noticiado em seu sítio (www.oabsergipe.org.br) no dia 16/10/2007.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

Ocorre que o candidato EDSON ULISSES DE MELO tem relação de parentesco de 2º grau na linha colateral por afinidade (cunhadio³) com o atual Governador do Estado de Sergipe⁴, motivo pelo qual seu nome não poderia ter sido homologado pela OAB/SE para a composição da lista sêxtupla e, pelo mesmo fundamento, não poderá ser nomeado para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Veja-se, ainda, que a candidatura do réu Edson Ulisses de Melo foi aprovada a despeito de impugnação julgada intempestiva pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme notícia publicada em seu sítio⁵:

“(…)

No dia 5 foram protocolados pedidos de impugnação formulados pelo deputado federal Mendonça Prado e pelo vereador Josenito Vitale (o Nitinho), de natureza constitucional, contra a candidatura do advogado Edson Ulisses de Melo, cujos fundamentos são de ordem constitucional.

Os impugnantes argumentam que a candidatura de Edson Ulisses afronta aos princípios da moralidade pública, da impessoalidade e igualdade, previstos no artigo 37 da Constituição Federal. Isso pelo fato de Edson Ulisses ser cunhado do governador Marcelo Déda.

3 Art. 1595, § 1º, do Código Civil.

4 Edson Ulisses é casado com a irmã do Governador Marcelo Déda - trata-se de um fato público e notório. Independentemente do quanto disposto no art. 334 do CPC, é certo que, até mesmo por dever de boa-fé, o parentesco havido entre Edson Ulisses e Marcelo Déda não seria objeto de impugnação pela defesa dos demandados. Ademais, e para espancar quaisquer dúvidas, a presente inicial é instruída com entrevistas do réu, na quais ele, sem constrangimento, menciona sua relação de cunhadio com o governador.

5 Notícia constante no site da OAB/SE na internet, visualizada no dia 25/10/2007, às 09h.



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

Por estar fora do prazo estabelecido no provimento, não cabe à OAB/SE, pelas vias administrativas, se posicionar quanto à questão. Contudo, conforme entendimento da OAB/SE, não inibe este questionamento pelas vias judiciais. (...)"

É, portanto, objeto da presente ação a declaração da nulidade do ato da OAB/SE que homologou a inscrição do co-réu Edson Ulisses como candidato ao cargo de desembargado do TJ/SE; é, também, objeto desta demanda a condenação do Estado de Sergipe à obrigação de não-fazer, consistente em que não seja promovida a aceitação da lista e a indicação (pelo TJ) ou, ainda, a nomeação (pelo Governador) do réu Edson Ulisses de Melo para o cargo de Desembargador do TJ/SE.

2. DA LEGITIMIDADE E DA COMPETÊNCIA

2.1. Da Legitimidade do Ministério Público Federal

Ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, o que abrange o dever de zelar, em primeiro lugar, pela fiel observância das normas vigentes. É o que preconiza, de forma cristalina e indubitosa, o artigo 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Via de conseqüência, não seria razoável o Texto Supremo, tampouco as normas que lhe devem reverência, deixar de munir o Ministério Público dos meios indispensáveis para a consecução dos fins constitucionais. O alargamento das possibilidades de atuação da Instituição Ministerial guarda perfeita



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

harmonia com o disposto no artigo 129, III, da Carta Magna, a exemplo do que preceituam os dispositivos da Lei Complementar 75/93 a seguir transcritos:

Art. 5º. São funções institucionais do Ministério Público da União:

I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:

(...)

h) **a legalidade, a impessoalidade, a moralidade** e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União;

Fato é que todo o administrador da coisa pública, independentemente do cargo que ocupe ou do Poder Constituído a que pertença, deve obediência aos princípios constitucionais da Legalidade, da Moralidade e da Impessoalidade, sendo dever do Ministério Público buscar a correção de atos que os afrontem.

Nessa esteira, não se poderia desqualificar o relevantíssimo **interesse público** (interesse social) de que o processo de escolha dos membros do Poder Judiciário seja pautado pela legalidade, pela moralidade e pela impessoalidade.

A ensejar a atribuição do Ministério Público Federal, figura no pólo



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

passivo da presente demanda a Ordem dos Advogados do Brasil, o que atrai à Justiça Federal a competência para o julgamento da causa.

2.2. Da Legitimidade Passiva

Versa-se, na presente causa, sobre um ato *complexo*⁶, competindo a cada um dos demandados parcela da responsabilidade, que não pode ser isoladamente atribuída e nenhum deles. A todos – especialmente à OAB/SE e ao Estado de Sergipe (por seu Governador e por seu Tribunal de Justiça) – cumpre, concorrentemente, o dever de obediência aos preceitos legais e constitucionais, segundo os quais não poderia constar em nenhuma lista e muito menos nomeado o Advogado demandado.

