

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DIOGO LUIZ

**SÚMULA VINCULANTE Nº 13 E A VEDAÇÃO AO NEPOTISMO
PELOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

CURITIBA

2010

DIOGO LUIZ

**SÚMULA VINCULANTE Nº 13 E A VEDAÇÃO AO NEPOTISMO
PELOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia,
Pesquisa e Extensão como requisito parcial à
conclusão do curso de Bacharelado em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná

Orientador: Prof. Doutor Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

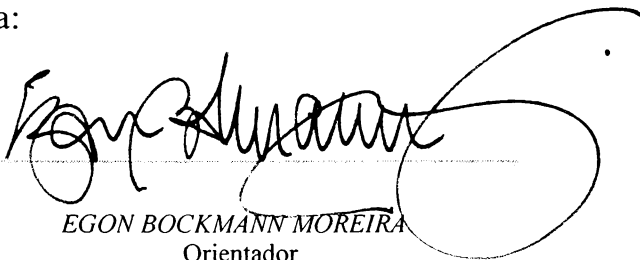
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

DIOGO LUIZ

Súmula Vinculante nº13 e a vedação ao nepotismo pelos princípios constitucionais

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EGON BOCKMANN MOREIRA
Orientador



RODRIGO LUÍS KANAYAMA
Primeiro Membro



ALEXANDRE DITZEL FARACO
Segundo Membro

.

Dedico este trabalho aos meus pais, Julio e Darlene, e ao meu irmão, Fábio, por estarem sempre ao meu lado, nesta e em outras caminhadas.

AGRADECIMENTOS

Aos professores, pelos momentos de aprendizagem proporcionados ao longo dos últimos cinco anos e, especialmente, ao Professor Egon Bockmann Moreira, pela atenção e paciência que tanto contribuíram para o resultado alcançado nessa monografia.

Aos amigos, companheiros nessa jornada que, agora vejo, é pequena se comparada aos laços de afeto por nós construídos e solidificados durante seu percurso.

A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram para minha formação acadêmica e para este trabalho.

•

“É preciso estudar as misérias dos homens,
incluindo entre essas misérias as idéias que eles
têm quanto aos meios para combatê-las.”

(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

A origem do termo *nepotismo* remete à Idade Média, mas a prática que denota não se restringe a esse período histórico. Por influência dos povos ibéricos colonizadores, o brasileiro está predisposto à prática desses atos, argumento que encontra amparo na clássica obra de Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, bem como na análise histórica do país, em que os cargos e funções públicas quase sempre são tratados como *res* pessoal. A Súmula Vinculante nº 13 surge com o intuito de frear essa prática e, para tanto, adota um conceito estrito de *nepotismo*. Todavia, a referida súmula encontra os primeiros opositores já no que tange à sua regularidade formal, mormente no que se refere aos precedentes jurisprudenciais e à norma jurídica em que se ampara. Certo é que a vedação ao nepotismo é norma que decorre do texto constitucional, especificamente dos princípios da legalidade em sentido amplo (juridicidade), moralidade administrativa, impessoalidade e eficiência, motivo pelo qual tal prática não se coaduna com o ordenamento jurídico. Para alcançar a vedação concretizada na Súmula Vinculante nº 13, o Supremo Tribunal Federal realizou opções que não encontram unanimidade na doutrina, tal como a prevalência do princípio da impessoalidade em relação ao grau de parentesco constante do Código Civil, resultando numa maior restrição na nomeação; a inaplicabilidade da vedação ao nepotismo aos agentes políticos; o impedimento de nomear restrito à mesma pessoa jurídica; bem como a questão da confiança como elemento dos cargos em comissão e das funções gratificadas, que seria administrativa, e não pessoal. Ainda que de aplicabilidade ampla, a Súmula Vinculante não está isenta de críticas, mostrando-se insuficiente em seu enunciado, haja vista a riqueza que a realidade fática pode apresentar.

Palavras-chave: nepotismo, súmula vinculante, princípios constitucionais administrativos, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The origin of the word *nepotism* refers to the Middle Ages, but its practice is not restricted to this historical period. Influenced by the Iberian settlers, Brazilians are predisposed to practice these acts, an argument that is supported in one of Sérgio Buarque de Holanda's classic works, *Raízes do Brasil*, as well as in the historical analysis of this country, where the office positions and public functions are almost always treated as personal *res*. The Stare Decisis nº 13 comes up in order to stop this practice and, therefore, adopts a narrow concept of *nepotism*. However, the referred docket faces its first opponents in terms of its formal regularity, particularly regarding previous jurisprudence and the rule of law in which it relies on. It is certain that the nepotism seal is the rule that stems from the constitutional text, specifically from the principles of legality in a broad sense (Legality), administrative morality, impartiality and efficiency, reason why this practice is inconsistent with the law. To achieve the seal accomplished in the Stare Decisis nº 13, the Supremo Tribunal Federal provided options that are not unanimous in such doctrine, such as the prevalence of the impersonality principle regarding the degree of kinship constant in the Civil Code, resulting in a greater restriction on the appointment; the inapplicability to the nepotism seal on political agents; the impediment to restrictly appoint the same legal person; as well as trust as an element of the positions in commission positions and gratified ones, that are administrative, and not personal. Despite the broad applicability, the Stare Decisis is not free from criticism, being insufficient in its statement, considering the richness that reality can present.

Keywords: nepotism, stare decisis, constitutional principles of administration, the Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - NEPOTISMO	12
1. As origens do termo e da prática: a marca medieval impressa num hábito secular	12
2. A formação do perfil brasileiro e sua predisposição ao nepotismo a partir da obra de Sérgio Buarque de Holanda	14
3. Breve notícia histórica do nepotismo no Brasil	18
4. Das diferentes acepções da palavra	21
5. O conceito de Nepotismo na Súmula Vinculante nº 13	24
CAPÍTULO II – SÚMULA VINCULANTE	27
1. O surgimento do instituto no Direito brasileiro e seus requisitos	27
2. Do efeito vinculante	29
3. Análise formal da Súmula Vinculante nº 13	30
4. Possíveis críticas à formalidade da Súmula Vinculante nº 13	32
CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE VEDAM O NEPOTISMO	37
1. Legalidade e Juridicidade	38
1.1. <i>Legalidade e Nepotismo</i>	40
2. Moralidade Administrativa	43
2.1. <i>Moralidade Administrativa e Nepotismo</i>	45
3. Impessoalidade e os reflexos na Isonomia e Igualdade	47
3.1. <i>Impessoalidade e Nepotismo</i>	49
4. Eficiência	51
4.1. <i>Eficiência e Nepotismo</i>	54
CAPÍTULO IV – APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13	56
1. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive [...]	56
1.1. <i>Quanto ao grau de parentesco</i>	57
2. [...] da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, [...]	59
2.1. <i>Autoridade nomeante: a questão do servidor público e do agente político</i>	59
2.2. <i>[... da mesma pessoa jurídica...]</i>	63
3. [...] para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada [...]	64
3.1. <i>A questão da “confiança”</i>	66
4. [...] na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, [...]	68
5. [...] compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, [...]	68
6. [...] viola a Constituição Federal.	69
7. Insuficiência do enunciado	70
CONCLUSÃO	73
BIBLIOGRAFIA	76

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo estudar a prática do nepotismo, desde os indícios apresentados pela narrativa histórica, passando pela sua consagração na Idade Média, até os dias atuais, em que assumiu a forma do favorecimento de familiares no provimento de cargos e funções públicas. A pertinência do tema à ciência do Direito pouco tem sido analisada pela doutrina, não obstante sua especial relevância na história da Administração Pública brasileira e da ainda controvertida decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) consubstanciada na Súmula Vinculante nº 13. E por esse motivo, procuraremos esclarecer como a Constituição da República promulgada em 1988 contém efetiva vedação a essa prática, mormente pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Para tanto, iniciaremos nossa pesquisa procurando esclarecer o conceito de nepotismo (ou aquilo que se entendeu por “nepotismo” no decorrer da história), a predisposição histórica do povo brasileiro à sua prática, chegando ao advento da referida súmula, editada pelo STF e publicada aos 29 dias do mês de agosto do ano de 2008. Após, trataremos de maneira breve o instituto da Súmula Vinculante, ou seja, seu surgimento no Direito pátrio, seu principal efeito (a força vinculante) e a adequação formal da décima terceira súmula aos requisitos constitucionais.

Após essas noções introdutórias, trataremos mais especificamente dos princípios constitucionais presentes no *caput* do art. 37 a que se fez menção acima, os quais, seja conjunta ou separadamente, proíbem a prática do nepotismo por aqueles que atuam em nome do Estado Democrático de Direito. Por fim, trataremos da aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13, procurando distinguir e esclarecer em quais casos o nepotismo é configurado para os fins por ela pretendidos.

É interessante notar que, mesmo após a edição da Súmula objeto do presente estudo, poucos foram os autores que se dedicaram com afinco ao tema do nepotismo. No intento de prestar singela colaboração a esse cenário, imbuímo-nos da tarefa de investigar os fundamentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tanto teórica quanto jurisprudencialmente, sem prejuízo de observarmos as críticas feitas pela ínfima, porém valiosa parte da doutrina que se dispôs a tratar do tema, de modo a facilitar sua compreensão numa perspectiva jurídica.

Creemos ser de especial importância a decisão do STF principalmente pela inércia do Legislativo, que reluta em regular essa prática, e pela necessidade de garantir a uniformidade de decisões sobre a matéria, haja vista que a controvérsia implantada (ainda viva no campo doutrinário) encontra fundamento em dispositivos da própria Constituição (art. 37, II e V), que estariam a permitir a prática aqui analisada, ainda que confrontados com os princípios constitucionais.

É a partir desse cenário, erigido sob proposições, críticas e divergências doutrinárias, mas também sob os fortes argumentos do Tribunal que tem o dever de “guardar a Constituição”, que propomos a análise do *nepotismo*.

CAPÍTULO I - NEPOTISMO

1. As origens do termo e da prática: a marca medieval impressa num hábito secular

A história nos narra que o termo *nepotismo* surgiu no final da Idade Média, por volta dos séculos XV e XVI, no contexto do Renascimento. Desde sua consagração, teve seu sentido semântico original adequado às diversas práticas de favorecimento na ocupação de cargos destinados ao exercício de “funções públicas”. Não obstante às mutações conceituais sofridas, um núcleo fundamental (formado por duas premissas) fora conservado: a existência de um agente no exercício de uma função voltada à satisfação de necessidades públicas e com poderes para nomear (autoridade), e o favorecimento de outrem em virtude de relações pessoais com o agente nomeante.

Etimologicamente, o termo híbrido deriva do baixo latim eclesiástico, *nepos* e *nepotis*, que significam *neto* e *sobrinho*, respectivamente - e que, por extensão do sentido, passaram a designar qualquer dos *descendentes* - e do sufixo nominal grego *ismo*, o qual denota *prática*, *ato* ou *resultado*. Assim, *nepotismo* é originariamente termo adotado para designar as relações de concessão de privilégios (títulos e bens materiais) entre o Papa e seus familiares¹.

Há quem defenda a tese de que, por tais práticas, os papas pretendiam distribuir entre seus *filhos naturais*, eufemisticamente chamados de *sobrinhos*², os poderes e principados que lhe eram confiados. Por outro lado, é sabido que, na Idade Média, a administração da Igreja Católica invariavelmente era envolta por intrigas e rivalidades, razão pela qual o chefe da Igreja católica sentia necessidade em ser cercado por pessoas de sua confiança, justificando tal prática³. Sem

¹ Nesse sentido: *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa* - Versão multiusuário 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva LTDA, 2003; PIMENTA, E. Órsi. *Dicionário Brasileiro de política*. Belo Horizonte: Lê, 1982, p. 109; *MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 1450; AIKIN, Charles. Nepotismo (Nepotism). In: *Dicionário de ciências sociais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1987, p. 815; FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa, século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 2127.

² WHITE, L. D. Spoils system. In: SELIGMAN, E. R. A. (org.). *Encyclopedia of the social sciences*. New York: Macmillan, 1934, v. XIV, p. 302, *apud* AIKIN, *op. cit.*, p. 22.

³ PIMENTA, E. Órsi. *Dicionário Brasileiro de política*. Belo Horizonte: Lê, 1982, p. 109.

embargos da ocorrência ou não de prole papal, ou ainda, das suspeitas que circundavam a administração eclesiástica, é certo que, cedendo aos familiares títulos e bens materiais, os pontífices mantinham no âmbito familiar parcela dos poderes, prerrogativas, privilégios e riquezas de que dispunham socialmente em razão da autoridade católica que personificavam⁴.

Todavia, ao contrário do que ocorre em relação ao termo, **a prática** do nepotismo em si não nos remete (e tampouco se restringe) a um período específico da história. Leciona Marcos Botelho⁵ que desde a Roma dos cézares havia a distribuição de favores e empregos aos protegidos dos líderes vitoriosos; igualmente, no Império romano era hábito que os *curiales* nomeassem seus filhos ou parentes para o exercício de funções municipais. Diógenes Gasparini afirma que na Itália Renascentista, além dos sobrinhos do Papa, comumente eram nomeados familiares dos titulares do poder público para ocupar postos militares e políticos de alta relevância. Conclui o autor que na Renascença:

A prática foi ampliada e as nomeações não se subsumiam mais aos parentes próximos da autoridade com poder para nomear. Nepotismo passou, então, a significar, também, as nomeações de **amigos e pessoas influentes da sociedade** e acabou por alcançar outros fatores conferidos a parentes e amigos pela autoridade pública (grifos nossos)⁶

Outros autores remetem a prática de favorecimento de familiares a tempos imemoriais. Conforme relatam Luiz Alberto dos Santos e Regina Luna dos Santos Cardoso⁷, as origens do nepotismo guardam relações íntimas com o surgimento do Estado, ainda em sua forma primitiva de organização social, cujo exemplo é a sociedade fundada numa estrutura monárquica de poder, na qual são indissociáveis as idéias de exercício do poder político da pessoa do monarca, em prejuízo da meritocracia no acesso a funções públicas.

Cármem Lúcia Antunes Rocha afirma que já na Antiguidade, desde os Faraós e os Césares, perpassando pela Idade Média até o Estado Moderno, o

⁴ Nesse sentido: ANTONIO, Alice Barroso de. O Nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*. Belo Horizonte, ano 10, n. 31, p. 63.

⁵ BOTELHO, Marcos. Pistolão. In: *Dicionário de ciências sociais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1987, p. 896.

⁶ GASPARINI, Nepotismo político. In: Luis Manuel Fonseca Pires; Maurício Zockun; Renata Porto Adri (coord.) *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 73.

⁷ Apud XAVIER, Samara. Cargo em comissão: uma abordagem histórica e contemporânea do provimento de confiança na Administração Pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 8, nº 90, 2008, p.71.

exercício do Poder era questão particular de quem ocupava seus cargos. Isso porque teorias de direito privado explicavam a natureza do território do Estado, que passava a ser visto como patrimônio pessoal do monarca, e não do povo⁸. O Estado Moderno tenta quebrar esse paradigma afirmando uma politização laica do Poder, que passa a ser Público. Todavia, essa quebra de paradigma não foi completa, havendo ainda hoje a preocupação com a impessoalidade e neutralidade no exercício do Poder⁹.

Feita esse incursão inicial no tema, tendo sido apontadas as origens do vocábulo bem como alguns momentos históricos que nos permitem vislumbrar indícios daquilo que hoje se entende por nepotismo, necessário se faz desvendar em que momento a prática foi adotada no Brasil.

2. A formação do perfil brasileiro e sua predisposição ao nepotismo a partir da obra de Sérgio Buarque de Holanda

Assim como a **prática** do nepotismo nos remete a tempos imemoriais do Velho Mundo, no Brasil não haverá fuga à regra. O relato histórico nos informa que os povos ibéricos exerceram grande influência sobre a colônia portuguesa, moldando um perfil propício à proliferação de atos nepotistas.

Sérgio Buarque de Holanda afirma em sua clássica obra *Raízes do Brasil*, que a confusão aqui havida entre público e privado decorre de caracteres e práticas anteriores à própria formação do povo brasileiro, pois trazidos à América pelos europeus colonizadores, sobretudo portugueses e espanhóis. Segundo os ensinamentos do ilustre professor, os povos ibéricos caracterizavam-se por possuírem alguns traços sociais que acabaram por exercer forte influência sobre nós. O primeiro deles é a **estrutura social frouxa**, ou seja, uma sociedade na qual inexistia organização hierárquica¹⁰, resultando disso uma **exaltação ao prestígio**

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 159.

⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁰ Segundo o autor, "Toda hierarquia funda-se necessariamente em privilégios. E a verdade é que, bem antes de triunfarem no mundo as chamadas idéias revolucionárias, portugueses e espanhóis parecem ter sentido vivamente a irracionalidade específica, a injustiça social de certos privilégios,

peçoal. Igualmente, a **moral do trabalho** sempre fora elemento raro entre os ibéricos, sendo precárias as idéias de **solidariedade** naqueles povos. Contudo, paradoxalmente a externalização de um repúdio a regimes de privilégios, alerta o autor pela existência de uma espécie de solidariedade que se mostrava onde havia “[...] vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse – no recinto doméstico ou entre amigos”¹¹, deflagrando uma forte tendência à prática do nepotismo.

Tem-se, pois, que tanto o personalismo quanto o repúdio aos privilégios concedidos a uma minoria são relativos, na medida em que são aceitos quando voltados à satisfação de interesses egoísticos daqueles que anteriormente os repudiavam. Prova disso está impressa naquela que é considerada a “certidão de nascimento” do Brasil: a carta de Pero Vaz de Caminha a El-Rei D. Manuel I, informando o descobrimento das terras novas. Consta do parágrafo final da referida carta a solicitação de um singelo favor:

E, pois, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer cousa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – o que dela receberei em muita mercê¹².

Foi nesse estágio de desenvolvimento dos povos ibéricos que os portugueses chegaram ao Brasil e, mais, trouxeram consigo toda essa “bagagem” social, inclusive os *nepotis* - ou, melhor dizendo, ao menos um sogro obsequioso.

Mas outros atributos contribuíram para a formação do caráter brasileiro. De fundamental relevância foi a prevalência do tipo ideal do homem *aventureiro* sobre o *trabalhador*. Nos dizeres de Sérgio Buarque de Holanda:

[...] [O aventureiro] ignora as fronteiras. No mundo tudo se apresenta a ele em generosa amplitude e, onde quer que se erija um obstáculo a seus propósitos ambiciosos, sabe transformar esse obstáculo em trampolim. Vive dos espaços ilimitados, dos projetos vastos, dos horizontes distantes. O trabalhador, ao contrário, é aquele que enxerga primeiro a dificuldade a vencer, não o triunfo a alcançar. O esforço lento, pouco compensador e persistente, que, no entanto, mede todas as possibilidades de desperdício e sabe tirar o máximo proveito do insignificante, tem sentido bem nítido pra

sobretudo dos privilégios hereditários” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 35)

¹¹ HOLANDA, *idem*, p. 39.

