

Artigo: O fim do Nepotismo no Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça e a Evolução do Estado de Direito

Autor: Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira - Promotor de Justiça, membro da CONAMP e da ABMPE, autor de obras de Eleitoral, ECA, Processo Penal/Prática Forense, professor do Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes - IELF/Cursos LFG (cf. www.thales.tacito.nom.br e www.portalttc.com.br)

1. Evolução do Estado de Direito e nepotismo

Analisando a trajetória do Estado de Direito no tempo, a Administração Pública se dividiu em 3 fases distintas, sendo apenas as duas últimas originárias do Estado de Direito:

- (a) Administração Pública patrimonialista;
- (b) Administração Pública burocrática;
- (c) Administração Pública gerencial (no Brasil, reforçada com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal).

A Administração Pública *patrimonialista* é originária do tempo em que o Estado era comandado pelo Rei, ou seja, o Brasil era colônia de Portugal. Tinha esta denominação porque a Administração Pública era *patrimônio* do Rei. Assim, as Capitanias Hereditárias, as Sesmarias, o Coronelismo, o Brasil-colônia com a escravidão e o nepotismo (favoritismo de certos governantes aos seus parentes e familiares, também denominado de parentelismo), são exemplos de produto de uma Administração Pública patrimonialista.

Por tratar do nepotismo, cuja origem resulta na excessiva influência que os sobrinhos e outros parentes dos papas exerceram na administração eclesiástica, no Brasil colônia, a carta de Pêro Vaz de Caminha, conhecida como "certidão de batismo do Brasil" (como é a Declaração da Independência nos EUA), datada de Porto Seguro da Ilha de Vera Cruz, a 1º de maio de 1500, no seu relato final, solicita favores para o genro - Jorge de Osório - ao rei D. Manuel, de Portugal. Portanto, o nepotismo é espólio da **Administração Pública patrimonialista**.

Após a instauração do chamado "**Estado de Direito**", ou seja, no sentido de que o próprio Governante deveria também se submeter à lei, surge um resquício de Democracia. Antes disto, o Rei não se submetia à lei.

O resquício de Democracia, apenas no sentido de igualdade de todos no cumprimento da lei, torna incompatível o modelo de Administração patrimonialista.

Surge, então, a chamada **Administração Pública burocrática**, ou seja, o Estado usa de métodos técnico-rationais de se fazer Administração Pública. Vários modelos de burocracia foram cogitados, sendo adotado o modelo clássico de *Max Weber*, inspirado na estrutura do exército prussiano. A burocracia, portanto, surge num momento histórico como reação ao patrimonialismo, já que neste havia corrupção, nepotismo, ausência absoluta de impessoalidade, pois tudo era do Rei o qual, poderia dispor de qualquer patrimônio Estatal para quem desejasse. Logo, no Estado de Direito, a Administração Pública burocrática primou pela **impessoalidade** e pelo funcionalismo do pessoal da estrutura administrativa.

Entretanto, como a Administração burocrática surge como reação ao patrimonialismo, adotando o modelo do poder militar (estrutura hierárquica e disciplinadora do exército), ela passa a ser essencialmente controladora, ou seja, toda estrutura é de controle, tudo é procedimento e todos estes são formas de controle. Exs.: concurso público, licitação, até uma simples certidão exige um procedimento, que é na verdade forma de controle da atividade administrativa.

A Administração burocrática funcionou bem no Brasil apenas nos primeiros anos do Estado de Direito. Isso porque o Estado de Direito nasceu numa versão liberal, inspirado no modelo francês da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), tendo, como funções básicas, as garantias das ordens externa e interna, dos direitos individuais, da propriedade e dos contratos.

Acontece que o Estado liberal teve como marco divisor - a Revolução Industrial, que pôs em cheque o modelo liberal da estrutura estatal, já que igualdade e fraternidade eram incompatíveis com a Revolução Industrial, diante da ausência da igualdade material, surgindo a frase famosa de que a "liberdade escraviza, somente o Direito liberta".

Diante deste individualismo industrial do Estado, nasce um novo modelo de "Estado do Bem-estar social", que, ao contrário do Estado liberal, é um Estado provedor, tendo como objetivos prover todas as necessidades do cidadão/sociedade, seja na saúde, educação, previdência, lazer etc. Houve, pois, uma mudança de filosofia, já que o Estado liberal, de início, entendia que deveria assegurar a liberdade; num segundo momento passa a controlar a liberdade, para enfatizar o provimento das necessidades públicas. Nesse modelo, o Estado invoca para si o que era atividades econômicas da iniciativa privada, para constituir serviços públicos.