A OAB/SE, conforme relatado, já deferiu a inscrição do Advogado Edson Ulisses – sendo esse ato, pelas razões aqui expostas, passível de invalidação, como se pede e espera. A legitimidade passiva da OAB/SE também decorre do fato de ser ela o ente que deve apresentar a lista sêxtupla ao Tribunal de Justiça – lista que não poderá conter o nome do Advogado Edson Ulisses.

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por sua vez, deve encaminhar uma lista tríplice ao Governador do Estado para que este proclame o

6 Cf. Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 29ª ed., p. 169/170; e Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, 16ª ed., p. 390/391. Há, entretanto, alguma controvérsia na doutrina em relação a atos semelhantes: “**Ato composto** é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a do outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar **um ato só**, no ato composto praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele. Exemplo: a nomeação do Procurador Geral da República depende da prévia aprovação do Senado” (Maria Sylvania Zanella di Pietro, *in* Direito Administrativo, 18ª ed., p. 216/217).



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

novo Desembargador, dentre os Advogados indicados. Sendo o TJ/SE e o Governador órgãos (agentes políticos) do Estado de Sergipe, é sobre esta entidade – pessoa jurídica de direito público interno – que recai parte dos pedidos aqui deduzidos, no que toca à obrigação de não praticar atos ainda pendentes dentro do processo de seleção do novo membro do Tribunal sergipano.

O Advogado Edson Ulisses de Melo deve figurar no pólo passivo (na qualidade de litisconsorte passivo necessário) por ser diretamente interessado na causa e uma vez que solicitou (e teve deferida) sua inscrição no processo de escolha e concorre ao cargo de Desembargador do TJ/SE (ato que se pretende ver invalidado).

2.3. Da Competência da Justiça Federal

A Ordem dos Advogados do Brasil, entidade autárquica federal de natureza *sui generis*, é ré na Ação Civil Pública em tela. Logo, por força de expresso mandamento constitucional (art. 109, I), toca à Justiça Federal de primeiro grau o processo e o julgamento da causa, sendo competente a Subseção Judiciária de Sergipe, igualmente por determinação constitucional (art. 109, § 2º).

Os conselhos de fiscalização se inserem no conceito de *autarquia corporativa*. Essa é a natureza corrente conferida pela jurisprudência e doutrina, que os têm como entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais peculiares.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

As autarquias são predispostas à realização de finalidades públicas. Algumas visam a cobrir amplo setor de interesses públicos, oferecendo aos seus destinatários os mais variados serviços administrativos. Outras se prestam à prossecução de uma atividade específica, como a fiscalização das profissões.⁷ Os conselhos de fiscalização se inserem nessa ordem. E inúmeros deles trazem expresso, na lei que os cria, a sua natureza de pessoa jurídica de direito público.

A sua criação decorre de regra constitucional, que, inovando em face da Constituição Federal de 1946, passou a assegurar constitucionalmente o livre exercício profissional, porém condicionando-o às qualificações estabelecidas em lei, como disposto no art. 5º, XIII:

“Art. 5º.

...

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

Como visível, conquanto deferida liberdade no exercício de qualquer trabalho, ofício, profissão ou atividade econômica, restringiu-se essa liberdade às determinações postas por lei, que estabeleça qualificações profissionais específicas ou exija a autorização de órgão público de acordo com a ressalva constante no final desse dispositivo. É dizer, a liberdade profissional passou a ser condicionada, o que se justifica em face do **interesse público** que há em garantir que dadas profissões sejam praticadas à luz de padrões éticos e outras normas a elas aplicáveis.

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, item 5, pp. 386/387, São Paulo: RT, 1968.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

Também determinou a Constituição Federal:

“Art. 21. Compete à União:

...

XXIV – organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

...

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;”

Se é certo que para o exercício de qualquer profissão é necessária a aptidão natural e a habilitação daquele que trabalha, para alguns ofícios são exigidos outros elementos, o que atrai a competência privativa da União para legislar sobre o tema. **Isso porque o livre exercício das profissões não pode ir ao ponto de autorizar que aqueles destituídos de habilitação exerçam determinados tipos de trabalho, e admitir que o Estado se mostre indiferente na fixação de processos seletivos para admissão de dados empregos ou profissões.**⁸

De regra, a União fiscaliza por meio do Ministério do Trabalho. **Há casos, porém, em que se delega essa função a outras pessoas jurídicas, criadas especificamente para tal fim, quais sejam, os conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas.** E, no intento de conciliar a liberdade profissional, sob o aspecto da autonomia organizacional de cada categoria profissional, e o

⁸ José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, vol. III, item 168, p. 1568.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

interesse público em assegurar o atendimento às exigências sociais, é que o Estado brasileiro tem adotado, mormente em relação às profissões liberais regulamentadas, a técnica de delegar a fiscalização do exercício profissional aos seus próprios componentes.