¹² *Apud* BOTELHO, *op. cit.*, p. 896.

ele. Seu campo visual é naturalmente restrito. A parte maior do que o todo¹³.

O ambiente hostil encontrado na América pelos exploradores europeus era favorável ao triunfo dos desbravadores. E assim ocorreu. Prevaleceu o espírito aventureiro, e com ele a ânsia por prosperidade sem custo, títulos honoríficos, riqueza fácil¹⁴, ou seja, toda sorte de pretensões alimentadas pela necessidade de ter reconhecido o prestígio pessoal.

A exaltação do prestígio pessoal, o individualismo, o sentimento de solidariedade restrito à família e aos amigos, a ambição própria do homem aventureiro, enfim, as peculiaridades dos povos ibéricos foram incorporadas e determinantes na formação do caráter brasileiro, enquadrado no tipo ideal weberiano do “**homem cordial**”. Segundo Holanda, somadas às demais características herdadas dos povos ibéricos, são marcantes no *homem cordial* a *sociabilidade aparente* e o *individualismo*. “A lhanza no trato, a hospitalidade, a generosidade, [...] representam, com efeito, um traço definitivo do caráter brasileiro [...]”, ditado por uma **ética de fundo emotivo** rico e transbordante, mas que representa um disfarce para a manutenção da supremacia individual ante o social¹⁵.

Da congruência entre esses valores, e principalmente da necessidade de se sobrepor ao corpo social somada à “solidariedade relativa”, decorre a dificuldade na dissociação entre as esferas familiar e estatal, isto é, entre aquilo que se tem individualmente e o que lhe é atribuído (ou confiado) em nome do corpo social, resultando, inexoravelmente, no desrespeito à coisa pública. Tal confusão decorre, em princípio, pela equivocada associação do Estado à família, como se fossem entes de uma mesma linhagem. Ao contrário, são conceitos que se contrapõem.

Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição. A indistinção fundamental entre as duas formas é prejuízo romântico que teve os seus adeptos mais entusiastas durante o século XIX. De acordo com esses doutrinadores, o estado e suas instituições descenderiam em linha reta, e por simples evolução, da família. A verdade, bem outra, é que pertencem a ordens diferentes em essência. Só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade. Há nesse fato um triunfo do geral sobre o particular, do intelectual sobre o material, do abstrato sobre o corpóreo e não uma depuração sucessiva, uma

¹³ HOLANDA, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴ *Idem*, p. 46.

¹⁵ *Idem*, p. 146-147.

espiritualização de formas mais naturais e rudimentares, uma procissão das hipóstases, para falar como na filosofia alexandrina. A ordem familiar, em sua forma pura, é abolida por uma transcendência¹⁶.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Sérgio Buarque de Holanda, o homem cordial posto a serviço do Estado tende a gerir o público como se privado fosse. Adotando a teoria de Max Weber, o autor aponta a existência de dois tipos ideais de detentores de posições públicas. de responsabilidade: o **funcionário “patrimonial”** e o **puro burocrata**. O primeiro, de especial relevância para o presente estudo, gere a coisa pública como se fosse de seu interesse particular, dispondo das funções, empregos e benefícios como bem lhe aprouver, prescindindo de interesses objetivamente estabelecidos, como deveria ocorrer num Estado burocrático fundado na especialização das funções e nas garantias jurídicas dos cidadãos. Assim, “a escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias”¹⁷. A impessoalidade que é própria do Estado burocrático resta suprimida, dessa forma. Conforme esclarece Holanda:

No Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade¹⁸.

Tanto sob o viés sociológico quanto pelo histórico vê-se a predisposição do “cordial” homem brasileiro à prática de atos de proteção e concessão de privilégios a familiares e amigos. Além, nota-se que fatores externos aos povos americanos em formação, mas intrínsecos aos dominadores europeus, já predispunham à aceitação (ou pelo menos à possibilidade intimamente cogitada) de se praticar atos de favorecimento de apaniguados. Tanto é assim que pontos nodais de nossa história relatam a concretização da tendência de perpetuação da idéia de poder do Estado como *res* pessoal.

¹⁶ *Idem*, p. 141.

¹⁷ *Idem*, p. 146.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

3. Breve notícia histórica do nepotismo no Brasil

Recomenda o bom senso que o tema deva ser tratado sob diferentes perspectivas tendo em vista o momento histórico a que se presta a análise, mesmo porque o Brasil já adotou diferentes modelos de Administração Pública. Conforme leciona Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, na trajetória do Estado de Direito a Administração Pública passou pelos **estágios patrimonialista, burocrático e gerencial**¹⁹. No primeiro momento, o Brasil era colônia portuguesa e, conseqüentemente, a Administração Pública figurava como patrimônio do rei, que dispunha dela a seu bel prazer, notadamente por meio da distribuição de benesses entre seus parentes e pessoas de confiança. Pode-se afirmar, assim, que o nepotismo é espólio da Administração Pública patrimonialista.

A doutrina nos relata que no período colonial a posse em cargos públicos enobrecia seus detentores sem os estereotipar como funcionários públicos, motivo pelo qual mantinham uma imagem socialmente desvinculada de qualquer relação de representação do Estado. Após receberem atribuições de ordem pública por meio de delegações do rei, os beneficiados poderiam transferir parcela de seus poderes a terceiros, “[...] provendo cargos de justiça e milícia – dentro dos limites da sua carta de nomeação”²⁰. Obviamente, formou-se uma elite em torno dos cargos públicos e, mais uma vez, a confusão entre público e privado, entre funcionário patrimonial e puro burocrata, mostrou-se latente. Raymundo Faoro relata que:

O agente do rei relutará em definir-se como funcionário puro, abandonando as atribuições mal discriminadas de representante patrimonial. [...] Os funcionários coloniais, apenas no século XVIII, persuadiram-se a extremar suas funções do exercício das atividades lucrativas e particulares. Somente com o decurso do tempo, e com a especialização que o exercício das tarefas administrativas confeririam, somente com o concurso dessas circunstâncias se definiria a distância entre os interesses pessoais e a objetividade impessoal do cargo.²¹

¹⁹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O fim do nepotismo no Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça e a evolução do Estado de Direito*. Clubjus, Brasília, DF: 02 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.16947>, acesso em 07/09/2010.

²⁰ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro* – Volume I. São Paulo: Globo, 1958, p. 93.

²¹ FAORO, *op. cit.*, p. 94.

O interesse público era aquele que o senhor ou grupo de senhores detentores do poder dizia ser, gerando uma idéia ilusória de participação popular e fazendo surgir os contornos de um Estado antes mesmo do surgimento de uma sociedade. Povo e Estado não se reconheciam, pois eram estranhos um aos olhos do outro²².

No Império, houve a preocupação por parte de D. Pedro, mediante o uso do Poder Moderador, em reaparelhar o Estado, realizando-o por golpes de leis e decretos, destacando-se a reforma do organismo judiciário. Contudo, pouco ou nada foi feito em relação à distribuição de empregos públicos que nobilitavam parentes e amigos, pois permaneceram os mesmos moldes do período colonial²³. Segundo Richard Graham, a prática do nepotismo era tanta, que sua ausência poderia levar a ruína famílias e Estado. Nas palavras do autor:

[...] de 1840 a 1889, durante o reinado de Pedro II, a ascensão e queda de famílias, clãs e partidos dependeu da distribuição habilidosa de cargos públicos, proteção e favorecimento em troca de lealdade política e pessoal. O poder de obter cargos oficiais para seus partidários ajudava a expandir o círculo do potentado²⁴.

Com a proclamação da República, em 1889, a Administração Pública passa a ser o meio **burocrático** (segundo estágio administrativo) legítimo à satisfação dos interesses dos que detinham o poder, mostrando-se como extensão da casa e da família do agente. “O coronelismo que se fez presente nas primeiras fases da história republicana enfatizou o nepotismo e fortaleceu o personalismo e o paternalismo do Poder”, instaurando o que Carmen Lúcia Antunes Rocha ironicamente chamou de “parentelismo”²⁵. Ainda nesse período criaram-se os cargos de provimento comissionado, possibilitando sua ocupação por pessoas vinculadas ao agente nomeante e por ele escolhidas²⁶.

O **modelo gerencial** de Administração Pública surgiu com a pretensa reforma do Estado (pela Emenda Constitucional nº 5/1995) mediante a extinção da chamada ‘Administração burocrática’ e a implementação de um sistema de *racionalidade administrativa* segundo fins. Tal pretensão resultava da constatação

²² ROCHA, *op. cit.*, p. 160-161.

²³ FAORO, *op. cit.*, p. 147.

²⁴ Citado em: RIBEIRO, Paulo Roberto Rios. *As fronteiras mal demarcadas do público e do privado no Brasil: a prática do nepotismo na administração pública brasileira*. Disponível em: <http://www.outrostempos.uema.br/artigopaulo.htm>, acesso em 07/09/2010.

²⁵ ROCHA, *op. cit.*, p. 162.

²⁶ *Idem*, p. 163.

de que o aumento das dimensões do Estado-Administração frustrava a racionalidade instrumental do modelo burocrático. Pretendia-se, entre outras coisas, a superação do modelo burocrático pela descentralização estatal²⁷.

A Constituição de 1988, envolta por um sentimento popular de igualdade e democracia, pretendeu romper com o patrimonialismo até então vigente, fundamentando o princípio republicano, sobretudo, na idéia de abolição de privilégios e no reconhecimento da existência de interesses coletivos²⁸. Ocorre que foram mantidas condições de sustentação da tão arraigada prática administrativa. Atualmente, o fundamento jurídico utilizado por quem nomeia entes da própria família para ocupar cargo em comissão ou função gratificada na Administração Pública encontra amparo constitucional no art. 37, incisos II e V. Assim, sob o argumento de que a Lei Maior permitiria a nomeação de familiares aos cargos que a lei declare de livre nomeação e exoneração (cargos de confiança), inúmeros detentores de cargos públicos se vêem no direito de praticar atos de nepotismo. Nesse cenário, essa prática foi tão amplamente difundida no Brasil que chega a ganhar ares de instituição²⁹.

Assim, reconhecendo que o presente trabalho não tem como escopo a análise sociológica ou historiográfica pormenorizada, mas também reconhecendo o auxílio que breves incursões nessas áreas podem proporcionar à compreensão do tema, é de se concluir que no berço da história brasileira já repousavam indícios e condições inafastáveis para a disseminação da prática de favorecimento de protegidos dos detentores de poderes públicos que, ainda nos dias de hoje, insiste em perdurar.

No entanto, como é de se notar, as remições históricas são feitas sempre a partir de um conceito deveras amplo daquilo que se considera nepotismo (abrangendo todo aquele que tenha a preferência do detentor do poder). Logo, é pressuposto de compreensão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) um conceito determinado de nepotismo. Para se chegar a tanto, passaremos a incursionar sobre tal conceito no tópico que se segue.

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2ª ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 157.

²⁸ WERNECK, Augusto. *República, Democracia e os Princípios Constitucionais da Administração Pública: o caso do nepotismo e a "permanência do patrimonialismo"*. Disponível em: http://www.cedes.iesp.uerj.br/.../republica%20e%20impessoalidade_augusto%20werneck.pdf, acesso em 07/09/2010.

²⁹ Nesse sentido: GARCIA, Emerson. *O nepotismo*. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos910/o-nepotismo/o-nepotismo.shtml>, acesso em 07/09/2010.

4. Das diferentes acepções da palavra

O termo em estudo denota diferentes significados, variando de acordo com um conteúdo ora mais ou menos abrangente. Há diferentes acepções - sejam as formuladas pelos estudiosos, sejam as incorporadas pelo senso comum - que buscam esclarecer e impor um sentido à palavra *nepotismo*. Cumpre-nos, pois, analisarmos alguns desses sentidos, para, após, tratarmos daquele previsto pela Súmula Vinculante nº 13.

Os dicionários da língua portuguesa³⁰, via de regra, trazem como primeira acepção a *autoridade exercida pelos sobrinhos ou demais parentes do papa na administração eclesiástica*, em prestígio à referência histórica, e em seguida apresentam definições de menor rigor técnico, porém mais abrangentes, tais como o *favoritismo* para com parentes de governantes e funcionários públicos, independentemente das aptidões daqueles.

Nota-se que na acepção original do termo, no Medievo, não se fazia qualquer menção à capacidade do nomeado, ao passo que as definições atuais assim o fazem para afastar a necessidade de sua aferição. “Teríamos, portanto”, como afirma Rodrigo Andreotti Musetti, “dois significados aparentes para a palavra *nepotismo*, um originário da práxis papal, na Itália, e outro secundário, atribuído por extensão generalizada”³¹.

Entendemos, todavia, de maior valia para o presente estudo os conceitos encontrados em obras dedicadas especificamente à Ciência Política, às Ciências Sociais e ao Direito. Vejamos inicialmente a definição trazida pelo *Dicionário de ciências sociais*, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, que assim dispõe no verbete *nepotismo*:

³⁰ Por exemplo: *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa* - Versão multiusuário 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva LTDA, 2003; *MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 1450; FERREIRA, *op. cit.*, p. 2127.

³¹ MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública*. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/786/O__NEPOTISMO_LEGAL_E_MORAL__NOS_CARGOS_EM_COMISSAO_DA_ADMINISTRACAO__PUBLICA, acessado em 21/08/2010.

A. Nepotismo é a prática pela qual a autoridade pública nomeia um ou mais parentes próximos para o serviço público ou lhes confere outros favores, a fim de promover o prestígio da família, aumentar a renda da família ou ajudar a **montar uma máquina política**, em lugar de cuidar da promoção do bem-estar público. O **aspecto familiar** distingue nepotismo dos termos mais amplos, porém intimamente relacionados, pistolão e empreguismo (grifos nossos)³².

Implicitamente, tem-se que o favorecimento decorrente da nomeação ou da prestação de *outros favores*³³ é **indevido**, resultando pura e simplesmente da existência dos laços de parentesco³⁴. Ainda, o conceito acima abrange os intuitos políticos a que se prestam os favores. Assim, a nomeação de parentes para ocuparem cargos de natureza eminentemente política estaria abrangida por esse conceito, configurando ato de nepotismo. Ocorre que tal hipótese foi afastada por um dos precedentes da Súmula Vinculante nº 13 do STF, não sendo válido esse conceito em sua plenitude, pelo menos para os fins a que se presta o presente estudo³⁵.

O entendimento de Gianfranco Pasquino, externado em célebre obra coletiva, é de que o *nepotismo* se enquadra em espécie do gênero *corrupção*, consistindo na prática pela qual um funcionário público concede “[...] empregos ou contratos públicos baseado não no mérito, mas nas relações de parentela [...]”, e que acaba por violar padrões normativos do sistema, influenciando as decisões públicas e favorecendo interesses particulares³⁶. Trata-se, ainda segundo o entendimento dos autores, de recompensa dada em razão de comportamento favorável aos interesses do corruptor.

Para os autores italianos haveria três momentos nos quais a prática de atos de corrupção mostrar-se-ia propícia: I) na elaboração das decisões; II) na aplicação das normas e; III) na aplicação da lei contra os transgressores³⁷. A nosso ver, o nepotismo poderia amoldar-se aos três momentos. Na primeira hipótese, o nepotismo se mostraria como a tentativa de obtenção de um acesso privilegiado daquele que se pretende beneficiar; na segunda, pela aplicação favorável de normas

³² AIKIN, *op. cit.*, p.815.

³³ Por exemplo, a celebração de contratos públicos nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

³⁴ Nesse sentido é o entendimento de ROBERTS, Geoffrey Keith. *Dicionário de análise política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972, p.157.

³⁵ Retornaremos esse assunto mais detalhadamente adiante (vide Capítulo IV, item 2.1).

³⁶ BOBBIO, Norberto (*et alii*). *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. Varriale (*et alii*). Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: Linha Gráfica Editora, 1991, p. 291-292.

³⁷ BOBBIO, *op. cit.*, p. 292.

vagas, cujo conteúdo seja indeterminado ou controverso³⁸ e; na terceira, pela negativa de submissão às sanções previstas sob a proteção de agente público influente.

Tomando-o como espécie do gênero corrupção, não haveria por que afastar do seu âmbito os atos praticados por agentes políticos, posto que estes também podem praticar tais atos. Todavia, pensamos que a controvérsia residiria na aplicabilidade indiscriminada dos princípios administrativos (*padrões normativos do sistema*) à nomeação dos agentes políticos, tema a que se retornará adiante.

Ainda, tomemos o conceito formulado por Cármen Lúcia Antunes Rocha, segundo a qual se designa nepotismo “a conduta havida na Administração do Estado, pela qual agentes públicos, valendo-se dos cargos por eles ocupados, concedem favores e benefícios pessoais a seus parentes e **amigos** (grifos nossos)”³⁹. A partir dessa definição, nota-se uma tendência conceitual ampliativa, que contempla situações outras não restritas ao parentesco com o agente nomeante. Justifica-se tal ampliação pelo fato de que:

[...] tão imoral quanto nomear, sem prévia aprovação em concurso público, um parente (pai, mãe, irmão, tio, sobrinho), é nomear um amigo de infância, um vizinho, um ex-colega de trabalho, enfim, uma pessoa qualquer com quem se guarda algum tipo de relação de natureza pessoal, cuja nomeação possa servir a fins diversos daqueles que se pode razoavelmente entender serem necessários para o atendimento ao fim público da prestação do serviço⁴⁰.

Assim sendo, partindo-se dos conceitos acima apresentados, é possível distinguirmos três sentidos atribuídos ao vocábulo *nepotismo*: um **estrito**, no qual a prática do ato de favorecimento dirige-se a pessoa que possui laços familiares com o agente nomeante (cônjuge, companheiro ou parentes em geral); um **amplo**, no qual o favorecimento não se restringe à família do agente nomeante, ao contrário, estende-se a amigos e/ou outras pessoas que tenham preferência de escolha por parte deste agente; e outro **amplíssimo**, abrangendo, também, a nomeação de agentes políticos.

³⁸ Por exemplo, a “função de confiança” prevista no inciso V, art. 37, da CR/88, que enseja a nomeação de parentes sobre o argumento de que o agente nomeante detém *confiança* pessoal neste, gerando a discussão acerca da natureza da “confiança”, se pessoal ou administrativa.

³⁹ ROCHA, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. A súmula vinculante nº 13 e a vedação de contratação de parentes. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XII, nº 280, 15 de setembro de 2008, p. 30.

A nosso ver, a importância da discussão acerca do conteúdo conceitual de *nepotismo* está no âmbito de sua aplicação, ou seja, na adequação conceitual daquilo que há tempos os doutrinadores têm entendido por *nepotismo* ao entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal ou, melhor dizendo, ao conceito proibitório que se diz estar previsto no próprio texto constitucional. Portanto, não obstante os variados sentidos que o termo possa ter, importa-nos aquele fixado pela súmula vinculante nº 13.