O Estado social, com esse novo modelo, usou da mesma estrutura burocrática, ou seja, a mesma estrutura controladora, formada por diversos sistemas de controle. Aqui começam a surgir alguns pontos de engessamento da Administração Pública, pois como a gama de necessidades do Estado para servir o social é muito grande, a burocracia não funciona bem, já que a burocracia funciona bem com pequenas funções e não uma série delas. Assim, por exemplo, saúde e educação, até o início do Estado liberal, não eram funções estatais, e passaram a integrá-los no Estado social.

Some-se a isto que, em razão das grandes guerras, o Estado passa a prover, também, a iniciativa econômica propriamente dita, já que o setor privado (economia particular) não tem capital para investimento. O Estado promove o desenvolvimento econômico, alargando ainda mais suas funções, surgindo as Siderurgias, as grandes estradas, a exploração do petróleo, as sociedades ou

empresas com participação de dinheiro público, como Empresas Públicas e Sociedades de Economia mista etc. O Estado, cada vez mais, se agiganta, a estrutura burocrática passa a ficar disponível também para as atividades econômicas e estas exigem uma agilidade no tempo, já que as atividades econômicas agem pela produtividade, eficiência e tecnologia. Outro problema, já que a burocracia emperra a celeridade exigida para competitividade. O Estado, pois, gigante nas funções, não dá conta de todas elas, surgindo a idéia de **Administração Pública gerencial**.

A Administração Pública gerencial surge como reação à burocracia e como evolução desta, ou seja:

a) como reação à burocracia, pois, a partir do momento em que a mesma serve o setor econômico, começa a haver distorções, como a corrupção de funcionários para agilizar o serviço, obras superfaturadas, exploração de prestígios, malversação do dinheiro público, improbidades, o antigo nepotismo (herança da Administração Pública patrimonialista) e distorções das leis pelo Poder Legislativo, legislando em causa própria (casuismo);

b) como evolução, porque a burocracia não dava conta do agigantamento do Estado.

A Administração Pública *gerencial* é a tentativa de imprimir na Administração Pública um modelo diferente da iniciativa privada, buscando o que a burocracia tem de melhor, ou seja, a impessoalidade e o funcionalismo, mas corrigindo as suas distorções.

Portanto, o Estado neoliberal é um Estado menor em funções, desligando-se das atividades econômicas, o que justifica as privatizações. Todavia, em que pese a necessidade de algumas privatizações, não pode haver esta forma de desligamento de setores que serão o “ouro do novo milênio”: energia elétrica e água, sob pena de o Estado se ver aprisionado com seu próprio feitiço, em extremo prejuízo da sociedade. A revisão do papel do Estado é necessária, já que o mesmo não dá conta de tudo; todavia, esta revisão deve ser vista com extrema cautela, preservando a sociedade.

A Democracia, portanto, deve ser vista num novo modelo de Estado: Estado neoliberal, a saber, o Estado com a Administração Pública *gerencial*, enxugando suas receitas e despesas e provendo as necessidades com a boa gerência. Esse modelo faz o Estado realmente produzir e crescer, sujeitando o ordenador de despesas a ilícitos cíveis, criminais e administrativos, ainda que sujeito a críticas ou à difícil adaptação pelos Estados-membros e Municípios.

A União, Estados e Municípios, se assim não agissem, veriam a Previdência, a Saúde, a Assistência Social, a Educação etc. entrarem em colapso total, pois o colapso parcial já é realidade.

O problema maior da *Administração gerencial* é que apenas a União se adapta a este modelo neoliberal, pois a estrutura dos Estados-membros e Municípios ainda são social-democratas, principalmente nos Municípios que não têm indústrias, sendo estes grandes empregadores.

Portanto, o limite de despesas de pessoal de 50% para a União será facilmente cumprido, mas de 60% para Estados-membros e Municípios será muito difícil, pois estes entes seguem a Administração social-democrata, não se adaptam à Administração gerencial, mas a mudança de filosofia é uma necessidade. Nos Municípios, 54% das receitas correntes líquidas são o teto para despesas do Executivo com pessoal e 6% o são para a respectiva Câmara, o que se torna um problema social e estrutural para muitas cidades do país.

2. O fim do Nepotismo no Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça

No dia 18 de outubro de 2005, o Conselho Nacional de Justiça, órgão criado para controle externo do Judiciário Brasileiro, com a Reforma do Judiciário (EC 45/04), sacramentou algo que há muito tempo incomodava o Estado Democrático de Direito: o nepotismo.