A fiscalização da profissão regulamentada é feita pelo respectivo conselho profissional, que, como órgão do Estado, exerce o *poder de polícia*, para inclusive autorizar a prática desse ofício pelo interessado. A autorização é precedida de deferimento do registro ou da inscrição no próprio conselho, em procedimento administrativo em que são comprovados a habilitação técnica e demais itens legais exigidos em lei.

Dito isso, tem-se que os conselhos de fiscalização profissional são pessoas jurídicas de direito público da esfera federal, instituídos para fiscalizar o exercício das profissões mediante delegação da União, a qual cabe, privativamente, executar as políticas de inspeção do trabalho e legislar sobre as condições para o exercício de profissões.

A conclusão supra tornou-se inquestionável com o julgamento da ADI 1717/DF, cuja ementa tem o seguinte teor:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime

Destarte, incontestemente que os atos da Ordem dos Advogados do Brasil estão sujeitos ao crivo da Justiça Federal.

3. DO DIREITO

3.1. Dos Princípios Constitucionais Violados

A postulação aqui deduzida fundamenta-se essencialmente na concretização dos princípios constitucionais da **Impessoalidade, Moralidade, Legalidade e Finalidade**, a ponto de serem violados pelo encadeamento de atos tendentes a proporcionar a nomeação do próximo Desembargador do TJ/SE.

No caso vertente, a afronta aos Princípios Constitucionais é patente.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

O artigo 37 da Constituição da República dispõe:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

A norma, de cunho principiológico, está positivada no ordenamento jurídico pátrio em sede constitucional. É de extrema relevância e baliza, simultaneamente, o atuar administrativo e o legislativo, quando da produção de normas em matéria de Administração Pública. O jurista *CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO*, em conhecida passagem, ao discorrer sobre o tema em foco, leciona⁹:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e o sentido e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Os princípios são, pois, norteadores do processo hermenêutico,

⁹ *Elementos de Direito Administrativo*, 3ª edição, p. 299



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

servindo de parâmetro para que o julgador, no caso concreto, encontre o alcance e o sentido das normas aplicáveis. A importância dos princípios na densificação do direito é tamanha que o citado doutrinador sela: ***“violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”***, vez que afeta a todo um sistema jurídico.

Os fatos estampados nesta ACP demonstram que os demandados afrontaram diretamente os princípios constitucionais **da Moralidade, da Impessoalidade, da Legalidade e da Finalidade**.

O advogado Edson Ulisses incorreu em afronta aos princípios destacados ao ter requerido sua inscrição como candidato no processo de escolha do novo Desembargador do TJ/SE; a OAB/SE incidiu na mesma injuridicidade ao homologar sua inscrição; e o Estado de Sergipe, **potencialmente** (e, por tal motivo, para ele deve recair a obrigação de não-fazer), incidirá na violação pelo órgão do Tribunal de Justiça - se vier a indicar o citado Advogado - e através de seu Governador - caso o nomeie.

O primeiro dos princípios da Administração Pública é o da legalidade, como decorrência lógica e inexorável do Estado de Direito. O Princípio da Legalidade opera no sentido de legitimar tão-somente a atuação administrativa que estiver sob as cobertas das normas juridicamente postas, e ao qual também estão sujeitos a OAB e o Estado de Sergipe, o Poder Judiciário, especialmente quando desempenha atividade tipicamente administrativa (como a de concorrer para o provimento dos cargos de quaisquer dos poderes do Estado).

A exata percepção do alcance do Princípio da Legalidade foi colhida



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

pela Professora *CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA*¹⁰:

Assim, a pessoa jurídica é o que o seu criador fez. E como esta criação se dá pelo direito, a pessoa política tem competências, que se expõem no quanto o Direito sobre ela dispõe. Não lhe sobra outro espaço para agir, porque ela não existe além do direito. É este o seu berço e o seu túmulo, o seu começo e o seu fim. A liberdade, que fundamenta a legalidade individual e inexistente na pessoa de Direito, impede que a jurisdição administrativa seja como aquela e possa existir além do que consta como sua competência no ordenamento normativo. Neste sentido é que se vem repetindo que, para o indivíduo, tudo o que não está obrigado ou proibido, está para ele permitido ou dado à sua escolha, enquanto, para a pessoa jurídica estatal, tudo o que não esteja pelo Direito permitido, está proibido.