5. O conceito de Nepotismo na Súmula Vinculante nº 13

Afora a busca por uma determinação conceitual baseada em estudos doutrinários de áreas do conhecimento científico e da pesquisa histórica, não há na legislação brasileira (ou pelo menos não havia) previsão expressa do que seja considerado nepotismo. Há sim vedações à ocupação de cargos em decorrência de laços de parentesco⁴¹. No entanto, tais vedações mostravam-se insuficientes, pois dirigidas a determinados entes federativos ou classes de indivíduos, inexistindo previsão pormenorizada aplicável uniformemente no território nacional⁴². Nesse contexto, diversas lides foram levadas ao Judiciário tendo como escopo a definição do âmbito de proibição previsto em normas infraconstitucionais e sua adequação ao regime constitucional. E, em decorrência da controvérsia que se implantou, coube ao STF definir através da interpretação constitucional a incompatibilidade e a abrangência do nepotismo com o sistema republicano, entendimento esse que restou consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13.

Da proposta embrionária formulada pelo Ministro Ricardo Lewandowski constava:

⁴¹ Lei nº 8.112/1990, art. 117, VIII; Lei nº 11.415/2006, art. 5º; Lei nº 11.416/2006, art. 6º. Citem-se, também, as revogadas Leis nº 9.421/1996, art. 10, e nº 9.953/2000, art. 22, bem como Resoluções nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça e nº 01/2005 do Conselho Nacional do Ministério Público.

⁴² Florivaldo Dutra de Araújo menciona a Convenção da ONU contra a Corrupção, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 348/2005, pelo qual todos os titulares de cargos públicos estariam obrigados a não utilizarem sua “[...] autoridade oficial para favorecer indevidamente interesses pessoais ou econômicos próprios ou de suas famílias” (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. O nepotismo e os princípios da administração pública. In: Luis Manuel Fonseca Pires; Maurício Zockun; Renata Porto Adri (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 119). Todavia, o STF não fez menção à Convenção em nenhum dos precedentes da Súmula Vinculante nº 13.

A proibição do **nepotismo** na Administração Pública, direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independe de lei, decorrendo diretamente dos princípios contidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal (grifos nossos)⁴³

Assim que apresentada, por sugestão do Ministro Cezar Peluso, a palavra *nepotismo* foi substituída por *nomeação em cargo comissionado ou função de confiança de cônjuge, companheiro ou parente de autoridade nomeada e investida em cargo de direção, chefia ou assessoramento*, tornando explícito o conceito que se pretendia informar. Posteriormente, a proposta foi aperfeiçoada, passando a delimitar com maior precisão o âmbito de vedação da súmula, sem, contudo, retirar-lhe a idéia central.

Percebe-se que o Tribunal optou pelo conceito em **sentido estrito**, acima mencionado, pois somente fez menção à nomeação de cônjuge, companheiro e parentes até o terceiro grau, prescindindo de qualquer outro beneficiado que não tenha relação familiar com o agente nomeante (salvo nos casos de nepotismo cruzado).

Nesse particular, cabe a ressalva feita por Rita Tourinho de que na análise do *nepotismo* - enquanto **fenômeno** presente na prática administrativa - haverá de serem observados dois aspectos para se emitir um juízo de reprovação: um de **natureza objetiva** (consistente na efetiva existência de parentesco existente entre nomeante e nomeado) e outro de natureza **subjativa** (propósito de atender a interesses pessoais)⁴⁴. Restringir o nepotismo apenas ao seu aspecto objetivo pode gerar reprovações desproporcionais e desconformes à decisão do STF.

Por fim, ao enunciado vinculante objeto do presente estudo coube a seguinte redação:

Súmula Vinculante nº 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União,

⁴³ Debates que integram a Ata da 21ª (vigésima primeira) Sessão Ordinária, realizada em 20 de agosto de 2008, DJe nº 214/2008, publicação em 12 de novembro de 2008, p. 20.

⁴⁴ TOURINHO, Rita. *Combate ao nepotismo e a súmula vinculante nº 13: avanço ou retrocesso?* Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/o_combate_ao_nepotismo_e_a_sumula_vinculante_no_13_avanco_ou_retrocesso.pdf, acesso em 07/09/2010, p. 2.

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Tendo em vista as linhas teóricas acerca do conceito e conteúdo de *nepotismo*, passaremos a analisar os limites objetivos e subjetivos do enunciado sumular acima. Todavia, antes de adentrarmos no mérito da questão, é salutar fazermos uma rápida incursão sobre o instituto da *súmula vinculante*, mesmo que sem pretensões de esgotar o tema ou dar-lhe interpretação definitiva.

CAPÍTULO II – SÚMULA VINCULANTE

1. O surgimento do instituto no Direito brasileiro e seus requisitos

A súmula vinculante é instituto ainda relativamente novo na ordem constitucional brasileira⁴⁵. Veio a lume com a chamada Reforma do Poder Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que, entre outras providências, incluiu no texto constitucional o art. 103-A e seus parágrafos. Pela norma constitucional acrescida, atribuiu-se a essas súmulas mais que o caráter persuasivo de que tradicionalmente são dotadas, chegando a dar verdadeira força de lei à decisão do STF.

Em ato assecuratório da segurança jurídica, da igualdade e da celeridade⁴⁶, o constituinte derivado foi buscar inspiração no modelo anglo-saxônico - na figura do *stare decisis et quia non movere*⁴⁷ - no qual as decisões proferidas pela Corte Suprema “são acatadas como regra por todo o sistema judiciário e pela administração pública”⁴⁸. Da Carta Maior assim passou a constar, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, **de ofício ou por provocação**, mediante **decisão de dois terços dos seus membros**, após **reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua **publicação na imprensa oficial**, terá efeito vinculante em relação **aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de **normas determinadas**, acerca das quais haja **controvérsia atual** entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete **grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por **aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade**.

⁴⁵ Até o momento foram editadas 31 (trinta e uma) súmulas vinculantes pelo STF. A trigésima primeira foi publicada no DJe e no DOU em 17/02/2010, sendo que a 30ª (trigésima) teve sua publicação suspensa para uma melhor análise, pois constatado que a redação aprovada poderia abranger situações outras além da pretendida.

⁴⁶ Uniformizando a interpretação e aplicação de normas, evitando o surgimento de decisões contraditórias e, conseqüentemente, acelerando a prestação jurisdicional.

⁴⁷ Na tradução, *mantenha-se a decisão e não perturbe o que foi decidido*.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 533.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá **reclamação** ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (grifos nossos).

O procedimento pormenorizado acerca da aprovação, revisão e cancelamento das súmulas de efeitos vinculantes coube à Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Todavia, é possível se extrair do dispositivo constitucional transcrito os **requisitos formais** essenciais, quais sejam: **I)** aprovação por maioria de 2/3 dos votos do STF (oito votos); **II)** reiteradas decisões do Tribunal acerca do tema; **III)** objetivo de superar controvérsia atual **[IV]** existente sobre validade, interpretação e eficácia de normas determinadas. Depreende-se, portanto, ser instituto que vem a privilegiar entendimento que já tenha sido pacificado na Corte, não se permitindo a edição de súmula fundamentada em decisão isolada.

A Carta Constitucional conferiu **legitimidade** para propor edição, revisão ou cancelamento das referidas súmulas aos mesmos que a detêm para a propositura das ações direta de inconstitucionalidade (ADI) e declaratória de constitucionalidade (ADC)⁴⁹, além do próprio STF (*caput* do art. 103-A). Ocorre que, por expressa previsão constitucional (§ 2º do art. 103-A, da CR/88), autorizou-se o legislador infraconstitucional ampliar esse elenco, o que fez pelo art. 3º da Lei nº 11.417/2006. Foram incluídos, ali, o Defensor Público-Geral da União (inciso VI), os Tribunais (os Superiores, os de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Regionais Federais, os Regionais do Trabalho, os Regionais Eleitorais e os Militares - inciso XI), e, incidentalmente no processo em que seja parte, o Município (§ 1º).

Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, uma vez que esteja em vigência:

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do Direito estar em constante transformação. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, para que elas possam ser adequadas a essas necessidades, também de índole prática⁵⁰.

⁴⁹ Previsão na Constituição de 1988: “**Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 967.

É importante ter a perspectiva de que as súmulas vinculantes têm como fundamento jurídico a solução reiterada de casos concretamente considerados, mas devem versar sobre matéria constitucional de direito, e não de fato, cuja análise caberá ao ente aplicador da regra contida no enunciado sumular⁵¹, podendo até mesmo afastar sua aplicação caso entenda necessário pela conjuntura factual apresentada. “Assim, não raras vezes ter-se-á de recorrer às referências [jurisprudenciais] da súmula para dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado”⁵².

2. Do efeito vinculante

A súmula vinculante conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo STF. Vale dizer, uma vez que tenha sido posta em vigência, a súmula passa a ser de **observância obrigatória** aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta da União, Estados e Municípios⁵³. Todavia, exige-se a publicação na imprensa oficial para que se possa exigir seu cumprimento. Esse requisito é condizente com o efeito esperado, haja vista a *força de lei* imposta ao Judiciário e à Administração, exigindo-se, assim, meio apto a proporcionar o conhecimento da decisão por todos aqueles que lhe devem obediência⁵⁴.

Os efeitos advindos da publicação da súmula - seja pela edição, revisão ou cancelamento - são imediatos, operando efeitos *ex nunc*⁵⁵, tão-somente. Todavia, o art. 4º da Lei nº 11.417/2006 faculta ao STF a modulação dos efeitos temporais para

⁵¹ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula vinculante e a Lei nº 11.417, de 2006: apontamentos para compreensão do tema. *In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, jan./mar. 2007, p. 112.

⁵² MENDES, *op. cit.*, p. 968.

⁵³ Em relação ao silêncio do texto constitucional quanto à vinculação do Distrito Federal, Leonardo Vizeu Figueiredo defende que o art. 3º, IX e X, ao estabelecer a legitimação ativa para propositura de súmula vinculante à Câmara Legislativa do DF e a seu Governador, sistematicamente interpretado com o *caput* do art. 103-A da CR/88, estaria a abranger a Administração Pública distrital, que resultaria obrigada a observar o enunciado sumular (FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 116).

⁵⁴ MENDES, *op. cit.*, p. 967.

⁵⁵ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. *In: André Ramos Tavares (et alii) (coord.). Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 315.

o futuro, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, e desde que pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus membros. Aliás, sob as mesmas condições, prevê o referido dispositivo legal a possibilidade de restringir materialmente os efeitos vinculantes, ou seja, alterar os limites subjetivos da súmula. Explica-se.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes⁵⁶, *objetivamente* a súmula vinculante limita-se àquilo que está declarado em seu enunciado, o que não impede a busca pela correta interpretação recorrendo-se aos julgados que fundamentaram a redação sumulada. Por outro lado, os limites *subjetivos* decorrem do próprio texto constitucional, e até mesmo do infraconstitucional⁵⁷, informando a quais entes da federação se estendem os efeitos do enunciado vinculante. Assim sendo, de acordo com o art. 4º da Lei nº 11.417/2006, é lícito ao STF, observados os requisitos legais informados, restringir o alcance da súmula a órgãos ou entes determinados, o que poderá ocorrer nos casos em que a obrigação contida no enunciado da súmula não seja imposta a todos⁵⁸.

Por fim, cumpre ressaltar que do desrespeito ao contido na súmula caberá reclamação ao STF que, “[...] julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”, nos termos do § 3º, art. 103-A da CR/88⁵⁹.

3. Análise formal da Súmula Vinculante nº 13

⁵⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 968-969.

⁵⁷ Considerando-se válida a interpretação sistemática proposta acima (nota de rodapé nº 53), sem a qual a Súmula Vinculante nº 13 estaria a extrapolar os limites de sua abrangência.

⁵⁸ Leonardo Vizeu Figueiredo apresenta o exemplo do juízo de constitucionalidade da cobrança de determinado tributo, consideradas a competência e capacidade tributária do ente federativo, desnecessário seria impor a observância da súmula vinculante aos demais (FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 120).

⁵⁹ Em relação à Súmula Vinculante nº 13, Thiago Queiroz Carneiro afirma ser parte legítima para ajuizar tal medida judicial qualquer integrante da sociedade civil, por se tratar de interesse ou direito difuso decorrente de lesão à administração pública (CARNEIRO, Thiago Queiroz. Nepotismo, reclamação constitucional e legitimidade para o seu ajuizamento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2038, 29 jan. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12261>, acesso em 07/09/2010).

Superada a análise em abstrato do instituto da súmula vinculante, passemos à análise concreta daquela que é objeto do presente estudo.

A décima terceira súmula de efeitos vinculantes foi de iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal (*ex officio*)⁶⁰, que assim o fez no calor das discussões oriundas dos julgamentos da **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12** e do **Recurso Extraordinário nº 579.951** (diga-se, ambos realizados na mesma sessão). À época, a discussão ganhou notoriedade devido à proibição contida na **Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**, a qual veda o exercício de cargo comissionado ou função gratificada por parentes até o terceiro grau de magistrados ou servidores com atribuições de direção ou assessoramento. Além, veda o “nepotismo cruzado” e a contratação de serviços com empresa que tenha, entre seus empregados, pessoas com aquele grau de parentesco em relação a membros ou juízes vinculados ao tribunal contratante, bem como de ocupantes de cargos de direção e assessoramento⁶¹. Diversas foram as medidas judiciais contra o ato normativo do CNJ, motivo pelo qual a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou a referida ação declaratória de constitucionalidade⁶². E, após o julgamento desta, que firmou o entendimento pela vedação ao nepotismo pelos princípios constitucionais, o Pretório Excelso houve por bem estender a vedação (e não a Resolução) aos três Poderes, haja vista decorrer da própria Constituição, não sendo exigida lei formal que assim o declare.

Pois bem. Ao final, a súmula vinculante nº 13 foi **aprovada por unanimidade**, com a aquiescência do Procurador-Geral da República, e **publicada** no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) nº 162, p.1, e no Diário Oficial da União (DOU), p. 1, ambos de 29 de agosto de 2008.

Subjetivamente, a súmula vincula todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ao cumprimento do que **objetivamente** nela é declarado, sob pena de violação ao art. 37, *caput*, da Constituição Cidadã. Tem-se, pois, expressamente demarcados os limites subjetivos e objetivos da súmula, bem como a **norma determinada** (princípios constitucionais administrativos) sobre a qual se instaurou controvérsia.

⁶⁰ Iniciativa do Ministro Ricardo Lewandowski, que apresentou a proposta de súmula vinculante à 21ª Sessão Ordinária, em 20 de agosto de 2008 (DJe nº 214/2008, 12 de novembro de 2008, p. 20).

⁶¹ Arts. 2º e 3º da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça.

⁶² Conforme aventou em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento ADC 12-MC, a controvérsia se mostrou mais perceptível em sede administrativa dos Tribunais, bem como no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (p. 67).

No que tange à jurisprudência (decisões reiteradas acerca da vedação ao nepotismo), a súmula se assenta nos seguintes julgados: Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1.521-4, Rio Grande do Sul; Mandado de Segurança nº 23.780-5, Maranhão; Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, Distrito Federal; Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, Distrito Federal; e Recurso Extraordinário nº 579.951-4, Rio Grande do Norte⁶³.

Na **ADI 1.521-4/RS**, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, decidiu-se pela constitucionalidade da proibição de nomeação de cônjuges ou companheiros e parentes, até o *segundo grau*, em virtude de Emenda à Constituição daquele Estado que impunha tal vedação. Naquela oportunidade, houve o confronto da norma da Constituição estadual do Rio Grande do Sul com os princípios do art. 37 da Carta Política. No **MS 23.780-5/MA**, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, a proibição alcançou o *terceiro grau* de parentesco, tendo sido o princípio da moralidade o centro normativo da cláusula anti-nepotismo. A **ADC 12 MC/DF**, e a **ADC 12/DF**, ambas de relatoria do Ministro Carlos Britto, versando sobre a constitucionalidade da Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), declararam a conformidade do contido na Resolução com os princípios constitucionais do art. 37. Por fim, o **RE 579.951-4/RN**, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, reiterou o entendimento firmado no julgamento anterior, ampliando o âmbito de proibição para toda a Administração Pública, em todos os Poderes, independentemente da existência de lei formal.

4. Possíveis críticas à formalidade da Súmula Vinculante nº 13

É questionável a regularidade formal da súmula vedatória em comento principalmente em dois requisitos, sobre os quais passaremos a nos debruçar neste momento, não obstante grande parte da doutrina que se propôs a tratar do tema se mostre silente a esse respeito.

⁶³ Todos os acórdãos foram publicados e encontram-se disponíveis no sítio do Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, a **jurisprudência** em que é fundada. Nesse contexto, e preliminarmente, é salutar mencionar a diferenciação formulada por José Marcelo Menezes Vigliar, no sentido de que:

[...] antecedentes não constituem, tecnicamente, jurisprudência. Uma determinada decisão isolada de um determinado tribunal não pode ser considerada jurisprudência. Apenas a reiteração de julgados, num mesmo sentido, pode representar o que se pretende revelar pela expressão técnico-jurídica "jurisprudência"⁶⁴.

Nos dizeres de alguns dos críticos, não haveria configurada a necessária reiteração de julgados para a edição da súmula. Heron Nunes Estrella, por exemplo, despreza os precedentes apontados e afirma que a súmula é verdadeiramente fundada somente nos julgamentos da ADC 12 e do RE 579.951-4⁶⁵. Argumentos que a nosso ver reforçariam essa crítica são: a inclusão do precedente ADI 1.521-4 quando prestes a se findarem os debates sobre a aprovação da súmula, a pedidos do Ministro Marco Aurélio, hipótese na qual o texto já se encontrava praticamente definido⁶⁶; e também, a preocupação exteriorizada em diversas oportunidades pelos Ministros em atribuírem à súmula redação semelhante a da Resolução nº 7/2005 do CNJ⁶⁷.

José Sérgio Monte Alegre afirma, por sua vez, que os precedentes são insuficientes para o alcance a que se propõe a súmula, e até mesmo apresentam controvérsia, mormente no que se refere ao grau de parentesco, haja vista que na ADI 1.521-4 a vedação alcançou somente o segundo grau de parentesco. Outrossim, o mesmo autor atenta para o fato de um dos acórdãos pender de publicação à época da publicação da súmula (o RE 579.951-4)⁶⁸.

⁶⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: André Ramos Tavares (et alii) (coord.). *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 290.

⁶⁵ ESTRELLA, Heron Nunes. Nepotismo. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. In: *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 11, n. 54, 2009, p. 270; no mesmo sentido: HUMBERT, Georges Louis Hage. *O nepotismo, a Súmula Vinculante nº 13, os cargos políticos e a Reclamação nº 6.650: inconstitucionalidades*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11943>, acesso em 07/09/2010.