Como vimos, a herança da administração pública patrimonialista era incompatível com a nova administração pública burocrática e gerencial. Mas ainda, no Judiciário, no Ministério Público, no Legislativo e Executivo, tal espólio sempre fez couro aos grilhões do inconformismo e aos princípios da moralidade e impessoalidade, previstos no artigo 37 da Carta Republicana de 1988.

No âmbito federal o nepotismo era vedado no Judiciário desde 1996, sendo previsto também em alguns Estados-membros. A utilização de cargos para favorecimento familiar ou de "dinastia imperial" atende unicamente a interesses pessoais e não ao interesse público, configurando, como muito bem destaca o Ministro Alexandre de Moraes, do Conselho Nacional de Justiça, uma verdadeira "empregabilidade doméstica" no serviço público.

Assim, qualquer possibilidade de nomeação em cargos em comissão, sem concurso público, de parentes de magistrados, foi abolida na Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, órgão incumbido, segundo o jurista Alexandre de Moraes, de "***exercendo função constitucional, não somente analisar a legalidade do ato, mas também a legitimidade das condutas do Judiciário e sua conformação com os textos constitucionais e legais, além de sua adequação com a moral administrativa e com o interesse coletivo***" (Folha de São Paulo, opinião, A-3, 21/10/2005).

O livre docente Alexandre de Moraes com muita propriedade afasta qualquer hipótese de 'direito adquirido' de cônjuges, companheiros e parentes de magistrados que foram nomeados sem concurso público antes da EC 45/04, sustentando com a lógica salomônica:

"Como justificar que o nepotismo fere a Constituição e que, no entanto, aqueles que já estão nomeados, com claro desrespeito à moralidade e à impessoalidade, possam ser favorecidos, permanecendo em seus cargos?"

Por esta razão que o Conselho Nacional de Justiça deu o prazo de 90 dias para que todos servidores em situação de parentelismo sejam exonerados de seus cargos, o que importará em sanções de improbidade administrativa e administrativas (corregedoria e até perda do cargo) no caso de descumprimento.

Portanto, o nepotismo, no JUDICIÁRIO, foi abolido, sendo portanto, vedado o uso deste para nomeação para os cargos em comissão ou designação para funções de confiança de parentes de magistrados, salvo se o parente, cônjuge ou companheiro for servidor ocupante de cargo de provimento efetivo do Judiciário por concurso público.

Porém, a norma poderia ser facilmente burlada, se a resolução não incluísse o "nepotismo cruzado", criação tipicamente brasileira, numa espécie de "imoralidade ou pessoalidade suave", consistente na troca de nomeações de cônjuges/companheiros e parentes de magistrados em gabinetes recíprocos. Por isto, o Conselho Nacional de Justiça também vetou o nepotismo cruzado ou "pessoalidade suave", pois a Justiça pode ser cega, mas tem cérebro.

Esperamos, assim, que o Conselho Nacional do Ministério Público promova ação idêntica, bem como os Poderes Legislativo e Executivo, já que a Carta Republicana é para todos e não para "todos iguais, mas uns mais iguais do que os outros"...

Veto ao nepotismo! O melhor do Brasil são os brasileiros e o pior do Brasil são os "cabideiros" de empregos públicos...

Toda a sociedade aplaude o Conselho Nacional de Justiça, cuja criação mostrou-se oportuna, já que o veto ao nepotismo demonstra que **"projeto na mente é água profunda, mas o homem inteligente sabe alcançá-lo"**(Provérbios, 20,5)

Como citar este artigo - O fim do Nepotismo no Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça e a Evolução do Estado de Direito

Autor: Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira - Promotor de Justiça, membro da CONAMP e da ABMPE, autor de obras de Eleitoral, ECA, Processo Penal/Prática Forense, in www.thales.tacito.nom.br e www.portalttc.com.br

Anexo: Inteiro teor da Resolução 07/2005

Conselho Nacional de Justiça

RESOLUÇÃO Nº 07, DE 18 DE OUTUBRO DE 2005.

Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

CONSIDERANDO que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição;

RESOLVE:

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

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

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 juizes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

Art. 3º São vedadas a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço com empresa que tenha entre seus empregados cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juizes vinculados ao respectivo Tribunal contratante.

Art. 4º O nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma do artigo 2º.

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

Parágrafo único Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.

Art. 6º O Conselho Nacional de Justiça, em cento e oitenta dias, com base nas informações colhidas pela Comissão de Estatística, analisará a relação entre cargos de provimento efetivo e cargos de provimento em comissão, em todos os Tribunais, visando à elaboração de políticas que privilegiem mecanismos de acesso ao serviço público baseados em processos objetivos de aferição de mérito.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro NELSON JOBIM