Assim sendo, fora do campo da legalidade, inexistente espaço para a atuação administrativa; qualquer ato que afronte norma vigente é totalmente nulo, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos válidos.

Adiante se tecerá considerações sobre a **Resolução 07/2005 do CNJ, que é clara ao vedar, em seu artigo 1º, a prática do nepotismo, sendo imperioso registrar, mais uma vez, que tal Resolução encontra-se em vigor e respaldada pela decisão do STF na ADC-MC 12.**

Tendo em estima a clareza da Resolução 07/2005, que hauriu seu

10 Princípios Constitucionais da Administração Pública, ed. Del Rey, 1994, p. 82



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

fundamento de validade diretamente da CF/88, conforme decidiu o STF, é igualmente clara, no caso concreto, a violação ao Princípio da Legalidade pelos demandados, como será melhor explanado adiante.

A bem de complementar o Princípio da Legalidade, tem-se o Princípio da Moralidade Administrativa, pelo qual se exige que o ato do administrador, além de apoiado em lei, seja moralmente legítimo. É interessante referir, novamente, as palavras de *CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA*¹¹:

O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante de seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema do Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa

O Princípio da Moralidade, por sua natureza, se irradia sobre todas as normas, sejam elas *regras* ou *princípios*. Igualmente vincula o legislador, quando da edição de novas normas, e o aplicador do direito, no momento de sua execução. Nessas perspectivas, têm sido produzidas, em razão da exigência moralizadora da Administração Pública contemporânea, inúmeras normas que impedem ao administrador a satisfação de interesses alheios à coisa pública.

11 Obra citada, p. 213/214



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

A moralidade é, assim, poderoso instrumento de acerto da legalidade, proscrevendo a validade de atos que apesar de legais (segundo a interpretação estrita da norma de regência), comportam materialmente infringência a padrões éticos mínimos reitores da correta atividade administrativa

De fato, quando a Resolução 07/2005 declarou a vedação à prática do nepotismo, o fez como forma, também, de assegurar a moralidade na Administração Pública.

Considerando a plena vigência da resolução em estima (tema que será tratado adiante), é desnecessário rememorar os imperiosos fundamentos específicos (de fato e de direito) que culminaram com sua edição. O que se tem de concreto, no caso vertente, é que a situação em foco – **referente à inscrição de alguém que guarda notória relação de parentesco com o agente público responsável por sua final nomeação** – amolda-se perfeitamente à *ratio* da vedação consolidada na Resolução n.º 07/2005 do CNJ.

Também preciosa a lição célebre jurista Candido Rangel Dinamarco¹² sobre o que se entender por moralidade administrativa:

“Hely Lopes Meirelles, que há muito vinha expondo idéias sobre a moralidade administrativa, mostrou que ela não coincide com a moral comum mas resolve-se na fidelidade às normas inerentes à Administração Pública. Invocando Hauriou, diz que o administrador, **‘ao atuar, não terá de decidir somente entre o**

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada*. Artigo publicado no Júrís Síntese n° 33, JAN/FEV de 2002.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto'. Ele 'não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta'.

Resulta que o conceito de moralidade administrativa coincide com a idéia de zelo pelo patrimônio moral e material do Estado e dos demais entes públicos; não só os próprios administradores são os institucionais guardiões desse valor, como também os demais órgãos estatais e também o povo." (grifei)

O Princípio da Impessoalidade, de igual modo, almeja garantir a maior transparência e objetividade possível no trato da coisa pública. Não pode ser abandonado o *interesse público*, sucumbindo frente ao propósito de dar maior relevo ao interesse particular. A fim de evitar subjetivismos ou situações nebulosas, deve a impessoalidade imperar. O ensinamento de CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA¹³, mais uma vez, é digno de menção:

A pessoa política é o Estado, e este é a sociedade constituída sob determinado modelo de direito estabelecido e posto à observância obrigatória, com vistas à realização do bem público. As pessoas que compõem a Administração Pública passam a compor aquela pessoa, enquanto nela exercem as suas atividades. O contrário, a dizer, o Estado, passando a compor a pessoa particular que participa de seus quadros funcionais, seria a pessoalidade, negadora do Direito, que é genérico, e aniquiladora da Democracia, que faz o Poder de todos para não ser de alguém em particular. O princípio da impessoalidade impede e proíbe, assim, o subjetivismo da

13 Obra citada, p. 148.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

Administração Pública. A objetividade não permite que se mostre ou prevaleça a face ou a alma do administrador. Nem a do cidadão que a ela compareça ou com ela se relacione.

A impessoalidade imbrica-se inexoravelmente com o Princípio da Finalidade e o interesse público.