⁶⁶ Ata da 28ª (vigésima oitava) Sessão Extraordinária, do Plenário, realizada em 21 de agosto de 2008, DJe nº 214/2008, publicação em 12 de novembro de 2008, p. 23.

⁶⁷ Atas da 21ª (vigésima primeira) Sessão Ordinária, realizada em 20 de agosto de 2008, e da 28ª (vigésima oitava) Sessão Extraordinária, do Plenário, realizada em 21 de agosto de 2008, ambas publicadas no DJe nº 214/2008, em 12 de novembro de 2008, p. 20-24.

⁶⁸ MONTE ALEGRE, José Sérgio. Súmula Vinculante nº 13 (nepotismo), do STF: decifra-me ou te devoro! In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 43-77, out./dez. 2008, p. 52.

Num segundo momento, questiona-se a **determinação da norma** sobre a qual se assentou a controvérsia jurídica. Alice Barroso de Antonio, por exemplo, afirma que a 13ª súmula de efeitos vinculantes versa sobre um *fato*, isto é, uma *prática* usual na Administração Pública. Nas palavras da autora:

[...] a Súmula Vinculante nº 13 não derivou de controvérsia referente a norma jurídica, mas sim de controvérsia a respeito da constitucionalidade de ato jurídico, este entendido como ação humana que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas⁶⁹.

Igualmente, Georges Louis Hage Humbert⁷⁰ aponta vício de constitucionalidade da 13ª súmula vinculante por esta não ter como objeto norma determinada, mas sim princípios dotados de alto grau de generalidade e abstração, o que exigiria o estudo no caso concreto para sua aplicação.

A controvérsia implantada não parece caminhar para uma solução, mesmo porque pouco tem se argumentado nesse sentido. Despretensiosamente, façamos uma rápida análise.

Comparativamente, a maioria das súmulas vinculantes fundamentam-se em número aproximado de 5 (cinco) julgados, a exemplo do que ocorre com a 13ª. Portanto, é de se notar uma tendência na admissão de jurisprudência não somente pela reiteração de decisões baseadas em uma mesma tese jurídica, mas também pelo grau de maturidade atingido pelo debate na Corte. Logo, na iminência do dever de apreciar diversos casos versando sobre o mesmo tema (a relevante *multiplicação de processos sobre questão idêntica* a que faz menção o art. 103-A, § 1º), o STF tem sumulado seu entendimento antes mesmo de ocorrer a reiteração numerosa de decisões, como ato de prevenção à sobrecarga de julgamentos.

Por outro lado, pode ser argumentado a favor da súmula que o primeiro precedente citado (ADI 1.521-4) foi julgado em 12 de março de 1997, ou seja, há mais de dez anos antes da publicação da súmula. Portanto, há que se reconhecer a linearidade com que o tema fora posto à apreciação do STF, que decidiu de maneira semelhante desde então. Quanto à suposta divergência, entendemos não haver contradições entre os julgados, posto que o grau de parentesco do primeiro está contido no entendimento final, tendo sido determinado, à época, pelos limites postos

⁶⁹ ANTONIO, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁰ HUMBERT, *op. cit.*

no litígio, visto que a norma contida na Emenda à Constituição do Rio Grande do Sul, objeto da ação, restringia a vedação ao segundo grau de parentesco.

Quanto ao argumento referente à indisponibilidade de um dos acórdãos que fundamentam a súmula, à época de sua publicação, reconhece-se o enfraquecimento sofrido pelo instituto e pela súmula 13, em si considerada, em decorrência de tal ato. Conforme argumentado acima (itens 1 e 2), tais decisões são de extrema importância na interpretação do próprio enunciado vinculante e, sendo ausentes, prejudicarão a aplicação deste, podendo gerar até mesmo a aplicação equivocada. Como assevera José Sérgio Monte Alegre, “é comum que os Ministros concordem na conclusão, *mas discordem nas premissas*, o que exige redobrada atenção nesse tema de averiguação de qual o fundamento que predominou”⁷¹.

A determinação da norma, por fim, não guarda solução menos problemática.

Conforme transcrito acima, o art. 103-A da CR/88 faz menção à “normas determinadas”. E, nesse ponto, valemo-nos dos valiosos ensinamentos de Marçal Justen Filho. Segundo o ilustre professor paranaense, “o princípio da legalidade significa, na verdade, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude **da existência de uma norma jurídica produzida por uma lei** (grifos no original)”⁷² e *lei*, constitucionalmente, é vocábulo utilizado para indicar diversas espécies de atos estatais (Constituição; leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias; decretos legislativos; e até mesmo as resoluções, desde que manifestem a vontade dos órgãos constituídos pela Constituição)⁷³. Assim, seria legítima a edição de súmula vinculante baseada na norma jurídica contida na Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça, que compõe o Poder Judiciário, nos termos do art. 92, I-A⁷⁴, da Constituição.

Por outro lado, há o confronto do princípio da legalidade (em sentido estrito⁷⁵), que rege a Administração, com o efeito vinculante que decorre do instituto da súmula vinculante. Se por um lado a Administração depende de norma legal que legitime sua atuação, ao revés, vê-se constrangida a obedecer a interpretação adotada pelo Judiciário. Conforme leciona Marçal Justen Filho:

⁷¹ MONTE ALEGRE, *op. cit.*, p. 53.

⁷² Conforme explica o autor, a norma jurídica é “comando que versa sobre a conduta, resultante de um processo lógico e valorativo desenvolvido a partir do texto da lei”, não se confundindo com ela (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145).

⁷³ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 145-146.

⁷⁴ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: (*omissis*); I-A. O Conselho Nacional de Justiça; (*omissis*)”

⁷⁵ Nesse sentido, vide Capítulo III, item 1, *infra*.

[...] ter-se-á de reconhecer que a atuação administrativa passa a ser vinculada não apenas à Constituição e à lei. Em tais hipóteses, será vinculada mais propriamente à interpretação conferida pelo Poder Judiciário para a Constituição e a lei⁷⁶.

Haveria, portanto, uma ampliação do princípio da legalidade.

Ainda, poder-se-ia argumentar no sentido de que a norma referida pelo art. 103-A reflete o entendimento hoje consagrado pela doutrina de norma jurídica enquanto gênero, da qual são espécies os princípios e as regras, restando determinadas as normas da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (*caput*, do art. 37 da Constituição).

Por fim, a edição da súmula pode até ser considerada prematura, por alguns, em decorrência da escassa variação do tema, o que justificaria a recente proposta de revisão de seu enunciado⁷⁷. Todavia, não há que se dizer que agiu mal o STF, mesmo porque as súmulas vinculantes são editadas num determinado momento sócio-político justamente para amenizar controvérsia havida naquele momento. “Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante”⁷⁸. Ademais, as possibilidades de inaplicabilidade por decisão fundamentada⁷⁹, revisão e cancelamento pela superação do entendimento esposado estão de acordo com essa finalidade.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 148.

⁷⁷ De acordo com nota publicada à imprensa em 23 de junho de 2010, o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, encaminhou proposta fundamentada de revisão do enunciado da súmula, cujo teor será divulgado à imprensa após apreciação pelos demais Ministros.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Novos aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro. *Direito Público*, nº 27, maio-junho/2009, p. 43.

⁷⁹ Previsão na Lei nº 9.784/1999: “**Art. 64-A.** Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”

CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE VEDAM O NEPOTISMO

O sistema constitucional da Administração Pública foi erigido em torno de princípios e regras que garantem sua coerência e a unidade internas. José Afonso da Silva aponta a existência de determinados **princípios gerais** que de um lado têm a função orientadora à prática dos atos administrativos e, de outro, garantidora da *boa administração*, consubstanciada na gestão dos negócios e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) visando a satisfação do interesse coletivo, “com o que também se assegura aos administrados o direito a práticas administrativas honestas e probas”⁸⁰.

Nessa toada, expressamente a Constituição impõe à Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (*caput* do art. 37). Todavia, como ressalta a melhor doutrina, a atividade administrativa não se restringe a esses princípios, sendo possível retirar do corpo constitucional outros tantos que, embora implícitos, mostram-se indispensáveis ao agir administrativo⁸¹.

Não obstante a essa riqueza principiológica do ordenamento, no qual está inserida a Administração Pública, no presente trabalho nos propusemos a analisar mais detidamente somente os princípios que mais reiteradamente foram veiculados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas ocasiões dos julgamentos dos precedentes da súmula vedatória do nepotismo. Assim, tendo como ponto de partida a jurisprudência em que se assentou a Súmula Vinculante nº 13, passaremos a analisar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência⁸².

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 666.

⁸¹ Por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 95.

⁸² O presente trabalho não se presta a discutir a força normativa dos princípios, já consagrada em sede doutrinária e jurisprudencial. Adotamos, portanto, o entendimento majoritário, expresso pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do RE 579.951/RN, segundo o qual “os princípios, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superior às demais e positivamente vinculantes” (p. 1888).

1. Legalidade e Juridicidade

Pedra angular do regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade fundamenta, antes, a existência do próprio Estado de Direito, ao mesmo tempo em que constitui a principal garantia do respeito aos direitos individuais⁸³.

Relata-nos a doutrina que o surgimento do Direito Administrativo é resultado da organização social e política que fez surgir o Estado de Direito, consagrando a idéia de que “a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares à lei*”; assim, traduz o propósito político de submeter os responsáveis pelo exercício da atividade administrativa a um conjunto de normas que “embargue favoritismos, perseguições ou desmandos”⁸⁴, contrapondo a quaisquer tendências de exacerbação personalista.

Genericamente, o princípio da legalidade propugna que a Administração está “circunscrita a cumprir, com exatidão e excelência, os preceitos normativos de direito positivo”⁸⁵ e, conforme adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, em cada país terá o perfil que lhe seja atribuído pelo respectivo Direito Constitucional⁸⁶. Na doutrina do Direito Administrativo brasileiro, é celebre o entendimento de Hely Lopes Meirelles ao afirmar que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁸⁷.

Entretanto, nota-se a existência de dois enfoques doutrinários acerca do princípio da legalidade que diferenciam uma leitura ampla de uma restrita. A primeira consiste, em síntese, na vinculação da Administração ao ordenamento jurídico como um todo (leis, regulamentos, princípios gerais, costumes, etc.), ao passo que a segunda vincula a Administração à lei formal, tão-somente. Conforme adverte Romeu Felipe Bacellar Filho, há problemas contemporâneos que maculam o *status* da lei, causando crise ao princípio da legalidade, tais como a falta de precisão do conteúdo (lei como mera atribuição de competência, deixando de regular o exercício

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83.

⁸⁴ MELLO, *op. cit.*, p. 99-100.

⁸⁵ MOREIRA, *op. cit.*, p. 75.

⁸⁶ MELLO, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 82.

do poder), a quebra do monopólio legislativo e o aumento dos poderes regulamentares do Executivo⁸⁸. “Para resolver o problema da falência da lei, a solução ampliativa aumenta o campo de incidência do princípio. A seu turno, a restritiva postula pela garantia de outros princípios ao lado da legalidade”⁸⁹.

Em defesa do entendimento restrito, Marçal Justen Filho afirma que o princípio da legalidade implica a “necessidade de uma manifestação de vontade dos órgãos constituídos pela Constituição, representativos da soberania popular”⁹⁰, não sendo permitida a substituição desse princípio pelo da constitucionalidade (sentido amplo da legalidade), mesmo porque a Administração depende da existência de lei material para atuar.

Na corrente oposta, Cármen Lúcia Antunes Rocha defende que a adequação entre um ato da Administração Pública e uma previsão legal reflete a concepção clássica do princípio da legalidade, característica do Estado Moderno pós Revolução Francesa⁹¹. No atual estágio do Estado de Direito, em que este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal, tornar-se-ia imperiosa a substituição (por meio da hermenêutica) da legalidade pela juridicidade, conforme se extrai do trecho a seguir transcrito:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade”⁹².

“A ausência de lei”, conforme apregoa Luis Roberto Barroso, “não interfere com o dever da Administração de dar cumprimento à Constituição”⁹³, até mesmo por

⁸⁸ Por sua vez, José Nilo de Castro atribui a causa da crise à desordem legislativa que vigora tanto sob o viés quantitativo (muitas normas desnecessárias) quanto qualitativo (normas obscuras e confusas) (CASTRO, José Nilo. Princípio constitucional da legalidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 8, n. 24, p.11-19, abr./jun. 2007, p. 13-16).

⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 156-157.

⁹⁰ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 146.

⁹¹ ROCHA, *op. cit.*, p. 78-79.

⁹² *Idem*, p. 79.

⁹³ BARROSO, Luis Roberto. Ação Declaratória de Constitucionalidade: a vedação ao nepotismo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 4, dezembro de 2005, janeiro/fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>, acessado em 07/09/2010, p. 15.

força do art. 11 da Lei nº 8.429/1992⁹⁴. Argumente-se, ainda, que, se a Administração é regida pelo art. 37 da Constituição, com a necessária observância de todos os princípios ali contidos, não pode se restringir tão-somente à legalidade estrita senão à juridicidade⁹⁵.

Assim sendo, a vedação ao nepotismo em todos os Poderes decorre do princípio da legalidade considerado em seu sentido amplo (juridicidade, constitucionalidade ou legalidade constitucional), haja vista a inexistência de lei formal apta a conferir a abrangência atribuída à vedação pela súmula vinculante nº 13. Portanto, a oposição ao 13º enunciado sumular de efeitos vinculantes baseada no sentido restrito da legalidade pressupõe entendimento diverso do adotado pelo STF no julgamento da tese da vedação ao nepotismo.

No presente trabalho utilizaremos o princípio da legalidade entendido a partir da concepção ampla, fiel à opção feita pelo Supremo Tribunal Federal no tratamento dado à matéria.

1.1. Legalidade e Nepotismo

A questão atinente à legalidade da vedação ao nepotismo chegou ao STF por meio da ADC 12-MC, haja vista que nos julgamentos anteriores havia lei em sentido formal proibitória da nomeação de parentes para cargos e funções públicas⁹⁶. Todavia, com a Resolução nº 7/2005 do CNJ, iniciou-se a discussão acerca da possibilidade de ato normativo (que não constitua lei em sentido formal) criar direitos e deveres, bem como impor sua observância à Administração e aos administrados⁹⁷, mormente em razão do art. 5º, II, da Constituição⁹⁸, interpretado a partir da concepção de legalidade em sentido estrito.

⁹⁴ “**Art. 11.** Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, notadamente: (*omissis*)”.

⁹⁵ WERNECK, *op. cit.*, p. 7-8.

⁹⁶ Na ADI 1521-4 foi a Emenda à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, e no MS 23.780-5, a Lei nº 8.432/1992.

⁹⁷ O presente trabalho não se presta a analisar os fundamentos pelos quais o STF declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005 do CNJ - restringindo-se ao mérito da vedação contida naquela resolução - motivo pelo qual não traçaremos maiores comentários sobre o tema.

⁹⁸ “**Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

Nessa linha de raciocínio, por exemplo, Ester Camila Gomes Norato argumenta que inexistindo lei a instituir a vedação pretendida, não há que se taxar de imoral ou impessoal (e sequer cogitar a violação a qualquer princípio administrativo) a nomeação de parentes a cargos em comissão⁹⁹. Valmir Pontes Filho argumenta em defesa da inconstitucionalidade da Resolução nº 7/2005 do CNJ (que contém a mesma norma da Súmula Vinculante):

[...] qualquer proibição que se queira impor à autoridade pública, de nomear alguém para exercer cargo em comissão (declarado em lei de livre nomeação e exoneração – CF, art. 37, II), embora cônjuge, companheiro (a) ou parente (ou a obrigação de exonerá-las, se já nomeadas), só pode ser veiculada por intermédio de **lei em sentido formal** (ou norma superior, como a emenda constitucional), de caráter **nacional**, já que se trata de matéria posta **sob reserva legal!** (grifos no original)¹⁰⁰.

Compartilhando de entendimento semelhante, Rodrigo José Rodrigues Bezerra conclui que a inexistência de vedação legal à prática do nepotismo resulta do fato de tal conduta não ser considerada prejudicial aos princípios administrativos pelo legislador e, ao ser imposta por súmula vinculante instituindo restrição inexistente na ordem jurídica, teria o STF atuado como **legislador positivo**¹⁰¹. Contrariamente a esse entendimento, há quem veja na atuação do STF tão-somente a **produção judicial do direito**, pela qual a Corte conferiu “ao direito consagrado no espaço normativo dos referidos princípios [moralidade e impessoalidade], o seu sentido de certeza jurídica e o seu âmbito de incidência aos casos concretos da vida política e social”¹⁰².

Ademais, no julgamento da ADC 12-MC, o Ministro Gilmar Mendes deixou clara a sua opção conceitual. Segundo ele, o princípio da legalidade deve ser

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (*omissis*); II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (*omissis*);”

⁹⁹ NORATO, Ester Camila Gomes. A nomeação de parentes para provimento de cargos em comissão sob o prisma dos princípios administrativos. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 8, n. 23, p. 39-53, jan./mar. 2007, p. 52-53.

¹⁰⁰ PONTES FILHO, Valmir. A Resolução nº07 do CNJ e o Equivocado Combate ao Nepotismo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, nº 4, dezembro, 2005, janeiro, fevereiro, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>, acessado em 07/09/2010, p.4.

¹⁰¹ BEZERRA, Rodrigo José Rodrigues. A prática do nepotismo e a atuação do STF como legislador positivo. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XII, nº 280, 15 de setembro de 2008, p. 34-35. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes afirma que “por ora o STF vem ‘legislando’ adequadamente, mas no exercício dessa função não pode se julgar soberano, nem soberbo. O risco de uma produção legislativa autoritária nunca pode ser menosprezado” (GOMES, Luiz Flávio. Nepotismo: o STF pode legislar? *Revista IOB de Direito Administrativo*, nº 38, fevereiro/2009, p. 14)

¹⁰² LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Supremo Tribunal Federal e o “nepotismo top”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1891, 4 set. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11679>, acesso em 28/09/2010.

entendido não como submissão da Administração à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que Maurice Hauriou chamava “bloco de legalidade”¹⁰³. Assim, não só a lei em sentido formal, mas também a Constituição emitiria comandos normativos à Administração, através de regras e princípios. Naquelas, prescrevendo uma conduta específica e vinculada; nestes, dando margem à discricionariedade administrativa por meio de uma estrutura normativa aberta¹⁰⁴.

Fundamento semelhante foi expresso pelo Ministro Celso de Mello, na ADC 12, baseando-se no reconhecimento de uma pluralidade de acepções de Constituição como critério para determinar o paradigma de confronto no controle de constitucionalidade, o chamado “bloco de constitucionalidade”:

[...] **cujo significado** – revestido de maior **ou** de menor abrangência material – **projeta-se**, tal seja o sentido que se lhe dê, **para além da totalidade** das regras constitucionais **meramente** escritas e dos princípios contemplados, explícita **ou** implicitamente, **no corpo normativo** da própria Constituição formal, **chegando**, até mesmo, **a compreender normas de caráter infraconstitucional**, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, **viabilizando**, desse modo, **e em função** de perspectivas conceituais **mais amplas**, a concretização da idéia de ordem constitucional global (grifos no original)¹⁰⁵.