Com efeito, desviando-se do fim público, o ato administrativo praticado em desrespeito ao Princípio da Impessoalidade não pode prevalecer, em razão da supremacia do interesse público, mola propulsora de todo o regime jurídico-administrativo.

Por maiores que sejam as qualificações do Advogado Edson Ulisses¹⁴, o que aqui se tem de insofismável é a sua relação de parentesco com o atual governador do Estado. Ainda que pudesse apresentar o Governador (e os demais réus) razões de índole diversa (como a reconhecida capacidade técnica do Advogado Edson Ulisses), é incontroverso que o ato final de nomeação, dotado de discricionariedade, tem cunho estritamente *pessoal*. A natureza do ato final do processo de seleção do novo desembargador apenas reforça os argumentos aqui aduzidos: conquanto discricionário, ainda deve obediência a todos os princípios constitucionais regentes da administração pública, assim como devem obediência estrita aos mesmos princípios os todos os atos praticados pelos demais demandados.

A respeito do controle jurisdicional dos Atos Discricionários, é

14 As qualificações pessoais do réu aqui não são objeto de impugnação senão somente sua relação de parentesco com o Governador do estado.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

posição assente em nossos Tribunais:

“(...) Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR/88). (...)” (STJ, Processo: 200302366840-AC, SEXTA TURMA, Data da decisão: 11/04/2006, Relator Ministro PAULO MEDINA, DJ DATA:12/06/2006 PÁGINA:542)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, **a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.**

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.**

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido”. (STJ, Processo: 200200461108-GO, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 11/11/2003, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ DATA:22/03/2004 PÁGINA:277 RSTJ VOL.:00187 PÁGINA:219) (grifo nosso)

Também a melhor doutrina leciona no mesmo sentido:



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

“Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público in concreto, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 15. ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 395/396) (grifos no original)

Em outras palavras, discricionariedade significa que o agente público (no caso, o Governador do Estado de Sergipe) tem **limitada** margem de escolha (optar, *in casu*, por um dos componentes da lista tríplice). Exclui-se dessa margem de escolha, por inconveniente e imoral, o seu parente, independentemente de ser ou não preparado tecnicamente para exercer o cargo de Desembargador.

Não pode ser outra a conclusão a que se chega, uma vez seguidas as lições do eminente Celso A. Bandeira de Mello:

“Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto.”
(Curso de Direito Administrativo, 15. ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 399) (grifos constantes no original)

Havendo mais de uma opção a ser escolhida, deve se optar pela que melhor atenda aos critérios de oportunidade e conveniência – e a escolha de um parente evidentemente não expressa o verdadeiro interesse público. Agir do modo ora impugnado é confundir discricionariedade com arbitrariedade, atuando de forma pessoal quando incabível tal conduta.

Não se pretende, por óbvio, impor critérios positivos de indicação do nome apto a desempenhar a função de Desembargador do TJ/SE, mas tão somente, através da interpretação dos princípios constitucionais, explicitar critério de exclusão em razão de relação de parentesco, o que ofende a moralidade e impessoalidade administrativas.

Por fim, a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos e o âmbito de sua sindicabilidade em relação aos princípios básicos da administração foram muito bem resumidos por CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA¹⁵:

15 (Revista INTERESSE PÚBLICO, ano 4, nº 16, outubro/dezembro de 2002, Porto Alegre, p. 25/26, in "Controle Judicial dos Atos Administrativos: As questões Técnicas e os Limites da Tutela de Urgência")



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

Diante de tais atos, a abrangência do controle jurisdicional há de ser delimitada. A competência para julgar a obediência à lei, decerto, permanece inalterada; porém, não se pode imputar ao órgão judicial a função de proferir, havendo mais de uma opção válida, qual a decisão mais conveniente ou adequada. Trata-se do chamado mérito do ato administrativo, campo de responsabilidade típico da função administrativa, perante o qual o administrador exerce juízo de conveniência e oportunidade (discricionário) a respeito do exercício de uma dada competência. A opção tomada nesta margem de competência não decorre de uma pura e simples superposição da norma abstrata da lei ao caso concreto objeto da ação estatal, mas sim de um juízo de conveniência administrativa, alheio, por esta razão, ao confronto oriundo do exame de legalidade (critério jurídico).

É neste sentido que doutrina e jurisprudência afirmam o descabimento de exame do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Isto significa dizer que, nos casos em que a lei conferiu ao administrador a competência para escolher a melhor decisão entre várias juridicamente admitidas, acabou por lhe atribuir competência típica da função administrativa, impossível de ser substituída por critérios de conveniência do órgão jurisdicional.

Importante frisar que esta postura encontrada no direito brasileiro não significa reconhecer uma completa ausência de controle judicial em relação aos atos administrativos que apresentem a característica acima mencionada (margem de discricionariedade). O descabimento de controle judicial não afeta tão-somente parte da competência exercida, justamente a relativa à livre opção que foi conferida ao juízo de conveniência do administrador, pela própria lei. Mesmo com essa restrição,



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

são vários os aspectos dos chamados atos discricionários que comportam controle judicial. Descreveremos brevemente quais são os mais relevantes instrumentos para efetivação desse controle.

Primeiramente, foi admitido o controle do Judiciário sobre os elementos extrínsecos do ato administrativo discricionário. Por extrínsecos são designados aqueles aspectos relevantes à validade do ato administrativo que, todavia, como o próprio nome indica, sejam exteriores ao ato em si. Integram este rol a competência da autoridade que expediu o ato, a observância do procedimento previsto em lei, a existência de motivo (situação de fato) a fundamentar a produção do ato e, finalmente, a obediência das formalidades exigidas para sua edição (como a ausência de motivação, por exemplo).

Além do controle dos requisitos que circundam o ato administrativo em si, também são inseridos no contexto de análise estritamente jurídica (estranha, portanto, à mera valoração da conveniência e oportunidade do administrador) alguns elementos intrínsecos ao ato. A aplicação dos princípios de direito administrativo serve de fundamental instrumento à realização deste exame. Por este intermédio, verifica-se se o ato discricionário buscou alcançar o fim abstrato previsto em lei ou dele se desviou (princípio da finalidade); se o ato aplicou a lei de forma fundamentada, coerente com os objetivos buscados no ordenamento jurídico ou se a aplicou de modo arbitrário, sem justificativa plausível (princípios da razoabilidade e da proporcionalidade); se houve a persecução do interesse geral previsto em lei ou se o ato visou ao favorecimento ou à retaliação de alguém (princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade); e assim por diante. Com fundamento na análise de quaisquer dos aspectos acima



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

descritos (sejam extrínsecos ou intrínsecos) é reconhecida a competência jurisdicional para examinar a validade de atos administrativos discricionários. Todavia, conforme exposto ao início deste tópico, existe em tais atos uma margem de decisão conferida ao administrador que não admite intervenção externa, sob pena de violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. Esta matéria, denominada mérito do ato administrativo, é decidida com base em critérios autônomos dos agentes administrativos, referentes a juízo de conveniência e oportunidade e não de legalidade. Por isto, em relação a tais assuntos, não é reconhecida a possibilidade de controle judicial. A razão é óbvia: como ao judiciário só compete decidir a aplicação do Direito (avaliação de legalidade), foge ao seu campo de atuação a responsabilidade por decidir questões de mérito da função administrativa, campo em que a própria lei confere ao administrador a possibilidade de escolher mais de uma opção válida, por intermédio de seu juízo de conveniência ou oportunidade (decisão, neste sentido, extrajurídica)."

Em suma, o deferimento pela OAB/SE da candidatura do réu EDSONS ULISSES DE MELO para eleição em lista sêxtupla destinada à vaga de Desembargador do TJ/SE, a potencial aprovação do nome do réu e sua figuração na lista tríplice do TJ/SE e, ao final, a nomeação pelo Governador do Estado de Sergipe, constituem atos administrativos ilegítimos e absolutamente nulos, eis que:

a) são ilegais, já que não amparados em ato normativo vigente e, ao contrário, vão de encontro à *ratio essendi* da Resolução n.º 07 do CNJ, que explicitou, no ordenamento jurídico, com base na interpretação constitucional, a vedação a práticas impessoais e imorais de nepotismo.



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

b) atentam contra o Princípio da Moralidade administrativa, eis que fogem dos padrões mínimos de ética no trato com a coisa pública, afrontando a honestidade e boa-fé das relações administrativas.

c) por fim, considerando a relação de cunhadio entre o Governador e o advogado réu, os atos fazem tábula rasa do Princípio Constitucional da Impessoalidade, que deve reger a Administração Pública.

3.2. Da Resolução 07 do Conselho Nacional de Justiça. Vedação ao nepotismo. Aplicação ao caso da *Ratio Essendi* da norma. Reconhecimento pelo STF que a Resolução do CNJ apenas explicita o que já contido na própria Constituição Federal.

O Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução n.º 07 em 18 de outubro de 2005 (modificada pelas Resoluções 09/2005 e 21/2006), que, em seu artigo 1º veda a prática do nepotismo no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário, nos seguintes termos:

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

Desnecessário tecer maiores considerações acerca do significativo avanço proporcionado pela norma em tema de correção e credibilidade da justiça brasileira.