Em ambas as fundamentações prevalece o entendimento de que o nepotismo é ato cuja vedação decorre do próprio texto constitucional, sendo desnecessária a intermediação por lei em sentido formal para tornar exigível a abstenção dessa prática pelo administrador, em razão da força normativa dos princípios reitores da Administração. Por fim, não há que se falar que a prática do nepotismo tenha se tornado ilícita após um ato normativo determinado¹⁰⁶, mesmo porque essa vedação decorre do próprio texto constitucional, do núcleo de seus princípios.

Por esse motivo, e com fundamento no princípio da legalidade, a prática tendente a restaurar um Estado patrimonial (representada pelo nepotismo) está em desacordo com a Constituição.

¹⁰³ Segundo GARCIA DE ENTERRÍA, poder-se-ia falar em “bloco de juridicidade” para englobar tanto a lei quanto a Constituição, mas seria somente uma variação terminológica desnecessária (ADC 12-MC, p. 70-71, nota de rodapé nº 2).

¹⁰⁴ *Idem*, p. 71.

¹⁰⁵ ADC 12, p. 35-36.

¹⁰⁶ Referindo-se à Resolução nº 7/2005 do CNJ: BARROSO, *op. cit.*, p. 14.

2. Moralidade Administrativa

O princípio da moralidade, consagrado pelo art. 37, *caput*, da Carta Constitucional de 1988, demonstra a preocupação do constituinte com a eticidade dos atos praticados pelo Estado. Conforme leciona Gilmar Mendes, o fundamento da inserção desse princípio no ordenamento jurídico remonta ao processo de racionalização do poder, no qual foram separados direito e moral. Inobstante a isso, não se trata de categorias estanques, sendo inegável a influência que uma esfera mantém sobre a outra ainda nos dias de hoje¹⁰⁷. E pela reconhecida necessidade de que em determinados setores da vida social a correção do agir jurídico deva ser avalizada pela ética, isto é, estar em conformidade com esta, o direito positivo presta verdadeira reverência ao princípio da moralidade, mesmo porque o direito deve ser encarado como o “*mínimo ético* indispensável à convivência humana”¹⁰⁸.

Todavia, cabe-nos a cautela de ressaltar que a moralidade consagrada pela doutrina e pelo texto constitucional é jurídica, não se confundindo com a moral subjetiva do agente público. Na sempre esclarecedora lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

[...] não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social **que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado** (grifos nossos)¹⁰⁹.

Ou seja, a moral a que se faz menção na Carta Constitucional é aquela prevista no âmbito normativo do ordenamento, não havendo abertura do sistema jurídico para a introdução de preceitos morais em seu bojo. Em outras palavras, não se afasta o direito para se aplicar a moral¹¹⁰.

¹⁰⁷ Em sua obra pioneira no território nacional, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho assevera que “Muitas imposições de moral são imposições que se encontram também no direito. Não que o direito e a moral se confundam. O que há é uma distinção, não uma separação, em ambos os campos” (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 4).

¹⁰⁸ MENDES, G. *Curso de Direito Constitucional*, p. 833.

¹⁰⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁰ Nesse sentido: MOREIRA, *op. cit.*, p. 94.

Maurice Hauriou foi o primeiro jurista a tratar o tema da moralidade jurídica, e já afirmava que esta deveria ser entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”¹¹¹. Atualmente, opinião de destaque na doutrina nacional é a de Eros Roberto Grau, que identifica a moralidade jurídica à *eticidade* (ou *ética da legalidade*). Segundo ele, a moralidade administrativa só pode ser concebida por referência à legalidade, do contrário, estar-se-ia a conferir arbitrariedade desmesurada ao julgador (ou ao legislador), negando-se o próprio direito positivo. O direito moderno (direito posto) é caracterizado pela substituição do subjetivismo da equidade pela objetividade da lei. Substituem-se os valores pelos princípios. A ética do direito moderno seria, assim, a ética da legalidade¹¹².

Nesse passo, temos que não se pode negar reconhecimento à identidade e autonomia da moralidade jurídica - reitora da Administração Pública - em relação à moralidade comum, inadmitindo a inserção desta na fundamentação de qualquer decisão que se pretenda ser jurídica. Nessa esteira, cumpre-nos definir conceitualmente a moralidade administrativa.

Ainda na fase inicial dos estudos sobre a moralidade administrativa, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho afirmava que esta se encontra intimamente ligada ao conceito de *bom administrador*, que é aquele que “usando da sua competência legal se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”¹¹³. Todavia, a imoralidade deve repercutir na esfera jurídica para que interesse ao Direito¹¹⁴.

Noutro giro, Marçal Justen Filho entende que “o princípio da moralidade é, por assim dizer, um princípio jurídico ‘em branco’, o que significa que seu conteúdo não se exaure em comandos concretos e definidos, explícita ou implicitamente previstos no Direito legislado”¹¹⁵. Egon Bockmann Moreira comunga desse entendimento, e, minudenciando-o, esclarece:

Não há possibilidade de definição apriorística da moralidade. O termo é, por excelência, ‘fluido’, ‘aberto’ – não possui critérios estanques que dêem, automaticamente, resposta exata ao cumprimento do princípio. Por outro

¹¹¹ Maurice Hauriou, *Précis Élémentaires de Droit Administratif*, Paris, 1926, pp. 197 e ss., *apud* MEIRELLES, *op.cit.*, p. 83.

¹¹² GRAU, Eros Roberto. Breve nota sobre a moralidade e o Direito Moderno. *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 248, mai/ago. 2008, p. 128.

¹¹³ FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁴ *Idem*, p.12, nota de rodapé nº 23.

¹¹⁵ Citado em MOREIRA, *op. cit.*, p. 95.

lado, a adoção de definições fechadas limitaria o naturalmente amplo conceito e implicaria, quando menos, prestígio à 'moral conservadora'¹¹⁶.

O princípio da moralidade estaria a refletir valores ético-jurídicos que fundamentam a ordem positiva e subordinam a atividade estatal, condicionando o exercício do poder pelo Estado e por seus agentes¹¹⁷.

2.1. Moralidade Administrativa e Nepotismo

Por ser de difícil definição, o princípio da moralidade administrativa por vezes interage (no plano da argumentação) com outros princípios, de modo a viabilizar sua concreção¹¹⁸. No entanto, isso não retira sua autonomia, nem a possibilidade de aplicação direta¹¹⁹.

Nem tampouco reputamos válido o desprestígio à moralidade administrativa devido à ausência de positivação expressa de preceitos morais. Tal entendimento antes configura uma posição positivista extrema e paradoxal. Extrema porque exclui os valores perseguidos pelo próprio ordenamento jurídico, autorizando a prática de atos contrários à sua essência. Paradoxal porque o princípio da moralidade vem expresso no texto constitucional – está positivado na condição de preceito jurídico fundamental. Exigir-se positivação jurídica dos preceitos morais implicaria, por um lado, exigir-se demais do sistema jurídico e, por outro, desprezar-se demais esse mesmo sistema. Enfim, configuraria um desprezo a um princípio constitucional e à natureza jurídica dessa norma maior. Exigir-se uma lesão material para a incidência do princípio seria mitigá-lo, torná-lo subprincípio da legalidade ou mera sugestão constitucional e legal, de cumprimento opcional¹²⁰.

Assim, ainda que a moralidade possa interagir com a legalidade, a ausência de norma que declare os padrões morais vedatórios do nepotismo não pode ser suscitada como impedimento de sua aplicação, pois implicaria em reconhecer uma

¹¹⁶ *Idem, ibidem.*

¹¹⁷ ADC 12, Min. Celso de Mello, p. 29.

¹¹⁸ O Ministro Carlos Britto, por exemplo, afirmou que a violação dos princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade, decorrente da prática do nepotismo, pode resultar em imoralidade administrativa, posto que essa "[...] é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados" (ADC 12-MC, p. 37).

¹¹⁹ Tal fato restou demonstrado no julgamento do MS 23.780-5, cuja ementa contém o seguinte trecho: "A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder".

¹²⁰ MOREIRA, *op. cit.*, p. 103-104.

supremacia da legalidade em face aos demais princípios, o que não ocorre na realidade, nem é a vontade do constituinte.

Na ausência de lei que vede o nepotismo, Luis Manuel Fonseca Pires sugere a densificação do princípio da moralidade a partir da noção de função pública, entendida essa como atividade realizada em nome de outrem, impondo ao administrador os deveres de honestidade, transparência e impessoalidade, bem como a realização de seus encargos em benefício tão-somente da sociedade¹²¹. Por isso, atuando em benefício próprio ou de sua família, o agente nomeante estaria a violar a moralidade administrativa, sujeitando-se ao controle judicial.

Nota-se, pois, que o favorecimento de parentes no provimento de cargos e funções públicas constitui irregularidade moral e, independentemente da existência de previsão legal ou de prejuízo concretamente auferido, pode e deve ser repreendido judicialmente. Conforme assentou o Ministro Gilmar Mendes:

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição do nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRÍA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um “núcleo fixo” (*Begriffkern*) ou “zona de certeza”, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e impessoalidade¹²².

A violação à moral comum com repercussões no mundo jurídico a que fazia menção Manoel de Oliveira Franco Sobrinho¹²³, nesse particular, implica a reprovação do ato por uma consciência coletiva (da autoridade soberana, isto é, o povo) com os reflexos nos demais princípios constitucionais (por exemplo: isonomia, igualdade, impessoalidade e eficiência), que dão tons de concreção ao princípio da moralidade.

Em sentido oposto ao que aqui se vem defendendo é a posição do professor cearense Valmir Pontes Filho. Para ele, que:

Não se confunda, enfim, moralidade administrativa com moralismo estéril e incoseqüente. Se se deseja combater o nepotismo, que se indique **caso por caso, e de forma provada e fundamentada**, que tal ou qual nomeação

¹²¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: Luis Manuel Fonseca Pires; Maurício Zockun; Renata Porto Adri (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 244-245.

¹²² ADC 12-MC, p. 73.

¹²³ FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*; p.12, nota de rodapé nº 23.

ocorreu por mero favoritismo, sem que o nomeado tenha qualquer qualificação pessoal e técnica para o correto e eficiente exercício do cargo (grifos no original)¹²⁴.

Ao que nos parece, a argumentação acima restringe os padrões de moralidade aos de eficiência, desconsiderando a imoralidade contida no favorecimento havido na nomeação caso o nomeado exerça suas funções satisfatoriamente. Ocorre que em Administração Pública, voltada a satisfação de interesses públicos, os fins não justificam os meios¹²⁵. O texto constitucional, ao impor ao agente público o dever geral de boa-administração (abarcando os imperativos da honestidade, supremacia do interesse público e a boa-fé¹²⁶) consubstanciado no princípio da moralidade, recrimina a prática patrimonialista representada pelo nepotismo. Diga-se, a nomeação praticada deliberadamente para favorecer um parente pode revestir-se de legalidade, mas viola a moralidade administrativa¹²⁷.

3. Impessoalidade e os reflexos na Isonomia e Igualdade

O Direito é norteado pela abstratividade e generalidade, por isso deve partir de uma *igualdade essencial* entre os indivíduos e a ordem jurídica, bem como entre aqueles no trato com o Estado, que é apenas o meio de atuação desta¹²⁸. O princípio da impessoalidade, revestindo-se de conteúdo moral e ético, reflete o anseio de justiça e igualdade buscado pelo homem desde sua sujeição ao poder hierarquizado, exurgindo como exigência de que este poder fosse exercido de forma objetiva, neutra, sem privilégios ou perseguições, com o escopo de alcançar o bem comum¹²⁹.

Tradicionalmente, em nossa doutrina o princípio da impessoalidade é tratado sob três perspectivas principais. Primeiramente, estaria a estabelecer que “atos e

¹²⁴ PONTES FILHO, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁵ Vide Capítulo III, item 4.1, *infra*.

¹²⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 11-12.

¹²⁷ GASPARINI, *op. Cit.*, p. 81.

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 81.

¹²⁹ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 129.

provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”¹³⁰. Por segundo, decorreria desse princípio o rechaço à prevalência de interesses pessoais (interesse público secundário - seja do agente público que pratica o ato, seja de terceiros a quem este ato se incline) sobre o interesse coletivo¹³¹. Por fim, e talvez esta seja a perspectiva mais compartilhada entre os doutos, há certa identificação (ou implicação) entre os princípios da impessoalidade e igualdade. Apregoa-se que:

[...] nele [princípio da impessoalidade] se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem **favoritismos** nem perseguições são toleráveis. **Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa** e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia (grifos nossos)¹³².

Grosso modo, as perspectivas acima estão a demonstrar que a impessoalidade reflete-se tanto na prática do ato quanto na escolha dos interesses a que se dirige esse ato, culminando na vedação ao tratamento desigual (anti-isonômico) dispensado aos administrados. Ou seja, por força do princípio da impessoalidade, e reflexamente pelos princípios da igualdade e isonomia, o Direito Administrativo estaria obrigado a assegurar a “distribuição igualitária de oportunidades e tratamento, com o mesmo respeito, a todos os cidadãos”¹³³.

Em monografia dedicada ao tema, Livia Maria Armentano Koenigstein Zago afirma que o princípio constitucional da impessoalidade não restringe seus efeitos à esfera administrativa, surgindo como verdadeiro fundamento do Estado de Direito, prestando-se à limitação do poder estatal, caracterizado como verdadeira garantia individual contra eventuais excessos da Administração. Na dicção da autora:

*O princípio da impessoalidade é o princípio da defesa da sociedade contra os desvios e excessos do poder. A impessoalidade na titularidade do poder é condição da existência do Estado Democrático de Direito [de desvinculação da pessoa física do governante]; no exercício do poder, a impessoalidade é direito e dever fundamental do indivíduo, garantia a uma Administração Pública proba e eficiente, obtida pela imposição de condutas tendentes à realização do interesse **público** geral, caracterizado e valorado objetivamente, sem a ingerência de interesses públicos ou privados,*

¹³⁰ SILVA, *op. cit.*, p. 667.

¹³¹ MENDES, *op. cit.*, p. 833.

¹³² MELLO, *op. cit.*, p. 114.

¹³³ MOREIRA, *op. cit.*, p. 95.

admitida apenas a ressalva de outro interesse público específico e compatível (grifos no original)¹³⁴.

A vedação a subjetivismos, privilégios, perseguições e arbitrariedades é a característica fulcral do princípio da impessoalidade, em qualquer época e sob qualquer designação; também, imprime um sentido ético ao referido princípio¹³⁵. Diogo de Figueiredo Moreira Neto adverte para este enunciado negativo no qual está baseado o princípio da impessoalidade, isto é, na vedação de discriminações¹³⁶, que assume especial importância quando se está a tratar do ingresso no serviço público.

As definições apresentadas amoldam-se com perfeição ao tema em estudo. Ao disporem que o princípio da impessoalidade veda qualquer espécie de favoritismo ou simpatia na prática do ato, estão a negar o ato de nomeação fundado exclusivamente no parentesco.

3.1. Impessoalidade e Nepotismo

O provimento em cargo ou função de confiança calcado no *favorecimento* em decorrência de relações familiares ou de parentesco constitui afronta ao princípio da impessoalidade na medida em que faz prevalecer os *interesses pessoais* do agente nomeante, dispensando tratamento anti-isonômico àqueles que concorrem ao cargo ou função, violando, também, o princípio da igualdade, conforme se depreende do que fora exposto acima¹³⁷.

A contratação de parentes seria, assim, o exercício de um privilégio, colidindo com a definição anti-discriminatória do princípio da impessoalidade¹³⁸. Todavia, há quem faça a análise sob ótica diversa. Ester Camila Gomes Norato afirma que a mitigação ao princípio da impessoalidade não estaria completamente

¹³⁴ ZAGO, *op. cit.*, p. 389.

¹³⁵ *Idem*, p. 179.

¹³⁶ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 81.

¹³⁷ O Ministro Marco Aurélio afirmou, em voto pioneiro no tema, que por vezes o nepotismo se revela “[...] pela nomeação direta para o cargo em comissão, surgindo, com isso, em detrimento do quadro funcional que prestou concurso, aqueles que se diferenciam, em dose elevada, pelo chamado ‘QI’ (sigla irônica que resume a expressão ‘quem indica’)”, do que extraímos a violação à impessoalidade (ADI 1521-4, p. 114).

¹³⁸ WERNECK, *op. cit.*, p. 8-9.

configurada devido ao elemento *confiança*, necessário entre o ocupante do cargo ou função e o agente nomeante¹³⁹, não configurando, assim, a afronta. No mesmo sentido é a crítica de Valmir Pontes Filho, que afirma:

Se a desculpa para atacar, assim de modo genérico e irracional, o “nepotismo”, é o prestigiamento do princípio da impessoalidade, então que se acabe de vez, sob a alegativa de “inconstitucionalidade”, com os cargos em comissão, cuja existência é prevista na própria Constituição (art. 37, II, parte final). Mas enxergar inconstitucionalidades na Constituição mesma, originariamente posta, é teratologia que nem os menos doutos acatam¹⁴⁰.

A mesma opinião, contudo, não foi adotada pelo STF. Vejamos o pequeno excerto do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso na ADC 12-MC:

Seus traços substanciais [do princípio da impessoalidade] estão exatamente nesses dois alcances: primeiro, coibir o exercício do poder voltado a favorecer ou prejudicar pessoas, e, depois, impedir o personalismo no exercício desse poder mediante atos de promoção pessoal, que a mesma Constituição proíbe de maneira peremptória. Esse princípio, é bom repetir, no primeiro aspecto, sublinha o dever de preenchimento dos cargos públicos *sine ira et Studio*, significando vedação de privilégios e, também, de perseguições pessoais. E no segundo, a autopromoção. De modo que, Senhor Presidente, não vejo como negar a prática do nepotismo a pecha de ofensa ostensiva ao princípio da impessoalidade, que, como tal, é objeto próprio do exercício do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça (grifos nossos)¹⁴¹.

Cármem Lúcia Antunes Rocha aponta o nepotismo como ato administrativo dotado de vício de pessoalidade por excelência e que, não obstante a isso, agride sobremaneira o princípio da juridicidade. Isso porque quando se fala em vício de pessoalidade, não está a se afirmar a exclusividade da agressão ao princípio da impessoalidade, “[...] senão que o elemento mais forte na demonstração da adversidade ao regime jurídico-constitucional administrativo é o que se refere à parcialidade e subjetividade do comportamento estatal [...]”, do qual se segue, via de regra, lesão a outras regras jurídicas¹⁴².

Igualmente pela violação dos princípios constitucionais, e compartilhando do conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da impessoalidade, Luis

¹³⁹ Quanto à confiança administrativa, remetemos o leitor Capítulo IV, item 3.1, infra.

¹⁴⁰ PONTES FILHO, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴¹ ADC 12-MC, p. 61.

¹⁴² ROCHA, *op. cit.*, p. 156.

Roberto Barroso afirma que o tratamento desigual, próprio dos atos de nepotismo, viola inequivocamente o princípio da isonomia, que fundamenta a impessoalidade¹⁴³.

4. Eficiência

O princípio da eficiência é aquele que mais recentemente fora acrescentado ao rol dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, por obra do poder constituinte derivado. Logo após, mereceu referência no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784/1999. E não obstante a isso, já lhe foram direcionadas severas críticas. Vejamos.

Primeiramente, *eficiência* não é conceito jurídico, e sim econômico; é adjetivo que não está a qualificar normas, mas atividades¹⁴⁴. Forjado no seio da Revolução Industrial, o conceito de eficiência é definido como “a *relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados*”, muito se aproximando do conceito econômico de *produtividade*¹⁴⁵. Todavia, é sabido que tal conceito [eficiência] passou a exercer grande influência sobre o Direito Administrativo a partir da década de 1980, sobretudo pelas tendências de liberalização, privatização e desregulação (ou neoregulação)¹⁴⁶, com as quais se pretendia instalar um novo paradigma de Estado frente a Economia. Ou seja, para acompanhar as mudanças do cenário econômico, mostrava-se “necessária” uma mudança conjuntural no modo de gestão da coisa pública.

Os primeiros passos em direção a essa mudança foram dados pela Emenda Constitucional nº 5/1995. Relata a doutrina que, mais que alterar dispositivos constitucionais, a EC5/95 pretendeu alterar a ordem econômica e político-administrativa da Constituição de 1988, inserindo concepções diversas das adotadas originalmente pela Carta Política.

Tais reformas pretendem instalar um novo paradigma de Estado em face da Economia, com profundas alterações na organização e nas funções da Administração Pública. Ou seja, não se trata apenas de uma mudança de

¹⁴³ BARROSO, *op. cit.*, p. 11-12.

¹⁴⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 671.

¹⁴⁵ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 103.

¹⁴⁶ MOREIRA, *op. cit.*, p. 156.

nomenclatura ou uma solução conjuntural. Muito mais do que isso – e como bem destaca Vital Moreira -, envolve “uma verdadeira *revolução organizatória* na Administração Pública. Uma revolução que põe em causa as suas fronteiras tradicionais e que deixou de ser apreensível com as categorias organizatórias herdadas do passado”¹⁴⁷.

O que se pretendeu foi a Reforma Administrativa pela substituição do *modelo burocrático* de Administração pelo *gerencial*, buscando a *descentralização* estatal por *parcerias* com a iniciativa privada e pela *valorização da competência e eficiência* da Administração Pública¹⁴⁸. No entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, mais do que a produção dos resultados juridicamente esperados, passou-se a exigir dos atos administrativos o *melhor atendimento possível das finalidades previstas em lei*¹⁴⁹. Isto é, passou-se a demandar a maximização de resultados com o menor dispêndio de recursos possível.

A semente para a introdução do princípio da eficiência na Constituição estava lançada. E, após, a providência seguinte foi a Proposta de Emenda Constitucional 173/1995, rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ao que se seguiu a instalação de Comissão Especial encarregada em dar nova redação à PEC. No *caput* do art. 37 fora inserido um princípio denominado de *qualidade do serviço prestado*. Inédito no ordenamento, “seu fundamento era a proteção ao usuário, visando à qualidade no planejamento, execução e controle das atividades de serviço público”¹⁵⁰. Ocorre que tal princípio foi substituído pelo da *eficiência* quando o debate se encontrava no Senado, não tendo sido discutido sua inclusão na Câmara Federal. Assim, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, foi outorgada à Administração uma máxima não-jurídica, mais afeta à Administração e à Economia do que ao Direito¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁸ Egon Bockmann Moreira afirma ainda que tal pretensão resultava da constatação de que “o aumento desmesurado das dimensões do Estado-Administração trazia consigo uma frustração à racionalidade instrumental do modelo [...] Por outro lado, a Reforma não tinha por lastro imediato o chamado Neoliberalismo (pois este pressupõe não só um distanciamento do Estado do social, como também a vedação à regulação estatal da economia e à intervenção econômica em sentido lato). Tais associações de idéias resultam antes de uma concepção fechada dos conceitos (seja da Reforma, seja da burocracia, seja do Neoliberalismo) do que propriamente da análise apurada de seus termos reais” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 156-157).

¹⁴⁹ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 103.

¹⁵⁰ MOREIRA, *op. cit.*, p. 157-158.

¹⁵¹ O Ministro Cezar Peluso deixa clara sua posição crítica em relação ao princípio da eficiência ao registrar a dificuldade em se definir o princípio da impessoalidade, por este apresentar afinidades com outros princípios, “[...] até daquilo que a Constituição, depois da Emenda nº 19, chama de princípio da eficiência – que, ao meu ver, não chega a ser sequer um princípio” (ADC 12-MC, p. 59).

Júlio Cesar Marcellino Júnior afirma, em severa crítica ao que o autor chama de *neoliberal* princípio da eficiência, que este se tornou o principal princípio da Administração, vinculando todos os demais “[...] de tal sorte que todas as práticas no âmbito da administração pública passaram a ser pautadas pela lógica da relação custo-benefício”¹⁵².

Não obstante à crítica que por certo dever ser feita à maneira como um princípio alienígena fora introduzido no ordenamento jurídico, também é certo que desde então a Administração Pública passou a ser regida pelo princípio da eficiência, cabendo-nos, portanto, perquirir e delimitar o real sentido desse princípio.

Parte respeitável da doutrina foi buscar o significado do princípio da eficiência no direito comparado, identificando-o ao italiano princípio da boa administração.

Este último significa, como resultado das lições de Guido Falzone, em devolver a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças as escolhas do meio e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”. Tal dever, como assinala Falzone, “não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico”¹⁵³.

Na esteira desse mesmo pensamento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua a eficiência administrativa como:

[...] a *melhor realização possível* da gestão dos interesses públicos, em termos de *plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade*, ela se apresenta, simultaneamente, como um *atributo técnico* da administração, como uma *exigência ética* a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma *característica jurídica* exigível, de *boa administração* dos interesses públicos (grifos no original)¹⁵⁴.

Assim, reconhece-se que juridicamente o princípio da eficiência não pode ser concebido como mera conversão do princípio de mesmo nome que rege a Economia. Mostra-se imperiosa a busca por um significado que traduza de forma pertinente os alicerces da Administração Pública, ou seja, o respeito aos demais princípios e aos direitos fundamentais. Não se pode admitir que a busca a qualquer custo pela eficiência atente contra a ordem jurídico-administrativa estabelecida, sob

¹⁵² MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa – (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009, p. 182.

¹⁵³ MELLO, *op. cit.*, p. 122; MENDES, *op. cit.*, p. 834.

¹⁵⁴ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 103.

pena de concretização dos interesses públicos secundários em detrimento do primário. E sob esse fundamento, a eficiência administrativa pode se apresentar sob quatro facetas distintas, que ao revés de promoverem exclusões recíprocas, complementam-se.

Em primeiro, resultaria de um enlace lógico dos demais princípios do *caput* do art. 37 da Constituição. Isto é, a violação a qualquer desses princípios seria equivalente à violação da eficiência, na medida em que somente pode se reputar eficiente um ato administrativo legal, impessoal, moral e público. Em segundo, o princípio da eficiência “[...] dirige-se à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana [...]”, ou seja, “não basta a inconsciente busca dos fins legais. Estes sempre devem ostentar qualidades *humanas e sociais* positivas”¹⁵⁵. Ademais, é diretriz do controle do desempenho funcional dos servidores públicos (*interna corporis*) e, por fim, destina-se ao controle das “metas administrativas preestabelecidas em normas legais e/ou regulamentares e contratuais”¹⁵⁶.

4.1. Eficiência e Nepotismo

Diógenes Gasparini parte do entendimento de que o princípio da eficiência impõe à Administração a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, ou seja, impõe o desempenho satisfatório da função pública, “[...] coisa que, em regra, não ocorre com as nomeações favorecidas. As nomeações, no caso, têm outro objetivo, que, precipuamente, não é dar atendimento ao interesse público”¹⁵⁷.

E, a partir das quatro facetas acima enumeradas, é possível identificar em quais planos desse princípio ocorreu a violação. Primeiramente, o princípio da eficiência restaria mitigado pela inobservância dos princípios da legalidade em sentido amplo, impessoalidade e moralidade (restringindo-nos apenas aos princípios do art. 37 da Constituição). Em segundo, por prescindir do interesse público, o nepotismo constitui meio inepto para alcançar a finalidade pública, senão para

¹⁵⁵ MOREIRA, *op. cit.*, p. 181.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 182.

¹⁵⁷ GASPARINI, *op. cit.*, p. 91.

satisfazer interesses pessoais. Por fim, ao mesmo tempo vêm-se prejudicados os controles de desempenho funcional e de metas administrativas, uma vez que o agente público nomeante não terá a necessária isenção para “cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho” ou para “punir exemplarmente o servidor faltoso”¹⁵⁸, por exemplo.

Entretanto, nesses últimos planos [controle de desempenho e metas] a violação é relativa, dependendo da inapetência do nomeado ao trabalho e a complacência do nomeante. Não obstante a isso, o princípio da eficiência ainda restaria violado em suas outras implicações, dando lugar ao princípio da impessoalidade nesse particular.

É que o que está em causa não é o trabalho desempenhado por esses “servidores-parentes”, mesmo porque a obrigação de bem trabalhar constitui dever de todos os ocupantes de cargos públicos, sejam eles concursados ou não. O que está em debate, com efeito, não é a qualidade do serviço por eles realizado, mas a forma do provimento dos cargos que ocupam, que se deu em detrimento de outros cidadãos igualmente ou mais capacitados para o exercício das mesmas funções, gerando a presunção de dano à sociedade como um todo¹⁵⁹.

Por isso, mesmo que o parente nomeado esteja desempenhando suas incumbências de maneira satisfatória (do ponto de vista finalístico) o vício na investidura macularia o ato, contaminando-o de nepotismo e, portanto, restaria violado o princípio da eficiência.

¹⁵⁸ ADC 12-MC, Min. Carlos Britto, p. 35.

¹⁵⁹ RE 579.951, Min. Ricardo Lewandowski, p. 1898.

CAPÍTULO IV – APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13

Considerando válida a vedação ao nepotismo pelos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, o que de fato consideramos, cabe-nos por fim analisar a profundidade e extensão de tal vedação a partir do entendimento firmado pelo STF, ou seja, em quais casos o Pretório Excelso diz haver a prática nepotista atentatória aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Para tanto, relembremos o enunciado sumular vinculante para, após, minudenciá-lo:

Súmula Vinculante nº 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Passemos à análise da súmula, pois, buscando auferir seu verdadeiro sentido e âmbito de aplicação.

1. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive [...]

A **nomeação** constitui forma de provimento em cargo público, e pode ocorrer em *caráter efetivo*, tratando-se de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira, ou *em comissão*, para cargos de confiança (art. 9º, incisos, da Lei nº 8.112/1990). Todavia, quanto a isso, remetemos o leitor aos itens seguintes (em especial o de nº 3) do presente trabalho, ao passo que por ora nos interessa a discussão acerca do **grau de parentesco** firmado pela Súmula Vinculante nº 13.

1.1. Quanto ao grau de parentesco

Primeiramente, a vedação se impõe ao **cônjuge** ou **companheiro** do agente nomeante, conforme a existência de matrimônio ou união estável, respectivamente.

No que tange ao parentesco, diz-se ser **em linha reta** aquele no qual as pessoas estão umas para com as outras em relação de ascendência ou descendência (art. 1.591 do Código Civil); o **parentesco em linha colateral ou transversal**, por sua vez, ocorre entre pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem umas das outras, até o quarto grau (art. 1.592 do Código Civil). Portanto, nos termos postos pela súmula a vedação atinge:

1. Cônjuge (varão ou virago) e companheiro (a);
2. Linha reta: bisavô (ó), avô (ó), pai (mãe), filho (a), neto (a), bisneto (a);
3. Linha colateral ou transversal: tio (a), irmão (ã) e sobrinho (a);
4. Parentesco por afinidade: tio (a) do cônjuge ou companheiro, sogro (a), genro (nora), cunhado (a), filho (a) do cônjuge ou companheiro, neto (a) do cônjuge ou companheiro, bisneto (a) do cônjuge ou companheiro e sobrinho (a) do cônjuge ou companheiro.

Ainda nos debates que antecederam a edição da súmula objeto do presente estudo ficaram patentes as divergências que, potencialmente, adviriam da fixação de um grau de parentesco caracterizador do ato de nepotismo.

Baseando-se na redação dada à Resolução nº 7/2005, do CNJ, foi estendida a vedação constante da súmula até o terceiro grau, inclusive, do agente público determinante da incompatibilidade, conforme se expôs acima. Diante de tal fato, objetou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: “Tenho a sensação de que nós não podemos descer a tanto detalhe, não podemos regular”¹⁶⁰.

Nesse particular, a preocupação do Ministro Menezes Direito ampara-se no mesmo fundamento de uma das críticas que se tem dirigido à súmula. Argumentam

¹⁶⁰ Ata da 21ª (vigésima primeira) sessão ordinária, realizada em 20 de agosto de 2008, DJe nº 214/2008, 12 de novembro de 2008, p. 20, da qual consta, ainda, manifestação da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha no sentido de que a vedação está contida no *caput* do art. 37 da Constituição, mas o grau de parentesco definidor está “fora do juízo da moralidade do País” (p. 21).

os críticos que o enunciado eleva a *status* de parente quem não o é, nos termos definidos pela lei civil, a saber: os **colaterais por afinidade**.

Conforme dispõe o § 1º, art. 1.595 do Código Civil, “o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”, portanto, até o segundo grau.

Na opinião de José Sérgio Monte Alegre, o STF extrapolou suas competências ao ampliar esse parentesco para além do fixado pelo Código Civil, oportunidade em que lhe era *imposta*¹⁶¹ a observância do paradigmático art. 14, § 7º, da Carta Política de 1988, residente na inelegibilidade, no território de jurisdição do titular, do cônjuge e de parentes consangüíneos ou afins, **até o segundo grau ou por adoção**, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. Assim, o STF teria optado fazer uso da Resolução nº 7/2005 do CNJ em detrimento do Código Civil e da Constituição da República, simultaneamente¹⁶². Por sua vez, Valmir Pontes Filho defende que o parentesco, regido pela legislação civil, é **competência legislativa privativa da União**, que a exerce por meio do Congresso Nacional, cabendo só a este alterá-lo¹⁶³.

Entretanto, a opção feita pelo Pretório Excelso não ficou livre de fundamentação. Por ocasião do julgamento da ADC 12-MC, sobre a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005 do CNJ, argumentou o Ministro Sepúlveda Pertence:

Não há conceito constitucional de parentesco ou da extensão do parentesco. Por isso, a uma norma infraconstitucional válida é dado atribuir, para determinados efeitos, conceitos diversos daqueles insculpidos no Código Civil (com as vênias do Ministro Moreira Alves)¹⁶⁴.

¹⁶¹ MONTE ALEGRE, *op. cit.*, p. 44-46 e 48. Ressaltamos, ainda, que na ocasião do julgamento da ADI 1.521-4, primeiro precedente apontado pela Súmula Vinculante nº 13, o Ministro Sepúlveda Pertence fez menção expressa à restrição contida no art. 14, § 7º, da Constituição, ainda que para registrar o maior rigor do constituinte nos casos regulados por este dispositivo. Todavia, naquela oportunidade estava em análise norma inserida por Emenda à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que restringia o nepotismo até o 2º grau de parentesco, declarada constitucional, ao final (p. 151). Também a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha fez menção, no voto proferido por ela na ADC 12, à vedação constitucional em comento. Entretanto, restringiu-se a concluir pela demonstração do repúdio do parentesco como fonte ou critério de admissão no serviço público (p.21).

¹⁶² Nesse particular, ressaltamos que há outras disposições legais no Direito brasileiro que prevêm o parentesco colateral por afinidade até o terceiro grau (exemplo: art. 134, V, do Código de Processo Civil, que dispõe sobre hipótese de impedimento do juiz).

¹⁶³ PONTES FILHO, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁴ ADC 12-MC, p. 118.

Assim, no entendimento firmado pela súmula vinculante, há de prevalecer a relação familiar - ainda que esta não configure parentesco para efeitos do Código Civil - como critério de inibição, visando a prevalência do princípio da impessoalidade no provimento de cargos e funções¹⁶⁵.

Ademais, note-se que o impedimento alcança o terceiro grau de parentesco, **incluindo-o**. Isso resulta do intuito de tornar mais clara a interpretação da súmula, motivo pelo qual foi inserido o advérbio “inclusive”, como explica o Ministro Cezar Peluso:

Quando se fala em parente até tal grau, diz-se que vai daqui até lá. Agora, chega-se até terceiro grau ou não? Chega-se, porque diz “inclusive”, pois poderia excluir. É como fazemos nas decisões quando se anula um processo: “anula-se o processo a partir da sentença”. Pode ser “até a sentença” ou “inclusive a sentença”. É exatamente o que foi firmado aqui¹⁶⁶.

2. [...] da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, [...]

2.1. Autoridade nomeante: a questão do servidor público e do agente político

É sabido que a mera investidura em cargo público não é suficiente para conferir ao agente público investido o poder de nomear outrem para ocupar cargo ou função. Somente alguns agentes públicos detêm tal prerrogativa. Igualmente, não é qualquer investidura em cargo ou função pública que configurará ato de nepotismo.

Assim, conforme é explícito na súmula, a autoridade com poderes para nomear, bem como o servidor investido em cargo de direção, chefia ou

¹⁶⁵ Depreende-se tal entendimento dos debates entre os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADC 12-MC, p. 62-63, bem como da petição inicial, subscrita por Luis Roberto Barroso, que assim dispõe: “A Resolução não se ocupa de dispor sobre direito de família nem terá criado, por evidente, novas relações familiares. Seu propósito é apenas fazer incidir sobre os atos administrativos de que se ocupa os princípios da moralidade e da impessoalidade” (BARROSO, *op. cit.*, p. 16).

¹⁶⁶ Ata da 28ª (vigésima oitava) sessão extraordinária, do plenário, realizada em 21 de agosto de 2008, STF - DJe nº 214/2008, publicado em 12 de novembro de 2008, p. 23.

assessoramento, são os agentes públicos determinantes do impedimento ou da incompatibilidade.

Ressalte-se, a medida adotada pelo STF tem como destinatários os *agentes públicos* que participam da gestão pública, seja produzindo ou apenas manifestando a vontade do Estado¹⁶⁷, “ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”¹⁶⁸. Hely Lopes Meirelles afirma que os agentes públicos são *peçoas físicas* que, de maneira definitiva ou transitória, desempenham alguma função estatal¹⁶⁹. Assim, é certo que a decisão sumulada se dirige a um grupo específico de sujeitos (aspecto subjetivo): os *agentes públicos*.