Entretanto, o maior dos méritos da discussão travada pelo Conselho



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

Nacional de Justiça ainda estava por vir.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, avalizando a decisão do E. CNJ, decidiu, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, suspender o julgamento dos processos que tivessem por objeto questionar a constitucionalidade da citada Resolução nº 07/2005 do CNJ por entender que este Conselho fez uso correto de suas atribuições. **Com isso, de forma explícita, asseverou que a vedação ao favorecimento pessoal das escolhas discricionárias dos ocupantes de cargos e funções públicas encontra fundamento diretamente no texto constitucional.** Transcreve-se abaixo trecho da ementa do citado julgamento:

(...) O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, **o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.** Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. **Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos**



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que 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; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. (...)

(Sem grifos no original)

Desta simples afirmação da Corte Suprema decorre exatamente a consequência postulada na presente ação.

De fato, o que se pretende é que, a despeito de inexistir norma explícita que impeça a nomeação por parte do Sr. Governador do estado de parente seu ao cargo de Desembargador, após a elaboração das listas sêxtupla e tríplice, respectivamente pela OAB/SE e pelo TJ/SE, o conteúdo principiológico advindo da Constituição Federal, descrito anteriormente, **veda** que tal ato de concretize.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

E não calha aos réus objetar que por ser o ato de natureza complexa estaria imune aos vícios materiais aqui apontados.

Em verdade, o fato de ser o ato de nomeação de Desembargador do TJ/SE de natureza complexa **impõe que todas as esferas envolvidas em sua concretização promovam o controle do respeito aos princípios constitucionais norteadores do ato em si, não servindo de álibi para sua exoneração da verificação dos pressupostos de validade material da escolha.**

A OAB/SE, principalmente, por ser a condutora inicial do processo de escolha do Desembargador do TJ/SE, e também por ser sua função prestigiar a efetividade dos princípios constitucionais da República, deveria, por iniciativa própria, ter rejeitado o pedido de candidatura do réu EDSON ULISSES. Oportunidade não lhe faltou, inclusive, por ter sido provocada em pedido de impugnação que apontava os vícios descritos nesta ACP, preferindo, contudo, indeferi-la sob o fácil argumento da intempestividade.

Veja-se, a propósito, como dito, que é exigência para a candidatura o advogado declarar expressamente que se compromete à “defesa da moralidade administrativa, inclusive, de que não praticará direta ou indiretamente o nepotismo”. **Ora, o réu EDSON ULISSES, em seu primeiro ato tendente à ocupação do cargo de Desembargador do TJ/SE, ao exprimir a declaração em tela já incorreu na ilicitude daquilo a que se comprometeu combater.**

Ressalte-se, ainda, que, ao contrário do que pode sugerir uma leitura



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

em diagonal do que foi decidido pelo Eg. STF a respeito, a vedação do recrutamento com base em critério pessoal não se circunscreve à hipótese de cargos providos em confiança e subalternos do serviço público. Ao contrário.

Se há razão para a vedação à prática de nepotismo em “cargos de confiança”, muito maior razão há para que seja vedada a mesma prática em cargos vitalícios, como é o caso.

Os defensores da vedação do chamado nepotismo sempre objetaram que para o exercício de cargo em confiança seria necessária estreita relação pessoal com o escolhido o que, em regra, se daria entre pessoas do mesmo grupo familiar. Nomeações deste jaez, entretanto, ao menos estariam limitadas no tempo haja vista que fadadas ao desaparecimento com a desinvestidura do nomeante e a cessação do “apadrinhamento”.

Ora, muito mais grave se afigura, em tese, a possibilidade de escolha de membro da família para cargo **vitalício** e de importância ímpar na estrutura de poder do estado. Nessa hipótese, a influência exercida por quem nomeia para com o nomeado perdurará por tempo indeterminado e, malgrado a possibilidade *in casu* de extinção posterior do vínculo de parentesco, haverá sempre a pecha de ter sido provido o cargo de Desembargador do TJ/SE, função relevantíssima na estrutura do Judiciário sergipano, através de ato administrativo ilegítimo, pois ilegal, imoral e impessoal.

4. DO PEDIDO LIMINAR



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

Os pressupostos que autorizam a concessão de liminar, com fundamento no artigo 12 da Lei 7.347/85, estão presentes.

O *fumus boni juris* decorre das próprias razões expostas na inicial e, especialmente, da expressa afronta aos princípios constitucionais e preceitos legais.

O *periculum in mora* decorre do fato de que o processo de escolha já foi deflagrado, tendo inclusive sido praticado ato específico pela OAB cuja nulidade se pretende ver declarada, sendo ainda iminente a realização do escrutínio. O risco de dano se consubstancia, também, nos seriíssimos transtornos à ordem pública e aos interesses de todos os envolvidos no processo de escolha do novo membro do Tribunal de Justiça de Sergipe.