Todavia, como se depreende do que acima fora dito, a categoria dos agentes públicos é ampla, abrangendo as subcategorias dos *servidores públicos* e dos *agentes políticos*¹⁷⁰.

Servidores públicos “são os que entretêm *com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta* relação de trabalho de natureza *profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*”¹⁷¹, mediante *vínculo jurídico de direito público*, caracterizado pela *investidura* em posição jurídica criada por lei (cargo público)¹⁷² atuando como *órgão* de pessoa jurídica estatal a partir da investidura (via de regra, mediante nomeação) com a respectiva *retribuição pecuniária*¹⁷³. O conceito de servidor público guarda relação, assim, com o de Administração Pública e atividade administrativa.

Por sua vez, os **agentes políticos** estão intimamente ligados à idéia de *governo e exercício da função política*¹⁷⁴, motivo pelo qual a investidura se dá, via de regra, por meio de *eleições* (salvo para Ministros e Secretários, que são nomeados pelo Chefe do Executivo). Logo, os agentes políticos são aqueles que ocupam os

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 824.

¹⁶⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello enumera, ainda, dois requisitos necessários à caracterização do agente público: um de ordem objetiva, consistente na natureza estatal da atividade desempenhada, e outra de ordem subjetiva, que é a investidura (MELLO, *op. cit.*, p. 244-245).

¹⁶⁹ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 70.

¹⁷⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello os subdivide em agentes políticos, servidores estatais (neles compreendidos os servidores públicos e os das pessoas governamentais de Direito Privado, os empregados) e particulares em colaboração com o Poder Público (MELLO, *op. cit.*, p.247).

¹⁷¹ MELLO, *op. cit.*, p. 249. Hely Lopes Meirelles fala em hierarquia funcional (MEIRELLES, *op. cit.*, p. 74)

¹⁷² JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 854.

¹⁷³ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷⁴ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 512. Marçal Justen Filho esclarece: “[...] agentes políticos são aqueles que desempenham funções políticas. Pode-se entender que a função política envolve o desempenho de atividades de chefia direta ou indireta das pessoas políticas, traduzindo a formação e exteriorização da vontade dos entes federativos” (JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 839).

“*cargos estruturais* à organização política do País”¹⁷⁵, encarregados da formação da vontade superior do Estado, com o qual mantêm *vínculo de natureza política*. Recebem tratamento diferenciado em relação aos servidores públicos, na medida em que àqueles são atribuídas determinadas *prerrogativas* (que não configuram privilégios pessoais, ressalte-se) necessárias à persecução das *atribuições governamentais e decisórias* que lhes são conferidas¹⁷⁶. Têm, portanto, plena *liberdade funcional*.

Ao passo que o vínculo dos servidores públicos com o Estado se dá em decorrência da aptidão profissional, em relação aos agentes políticos o vínculo ocorre pela aptidão política. Nesse particular, é esclarecedora a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Vale dizer, o que os qualifica [agentes políticos] para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isto, candidatos possíveis a condução dos destinos da Sociedade [...]. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis¹⁷⁷.

Dessa forma, são agentes políticos os Chefes de Executivo e seus respectivos vices (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares imediatos (Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros das Corporações Legislativas (Deputados federais e estaduais, Senadores e Vereadores)¹⁷⁸.

Feita essa diferenciação, chega-se ao ponto fulcral do presente tópico. Embora não conste expressamente da Súmula Vinculante nº 13, os Ministros do STF firmaram (no julgamento do RE 579.951-4) o entendimento de que a interdição posta no 13º enunciado não se aplica aos agentes políticos. Conforme fora externado pelo Ministro Carlos Britto naquele julgamento, os princípios constantes do art. 37 da Constituição obrigam a “Administração Pública”, num contexto de não

¹⁷⁵ MELLO, *op. cit.*, p. 247-248.

¹⁷⁶ MEIRELLES, *op. cit.* p. 72-73.

¹⁷⁷ MELLO, *op. cit.*, p. 248.

¹⁷⁸ Hely Lopes Meirelles acrescenta a esse rol os membros do Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional nas áreas governamentais, judiciais ou quase-judiciais, que não se encaixem no quadro do serviço público (MEIRELLES, *op. cit.*, p.74). Todavia, ressalta-se que especificamente em relação a Conselheiros dos Tribunais de Contas, o STF tem entendido não se tratar de agentes políticos. Nesse sentido é o Agravo Regimental em Medida Cautelar da Reclamatória 6702, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe-079/2009, publicado em 30 de abril de 2009, que aplicou a Súmula Vinculante nº 13 em nomeação no Tribunal de Contas do Paraná.

governo, de ausência de poder político. Ou seja, referir-se-ia o art. 37 - ao dispor em seus incisos sobre cargo em comissão e função de confiança - ao exercício da atividade administrativa, tão-somente¹⁷⁹. Ainda no entendimento do Ministro Carlos Britto, isso não representa um salvo-conduto aos agentes políticos, dispensando-os de observarem os princípios do art. 37, mas simplesmente que o Chefe do Poder Executivo estaria livre para escolher seus **quadros de governo** (art. 76 da Constituição), mas não para escolher seus quadros administrativos¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

Portanto, a *autoridade nomeante* a que faz menção a súmula pode ser agente político¹⁸² e, assim sendo, pode ter ato seu atingido pela súmula, desde que nomeie parente seu para ocupar cargo em comissão ou função gratificada, e não para cargo de natureza política. Por outro lado, se o agente político não for a autoridade nomeante, posto que também não é servidor público, não será determinante da incompatibilidade se seu parente for nomeado para servir consigo na mesma pessoa jurídica¹⁸³.

João José Leal e Rodrigo José Leal lamentam a exceção feita, e vislumbram em tal decisão a existência de duas espécies de nepotismo: o legal e o ilegal. Nas palavras dos autores, “é justamente nas nomeações dos filhos, irmãos, cônjuges e cunhados para os cargos do primeiro escalão da administração pública, que a prática nepotista apresenta um maior grau de imoralidade e perniciosidade”¹⁸⁴. José Sérgio Monte Alegre lamenta, por sua vez, a distinção que diz ser rigorosamente técnica, porém desastrosa:

Se é deles [agentes políticos] que mais se deve exigir, especialmente no plano do comportamento da excelência ética, então como entender que, no caso de nomeação de parentes, viola a Constituição a nomeação daqueles que o sejam na qualidade de agentes somente administrativos e *não também no caso de agentes políticos?* Quem é mais importante na escala

¹⁷⁹ RE 579.951, p. 1912,1913.

¹⁸⁰ RE 579.951, p. 1922-1923. Mesmo entendendo não haver razão jurídica a justificar tal tratamento diferenciado, Luis Manuel Fonseca Pires adverte que a opção feita pelo STF reflete o entendimento *atual* da Corte, não impedindo o Judiciário de conhecer e julgar causas que versem sobre nepotismo de agentes políticos (PIRES, *op. cit.*, p. 248 e 251).

¹⁸¹ Ante a abertura deixada pelo pensamento do Ministro Carlos Britto, Rita Tourinho vê a possibilidade de impedimento na nomeação para cargo político se preenchidos os aspectos objetivo (vínculo de parentesco) e subjetivo (propósito de favorecimento) do nepotismo (TOURINHO, *op. cit.*, p. 9).

¹⁸² Por exemplo: Presidente da Câmara ou do Senado, Prefeito, Governador, Presidente (nesse sentido: ANTONIO, *op. cit.*, p. 75). Diógenes Gasparini cita como exemplo Prefeito que nomeia o filho para ocupar cargo de provimento em comissão de Chefe de Gabinete, violando os princípios da impessoalidade e da moralidade, concomitantemente (GASPARINI, *op. cit.*, p. 89)

¹⁸³ ANTONIO, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸⁴ LEAL, *op. cit.*

de poder? Aquele que exerce função de Governo, que define as diretrizes e metas *a serem buscadas administrativamente*, ou aqueles que apenas se *limitam* a executar tais metas e diretrizes? (grifos no original)¹⁸⁵

Quanto ao servidor investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, o que se pretendeu com a disposição, cremos, foi determinar a existência de hierarquia direta entre o agente nomeante e o nomeado, apto a interferir na decisão de nomear. Como consta dos debates anteriores à edição da súmula, o texto do art. 117, VIII, da Lei nº 8.112/1990¹⁸⁶, foi utilizado como modelo para o enunciado¹⁸⁷. Ocorre que naquele consta o termo “chefia imediata”, denotando um sentido de hierarquia entre agente nomeante e nomeado, parte que não foi integrada ao enunciado final.

2.2. [... da mesma pessoa jurídica...]

Inicialmente, cogitou-se a hipótese de interdição quando o agente determinante do impedimento ocupasse cargo no mesmo *órgão* do agente nomeado¹⁸⁸, por influência do art. 117, VIII, da Lei nº 8.112/1990. Com a evolução dos debates, maior atenção foi dada a esse ponto.

Aqui, inicialmente nos cabe a diferenciação feita pela Lei nº 9.784/1999, segundo a qual os **órgãos** são unidades de atuação integrantes da estrutura da Administração direta e indireta (art. 1º, §2º, I). Não possuem, assim, personalidade jurídica, compondo um círculo de competências dentro de uma pessoa jurídica¹⁸⁹. A unidade de atuação dotada de personalidade jurídica é a **entidade** (art. 1º, § 2º, II, do mesmo Diploma).

¹⁸⁵ O autor cita como exemplo a desproporcionalidade existente no caso do Governador do Paraná que nomeou seu irmão para ser Secretário de Estado, o que foi julgado como correto (Rcl nº 6650-9 MC Agr/PR) e, pela súmula, se fosse para chefe do almoxarife, estaria vedado (MONTE ALEGRE, *op. cit.*, p. 64.).

¹⁸⁶ “**Art. 117.** Ao servidor é proibido: (*omissis*); **VIII** - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; (*omissis*)”

¹⁸⁷ Ata da 21ª (vigésima primeira) Sessão Ordinária, realizada em 20 de agosto de 2008, publicação em 12 de novembro de 2008, p. 21.

¹⁸⁸ Ata da 21ª (vigésima primeira) Sessão Ordinária, realizada em 20 de agosto de 2008, DJe nº 214/2008, publicado em 12 de novembro de 2008, p. 20-21.

¹⁸⁹ Na definição de Hely Lopes Meirelles, acima, o servidor público atua como órgão da pessoa jurídica estatal a partir da investidura (vide item 4.2 supra).

Desta forma, vê-se que, ao mencionar *pessoa jurídica*, a vedação se faz mais rigorosa, ao passo que, se assim não fosse, a nomeação poderia ocorrer dentro de uma mesma entidade, mas para órgão diverso, não ocorrendo a subsunção do fato à norma do enunciado.

Como expôs a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, a Administração Pública é composta por um conjunto de órgãos. “Por exemplo, não se nomeia para este órgão, mas se nomeia para outro órgão onde não há a pessoa e, aí, não é nem uma contratação cruzada”. E adiante arremata: “O nepotismo proíbe que se utilize a questão pessoal para nomeações, aí, não é o órgão”¹⁹⁰.

Portanto, para que haja o impedimento, ambos os agentes (nomeante e nomeado) devem pertencer aos quadros da *mesma pessoa jurídica* (autarquia, empresa pública, fundação pública, sociedade de economia mista ou administração direta)¹⁹¹. Ou seja, “definido o parentesco com a identificação do *agente determinante do impedimento, tudo fica acantonado à mesma pessoa jurídica, não se estendendo a outra, dela diversa*”¹⁹².

A intenção dos Ministros foi ampliar ao máximo as hipóteses de vedação, conforme se depreende das discussões travadas antes de definida a redação final do enunciado.

3. [...] para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada [...]

No âmbito restrito de nossa investigação, compete-nos examinar o permissivo constitucional de preenchimento de cargos e funções de confiança, a que se refere a súmula. Logo, é salutar que, inicialmente, vejamos os conceitos de cargo e função para, após, analisarmos as exceções que ensejam a configuração do ato proibido pelo enunciado vinculante nº 13.

Na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello, “cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente,

¹⁹⁰ Ata da 28ª (vigésima oitava) Sessão Extraordinária, do Plenário, realizada em 21 de agosto de 2008, DJe nº 214/2008, publicação em 12 de novembro de 2008, p. 22.

¹⁹¹ ESTRELLA, *op. cit.*, p. 254.

¹⁹² MONTE ALEGRE, *op. cit.*, p. 51.

previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e *criadas por lei*¹⁹³. Marçal Justen Filho acrescenta que se trata de uma posição jurídica “utilizada como instrumento de organização da estrutura administrativa, [...] sujeita a regime jurídico de direito público peculiar, caracterizado pela mutabilidade por determinação unilateral do Estado e por certas garantias em prol do titular”¹⁹⁴.

Tal entendimento parece ter sido o adotado pelo legislador federal, na Lei nº 8112/1990¹⁹⁵. E como se depreende do que fora ali disposto, a investidura pode se dar em caráter efetivo ou **em comissão**. Na primeira hipótese será necessária aprovação prévia em concurso público para ingresso no quadro profissional da Administração Pública, nos termos do inc. II, art. 37, da Constituição¹⁹⁶. Na segunda, por força do inciso II, *in fine*, do mesmo dispositivo constitucional, foi excepcionada a exigência de concurso público, estando prevista a possibilidade de nomeação para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Leciona Hely Lopes Meirelles que a

[...] investidura em comissão é a de **natureza transitória**, para cargos ou função de confiança, sendo o agente exonerável *ad nutum*, a qualquer tempo, e independentemente de justificativa. Nessa modalidade de investidura o agente não adquire estabilidade no serviço público, nem as vantagens da função integram seu patrimônio, dada a precariedade de seu exercício (grifos nossos)¹⁹⁷.

Valendo-nos uma vez mais dos nobres ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, transcrevemos a irreparável lição do autor acerca das **funções**:

Funções públicas são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por *titular de cargo efetivo*, da confiança da autoridade que

¹⁹³ MELLO, *op. cit.*, p. 254-255.

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 858.

¹⁹⁵ “**Art. 3º** Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. **Parágrafo único.** Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”.

¹⁹⁶ “**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (*omissis*); **II** - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (*omissis*)”

¹⁹⁷ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 78.

as preenche (art. 37, V, da Constituição). Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos de comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para se evitar que pudessem ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos *servidores de carreira*, cujo mínimo será fixado por lei¹⁹⁸.

A função de confiança (dita *gratificada*), assim, não equivale a cargo público, “mas na ampliação das atribuições e responsabilidades de um cargo de provimento efetivo, mediante uma gratificação pecuniária”¹⁹⁹. E por expressa previsão constitucional²⁰⁰, os cargos em comissão, bem como as funções de confiança, destinam-se especificamente às funções de direção, chefia ou assessoramento, sendo o elemento *confiança* o principal requisito da nomeação. É esse, aliás, o principal responsável pela controvérsia e, em certa medida, pela existência do nepotismo nos cargos e funções públicas²⁰¹.

3.1. A questão da “confiança”

Em toda unidade de atuação, no âmbito da Administração, há uma relação de fidúcia estabelecida entre aquele que ocupa o *locus* administrativo (cargo ou emprego público) e seu titular, isto é, o povo²⁰². Portanto, a *confiança* enquanto elemento pertinente à atividade administrativa sempre se fará presente. Seguindo esse entendimento, Jorge Luiz Souto Maior e Gustavo Alexandre Magalhães propõem uma classificação de caráter eminentemente conceitual, diferenciando cargos efetivos, funções de confiança e cargos em comissão a partir dos padrões de confiança exigidos. De acordo com os autores, nos **cargos efetivos** “a relação de confiança está dentro dos padrões normais de responsabilidade do agente público”;

¹⁹⁸ MELLO, *op. cit.*, p. 255.

¹⁹⁹ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 885.

²⁰⁰ “**Art. 37.** (*omissis*); V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (*omissis*)”

²⁰¹ Aqui valemo-nos da ressalva feita por Luis Manuel Fonseca Pires: “[...] não são os cargos em comissão, em si, o objeto da suposta imoralidade administrativa, mas sim o fato de eventualmente serem preenchidos com a nomeação de parentes [...]” (PIRES, *op. cit.*, p. 238).

²⁰² *Idem*, p. 244.

nas **funções gratificadas** “exige-se uma confiança mais elevada, dada a especificidade da função exercida”; já nos **cargos em comissão** “a relação de confiança adquire feição de lealdade, essencial ao desenvolvimento de atividades típicas da administração ou do caráter político que a envolve”²⁰³. Nota-se, portanto, que não obstante esteja presente nos três casos, a confiança tem maior relevância no que pertine a funções gratificadas e cargos em comissão, aos quais restringimos a análise.

As nomeações fundadas eminentemente na *confiança* trazem consigo a possibilidade de critérios subjetivos de escolha, abrindo caminho para o nepotismo e outras tantas formas de apadrinhamento, como o político²⁰⁴. Nessa toada, alguns autores consideram não haver ato de nepotismo (ou havendo, seria um nepotismo permitido) na nomeação de parentes aos cargos e funções em comento, pois se trataria apenas da materialização de ato baseado na *confiança* entre agentes nomeante e nomeado, permitido constitucionalmente (art. 37, V)²⁰⁵.

Todavia, valendo-nos do adjetivo utilizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do RE 579.951-4, à idêntica conclusão “falaciosa”²⁰⁶ não se chegaria se realizada uma interpretação principiológica dos incisos do art. 37.

Conforme o pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, expresso em sede doutrinária:

O comissionamento em cargo público, que se caracteriza pela confiança de que se dota o comissionado quanto ao agente que atua com o seu auxílio, tem que se firmar em qualificação profissional, a dizer, em merecimento que se liga às suas condições para o desempenho do cargo, e não em qualificação patronímica como tantas vezes continua a ocorrer²⁰⁷.

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini diz tratar-se de expressão fundada nos dotes “profissionais do escolhido, indicadores de que seu trabalho, o exercício de sua função, será o mais adequado ao interesse público”²⁰⁸. Trata-se, pois, de uma **confiança administrativa**, e não pessoal.

²⁰³ SOUTO MAIOR, *op. cit.*, p. 29.

²⁰⁴ BARAT, Josef. Nepotismo, ambiente institucional e mercado. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XII, nº 280, 15 de setembro de 2008, p. 33.

²⁰⁵ Nesse sentido, entre outros: ANTONIO, *op. cit.*, p. 77; MUSETTI, *op. cit.*; NORATO, *op. cit.*, p. 45, PONTES FILHO, *op. cit.*, p. 7.

²⁰⁶ RE 579.951, p. 1879 e 1899. Nesse sentido também é a manifestação do Ministro Carlos Britto, no item 39 do voto proferido no julgamento da ADC 12-MC, p. 38.

²⁰⁷ ROCHA, *op. cit.*, p. 163.