Não é demais sublinhar que a contenda envolve, no caso, a efetividade da Constituição da República e das leis do País. A afirmação do Direito democraticamente posto é sempre oportuna e urgente.

Ademais, o bem de vida postulado (a preservação da legalidade, da moralidade e da impessoalidade nos atos administrativos) – bem tão caro que é algo essencial para a realidade brasileira - é de insofismável relevância individual e social, cuja proteção deve prevalecer, na ponderação de valores, consoante a relevante lição de *TEORI ALBINO ZAVASCKI*¹⁶:

Efetivamente, ao estabelecer que 'o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial', o legislador ordinário está, sem

16 Antecipação da Tutela, 1997, Saraiva, páginas 73/74



Ministério Público Federal

Procuradoria da República em Sergipe

dúvida, estabelecendo restrição ao direito à segurança jurídica, consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição. Justamente por isso, e conforme evidenciam os incisos do artigo, tal restrição somente é admitida quando outro direito fundamental (o da efetividade da jurisdição) estiver em vias de ser desprestigiado. O desprestígio pode ocorrer a) quando 'haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação' (situação que põe em xeque a utilidade prática da futura sentença ante o possível comprometimento do próprio direito afirmado na inicial) ou (b) (...) E a opção do legislador, de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor, revela claramente que, na ponderação dos valores colidentes, ficou estabelecida uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica

Assim, impõe-se, por dever de cautela, a suspensão liminar do processo de escolha do novo Desembargador do TJ, conforme adiante requerido.

5. DOS PEDIDOS

Ex positis, o **Ministério Público Federal** pede e requer:

a) a intimação dos réus para que se manifestem no prazo de 72 (setenta e duas) horas, nos termos do art. 2º da lei n.º 8.437/92.

b) a concessão da medida liminar, determinando-se – (b.1) a imediata sustação do ato da OAB/SE de aprovação do réu EDSON ULISSES DE MELO da lista de candidatos à vaga do quinto constitucional do TJ/SE, podendo



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

nesse caso ser dada continuidade ao processo com a eleição dos demais advogados candidatos inscritos; (b.2) caso negado o pedido anterior, a suspensão do processo de escolha do novo Desembargador do TJ/SE, com a conseqüente sustação de qualquer ato do Tribunal de Justiça ou do Governador do Estado de Sergipe que impulsione o referido processo, até o julgamento definitivo da presente demanda.

c) ao final, que seja declarada a nulidade do ato de homologação, pela OAB/SE, da candidatura do réu Edson Ulisses de Melo à vaga de Desembargador do TJ/SE no atual processo de escolha, com a conseqüente invalidação da lista de candidatos elaborada e já publicada;

d) ao final, que seja também declarada a nulidade de qualquer ato do Estado de Sergipe, nas pessoas do Governador¹⁷ e do órgão do Tribunal de Justiça do Estado, caso, por hipótese, seja efetivada a remessa de lista contendo o nome do Advogado referido;

e) em qualquer caso, que seja o Estado de Sergipe, ao final, condenado à obrigação de **não-fazer**, consistente em não efetuar qualquer ato de deliberação a respeito do provimento da vaga de Desembargador do TJ/SE, caso na lista sêxtupla da OAB/SE, conste o nome do réu Edson Ulisses de Melo, sendo, em qualquer hipótese, vedada a sua nomeação ao cargo de Desembargador,

¹⁷ Naturalmente, não se poderá admitir a nomeação do referido advogado pelo Vice-Governador ou outra autoridade em substituição eventual ao Governador do Estado: uma manobra diversionista desse jaez configuraria uma crassa tentativa de desrespeito, pela via oblíqua, da autoridade de uma possível decisão judicial favorável à pretensão aqui manifestada.



Ministério Público Federal Procuradoria da República em Sergipe

f) a citação pessoal dos réus;

g) a **condenação** dos réus ao pagamento das custas processuais, diligências, perícias e verba honorária, tudo a ser oportunamente revertido aos cofres públicos, nos termos da legislação de regência;

Considerando que os documentos que instruem a inicial são suficientes ao adequado conhecimento dos fatos e que, assim sendo, a controvérsia instaurada queda ser eminentemente *de direito*, a lide deve ser julgada antecipadamente. Sem embargo, o MPF protesta desde já por todos os meios de prova admitidos, que poderão ser, no momento processual oportuno, devidamente especificados.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Aracaju, 25 de outubro de 2007.

BRUNO CALABRICH

Procurador da República

EDUARDO PELELLA

Procurador da República

PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES

Procurador da República

RUY NESTOR BASTOS MELLO

Procurador da República