²⁰⁸ GASPARINI, *op. cit.*, p. 80. No mesmo sentido: PIRES, *op. cit.*, p. 243.

Por isso, a partir dos princípios constitucionais acima estudados, mormente legalidade, impessoalidade e moralidade, o provimento de cargos e funções de livre nomeação e exoneração sofrerá restrições quando haja relação de parentesco com o administrador com poderes para nomear, ainda que fundado no elemento *confiança*, haja vista essa não ser liberdade *pessoal* conferida ao administrador.

4. [...] na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, [...]

Ao dispor dessa forma, o STF nada mais fez do que levar em consideração o texto do art. 37, *caput*, da Constituição, haja vista que o mesmo contém os princípios que ensejaram o impedimento de prática do nepotismo (legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência), expressamente, vinculando toda a Administração²⁰⁹.

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

Portanto, são coerentes os limites subjetivos estabelecidos pela súmula com o entendimento do Tribunal, uma vez que a observância desses princípios é imposta a todos os entes ali citados.

5. [...] compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, [...]

A menção feita ao “ajuste mediante designações recíprocas” procura abarcar a hipótese do chamado *nepotismo cruzado*, também denominado *transversal* ou

²⁰⁹ Nesse sentido foi o voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, por ocasião do julgamento do RE 579.951-4.

*oblíquo*²¹⁰. Este surgiu a partir do intuito dos administradores em burlar as objeções ético-sociais, bem como as imposições legais de se nomear parentes próximos para cargos e funções públicas²¹¹.

Assim, o nepotismo cruzado constitui modo pelo qual autoridades em conluio privilegiam seus parentes mediante nomeações recíprocas. Ou seja, um agente nomeia o parente do outro, como tentativa de mascarar o privilégio que se pretende conferir, configurando verdadeira troca de favores.

Recorrendo-se uma vez mais ao magistério de Diógenes Gasparini, o nepotismo cruzado é caracterizado:

[...] pela nomeação recíproca de parentes de autoridades dentro da mesma instituição, com poderes para nomear, impedidas, no entanto, de nomeá-los, cujo desempenho das respectivas atribuições dar-se-á sob ordens da autoridade nomeante e não da autoridade beneficiada, favorecida. Com efeito, os parentes da autoridade impedida de prover são nomeados por outra autoridade e os destas nomeados por aquela [...].²¹²

Nessas hipóteses, havendo a reciprocidade²¹³ e o intuito de favorecimento, resta clara a violação aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, merecendo a repreensão feita pela súmula.

Todavia, como assevera Roberto Wanderley Nogueira, o enunciado restringe-se à prática ocorrida no interior da Administração Pública, não abrangendo as trocas entre agentes desta com a iniciativa privada²¹⁴.

6. [...] viola a Constituição Federal.

²¹⁰ Florivaldo Dutra de Araújo insere o nepotismo cruzado na modalidade indireta, que também abrangeria favorecimentos na contratação via empresas de locação de mão-de-obra ou de prestação de serviços à Administração (ARAÚJO, *op. cit.*, p. 118).

²¹¹ GASPARINI, *op. cit.*, p. 75.

²¹² *Idem, ibidem.*

²¹³ Marçal Justen Filho aponta que a simples nomeação de um parente de uma autoridade para ocupar cargo em comissão qualquer, por ato de outra autoridade, não atenta contra a súmula vinculante nº 13, pois ainda seria necessária a designação recíproca (JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 862). Ainda, no julgamento do RE 579.951-4, o pleno do Tribunal afastou o nepotismo cruzado pela ausência de comprovação da reciprocidade.

²¹⁴ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Constituição federal não veda a prática do nepotismo. *Consultor jurídico*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-set-30/constituicao_federal_ nao_proibe_pratica_nepotismo, acesso em 07/09/2010.

A afirmativa genérica de violação à Constituição da República diz respeito, especificamente, aos princípios do art. 37. E essa violação foi o que se pretendeu demonstrar até aqui.

7. Insuficiência do enunciado

Ainda que a súmula vinculante nº 13 seja ampla o suficiente para abarcar diversos casos apresentados no cotidiano da Administração - e até mesmo em função disso - em algumas situações o enunciado tem recebido interpretações diversas e, conseqüentemente, motivado sua aplicação de modo não uniforme. Com o intuito de sanar as dúvidas advindas, o Procurador-Geral da República requereu ao STF, por meio da **Reclamação nº 6.838**, que a Corte delimite o alcance do enunciado quanto às hipóteses de sua aplicação.

Primeiramente, há os casos nos quais o servidor **titular de cargo efetivo** é designado para exercer **função de confiança** ou **cargo em comissão** ocupado prioritariamente por servidores de carreira, havendo compatibilidade com o cargo efetivo e ausente o vínculo hierárquico direto com o agente determinante da incompatibilidade.

Em segundo, o Chefe do Ministério Público questiona a expressão *na mesma pessoa jurídica* ao afirmar que:

Se a expressão *órgão* é insuficiente para combater eficazmente as situações de *nepotismo*, a identificação da expressão *mesma pessoa jurídica com ente federal em sua totalidade* tem a potencialidade em identificar como ilegítimas situações que não estão maculadas pelo vício em questão (grifos no original)²¹⁵.

Outra questão suscitada pelo Procurador-Geral da República refere-se às **questões licitamente pré-constituídas**²¹⁶ e aos **impedimentos supervenientes**

²¹⁵ Manifestação do Ministério Público Federal na Reclamação nº 6838, em 27 de novembro de 2008, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6052>, acesso em 12/10/2010.

²¹⁶ José Sérgio Monte Alegre suscita a questão de agente que ocupa cargo em comissão ou função gratificada há mais de 5 (cinco) anos, hipótese na qual teria ocorrido a decadência do direito de

(parentesco ou casamento posteriores à nomeação²¹⁷), bem como casos em que o agente determinante da incompatibilidade já é **aposentado**.

Por fim, a última *dúvida* externada pelo Ministério Público mostra-se antes como uma *desproporcionalidade* contida no enunciado, traduzida no tratamento uniforme dado às atribuições de direção, chefia ou assessoramento conferidas ao agente determinante da incompatibilidade. Nos termos postos pelo Procurador-Geral da República:

Se é incontroversa a caracterização da situação de nepotismo quando um dos servidores tem atribuições de **direção**, que compreende o poder de decisão, o mesmo não se pode dizer quando se trata de **chefia**, que normalmente encerra atribuições circunscritas a departamentos burocráticos quase sempre subordinados a órgãos de *direção*, ou exerce funções de **assessoramento** logicamente desprovidas de conteúdo deliberativo. A dúvida se instala porque alguns sustentam que na configuração da situação de nepotismo não pode ser irrelevante, em relação a um servidor, a presença do poder de decidir ou a capacidade de influenciar de modo contundente a prática de um ato direcionado à investidura em função de confiança ou em cargo em comissão (grifos no original)²¹⁸.

Ainda, conforme noticiado em jornal de circulação nacional²¹⁹ aos 22 de junho de 2010, o STF se comprometeu a rediscutir a Súmula Vinculante nº 13 após se tornarem públicas nomeações feitas pelo Presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso, pelas quais cônjuges passaram a ocupar cargos na Coordenadoria de Processamento de Recursos (esposa) e na Coordenadoria de Segurança de Instalação e Transporte do STF (marido). O Tribunal analisará se casos como esse, em que não há subordinação entre os cargos, devem ser abarcados pela proibição.

Enquanto não esclarecidas essas situações pelo STF, parece-nos correta a inaplicabilidade da súmula nos casos em que a ampliação do entendimento nela

anular o ato de admissão fundado na boa-fé, pois seus efeitos são favoráveis ao destinatário, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 (MONTE ALEGRE, *op. cit.*, p. 69).

²¹⁷ Bruno Barata Magalhães atenta para um fato ainda mais peculiar, o qual consiste no parentesco com sogro e sogra, que não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável (§ 2º do art. 1.595 do CC), gerando uma incompatibilidade eterna (MAGALHÃES, Bruno Barata. O amor entre servidores e a Súmula Vinculante nº 13. *Análise da incompatibilidade entre servidores públicos com base no verbete do Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2030, 21 jan. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12230>, acesso em: 25/09/2010).

²¹⁸ Manifestação do Ministério Público Federal na Reclamação nº 6838, em 27 de novembro de 2008, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6052>, acesso em 12/10/2010.

²¹⁹ STF deve rediscutir nepotismo na administração pública, *Estadão*, 22 de junho de 2010, disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,stf-deve-rediscutir-nepotismo-na-administracao-publica,570535,0.htm>, acesso em 12/10/2010.

contido resulte na maior restrição de direitos do nomeado. Na dicção de José Sérgio Monte Alegre:

[...] o fim da Súmula há de ser alcançado pelo meio nela própria definido como idôneo, sem ampliações indevidas inspiradas no temor reverencial ou no malsão juízo de que se os meus parentes não podem os seus também não, não importando a situação em que estejam. E o meio é a proibição do nepotismo tal como demarcado no seu texto, que não se serviu de estrutura de linguagem imprecisa, vaga, fluida, indefinida e indeterminada (grifos no original)²²⁰.

Em face das dúvidas, incertezas e críticas que envolvem a Súmula Vinculante nº 13, sua aplicação equivocada ou deliberadamente extensiva pode acabar por enfraquecê-la e tirar-lhe os créditos, correndo-se o risco de, uma medida que pretensamente visava a erradicar prática reprovável, tornar-se ela mesma objeto de reprovação.

²²⁰ MONTE ALEGRE, *op. cit.*, p. 63.

CONCLUSÃO

Diante do cenário apresentado, percebe-se a importância que as práticas de nepotismo podem ter (e em geral têm) na Administração Pública e, por isso, a necessidade de discuti-las no âmbito acadêmico, e não somente no Judiciário. No presente trabalho procuramos esclarecer algumas nuances dessa prática, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, e, aproximando-nos do final, cumpre-nos elencar as conclusões a que chegamos.

1. Embora tenha se consagrado historicamente no final do Medievo, por volta dos séculos XV e XVI, o termo *nepotismo* é posterior ao surgimento da prática de favorecimento e concessão de privilégios a familiares, amigos ou quaisquer outras pessoas que detenham a preferência da autoridade nomeante para o exercício de funções públicas.

No Brasil, o nepotismo tornou-se prática comum por influência dos povos ibéricos, especialmente dos portugueses, que deixaram como legado aos povos americanos traços marcantes de personalidade, tais como a exaltação do prestígio pessoal e a solidariedade restrita a familiares e amigos, que se somam aos propósitos ambiciosos do homem aventureiro que aqui encontrou morada. O “cordial” homem brasileiro sintetiza todas essas características, mostrando-se predisposto a praticar atos de proteção (que externados mostram-se como verdadeiro favorecimento) até mesmo, e principalmente, no exercício de uma função pública. É funcionário patrimonial por excelência.

A sociedade brasileira está imersa numa cultura nepotista desde os Períodos Colonial e Imperial, na qual a Administração Pública tinha um viés patrimonialista, e a distribuição de cargos públicos mostrava-se como verdadeiro sustentáculo da elite social brasileira. Com o advento da República, instaurou-se a Administração burocrática, mas se manteve o personalismo na gestão do Estado, cujo emblemático exemplo histórico é o coronelismo. A Constituição de 1988 procurou romper com esse patrimonialismo, mas contemplou as figuras do cargo em comissão e função gratificada, que se fundam na *confiança* do administrador, abrindo margem ao nepotismo. Assim, ainda que num sentido muito amplo, em todos os períodos históricos do Brasil pode ser observada a existência dessa prática.

A súmula vinculante nº 13 surgiu com o intuito de coibir o nepotismo, adotando, para tanto, um conceito entendido a partir de uma concepção estrita, em que o favorecimento alcança somente os familiares do agente nomeante, e para o desempenho de atribuições administrativas, tão-somente, não alcançando os agentes políticos.

2. A décima terceira súmula de efeitos vinculantes não está isenta a críticas no seu aspecto formal, posto que alguns requisitos constantes do art. 103-A, §§, da Constituição de 1988, segundo parte da doutrina, não foram atendidos, a saber: *reiteradas decisões sobre o tema e norma determinada*.

Contudo, entendemos que há outras súmulas vinculantes que se amparam em aproximadamente 5 (cinco) precedentes, concluindo-se que o STF tem sumulado decisões pelo grau de maturidade alcançado pelo debate na Corte e, também, como ato de prevenção da multiplicação de processos sobre o mesmo tema; ainda, os casos apreciados demonstraram linearidade no tempo, e desde o primeiro precedente, o STF julgou sob os mesmos fundamentos, não havendo divergências entre as decisões.

Quanto à determinação da norma, se entendido o princípio da legalidade a partir de sua concepção ampla, a Resolução nº 7/2005 do CNJ estaria apta para embasar a edição da súmula. Por outro lado, se considerarmos que a menção do art. 103-A se faz em referência à norma enquanto gênero das espécies princípios e regras, não haveria indeterminação devido aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

3. Esses princípios, consagrados pelo art. 37, *caput*, da Constituição, inequivocamente demonstram a inconstitucionalidade do nepotismo. De acordo com o princípio da legalidade em sentido amplo (juridicidade), o nepotismo encontra oposição na própria Constituição, não sendo necessária lei em sentido formal para coibir sua prática. Por outro lado, a nomeação de parentes mostra-se contrária à moral administrativa na medida em que atenta contra a boa administração (honestidade, transparência, supremacia do interesse público e boa-fé) e a função pública. Igualmente, o ato de nepotismo denota personalismo no exercício da função administrativa, configurando verdadeiro favorecimento de familiares em detrimento de outros cidadãos, colidindo com o princípio da impessoalidade. Por fim, o princípio da eficiência é mitigado pela violação aos demais princípios, por

prescindir o ato de nomeação do interesse público e, casuisticamente, pela ausência de controle funcional dos atos praticados pelo nomeado.

4. Nos limites fixados pelo STF, a vedação contida na súmula vinculante nº 13 alcança o terceiro grau de parentesco, incluindo-o. Tal medida, antes de colidir com o parentesco definido pelo Código Civil visa privilegiar o princípio da impessoalidade. Por outro lado, reconhece-se que a vedação alcança somente os servidores públicos que desempenham funções administrativas, não atingindo os agentes políticos que compõem o quadro de governo do Executivo.

O impedimento contido na súmula está adstrito à mesma pessoa jurídica, alcançando as nomeações para cargos em comissão e funções gratificadas, que se caracterizam pela confiança que o administrador detém no nomeado. Esta, todavia, deve ser entendida como confiança administrativa (e não pessoal), encontrando seus limites nos princípios constitucionais que regem a Administração, não configurando liberdade absoluta conferida ao administrador.

A súmula vinculante nº 13 impõe a vedação ao nepotismo a toda a Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes dos entes federativos, haja vista que os princípios que vedam tal prática são impostos a todos estes (art. 37, *caput*, da Constituição). Por fim, a vedação alcança o nepotismo cruzado, prevenindo a tentativa de burla aos impedimentos por meio de designações recíprocas.

Não obstante a amplitude da súmula, em face das dúvidas, incertezas e críticas que envolvem seu enunciado, a aplicação exige cautela, pois se equivocada ou deliberadamente extensiva pode acabar por enfraquecê-la e tirar-lhe os créditos, correndo-se o risco de, uma medida que pretensamente visava a erradicar prática reprovável, tornar-se ela mesma objeto de reprovação.

BIBLIOGRAFIA

AIKIN, Charles. Nepotismo (Nepotism). *In: Dicionário de ciências sociais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1987.

ANTONIO, Aíce Barroso de. O Nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. *In: Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*. Belo Horizonte, ano 10, n. 31, p. 61-84, jan./mar. 2009.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. O nepotismo e os princípios da administração pública. *In: Luis Manuel Fonseca Pires; Maurício Zockun; Renata Porto Adri (Coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.117-128.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARAT, Josef. Nepotismo, ambiente institucional e mercado. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XII, nº 280, p. 32-33, 15/09/2008.

BARROSO, Luis Roberto. Ação Declaratória de Constitucionalidade: a vedação ao nepotismo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 4, dezembro de 2005, janeiro/fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 07/09/2010.

BEZERRA, Rodrigo José Rodrigues. A prática do nepotismo e a atuação do STF como legislador positivo. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XII, nº 280, p. 34-35, 15/09/2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. Varriale (*et alii*). Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: Linha Gráfica Editora, 1991.

BOTELHO, Marcos. Pistolão. *In: Dicionário de ciências sociais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1987.

CARNEIRO, Thiago Queiroz. Nepotismo, reclamação constitucional e legitimidade para o seu ajuizamento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2038, 29 jan. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12261>, acesso em 07/09/2010.

CÁSTRO, José Nilo de. Princípio constitucional da legalidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 8, n. 24, p.11-19, abr./jun. 2007.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O fim do nepotismo no Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça e a evolução do Estado de Direito*. Clubjus, Brasília, DF: 02 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.16947>, acesso em: 07/09/2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa - Versão multiusuário 1.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva LTDA, 2003.

ESTRELLA, Heron Nunes. Nepotismo. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. *In: Interesse Público*, Porto Alegre, v. 11, n. 54, p.245-278, 2009.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro - Volume I*. São Paulo: Globo, 1958.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa, século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula vinculante e a Lei nº 11.417, de 2006: apontamentos para compreensão do tema. *In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 111-123, jan./mar. 2007.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

GARCIA, Emerson. *O nepotismo*. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos910/o-nepotismo/o-nepotismo.shtml>, acesso em 07/09/2010.

GASPARINI, Diógenes. Nepotismo político. *In: Luis Manuel Fonseca Pires; Maurício Zockun; Renata Porto Adri (coord.) Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 71-98.

GOMES, Luiz Flávio. Nepotismo: o STF pode legislar? *Revista IOB de Direito Administrativo*, n. 38, p. 12-14, fevereiro/2009.

GRAU, Eros Roberto. Breve nota sobre a moralidade e o Direito Moderno. *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 127-129, mai/ago. 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUMBERT, Georger Louis Hage. *O nepotismo, a Súmula Vinculante nº 13, os cargos políticos e a Reclamação nº 6.650: inconstitucionalidades*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11943>, acesso em 07/09/2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. *In: André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.). Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Supremo Tribunal Federal e o "nepotismo top". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1891, 4 set. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11679>, acesso em 28/09/2010.

MAGALHÃES, Bruno Barata. O amor entre servidores e a Súmula Vinculante nº 13. Análise da incompatibilidade entre servidores públicos com base no verbete do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2030, 21 jan. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12230>, acesso em 25/09/2010.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa – (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Novos aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro. *Direito Público*, nº 27, p. 7-45, maio-junho/2009.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MONTE ALEGRE, José Sérgio. Súmula Vinculante nº 13 (nepotismo), do STF: decifra-me ou te devoro! In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 43-77, out./dez. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2ª ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública*. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/786/O__NEPOTISMO_LEGAL_E_MORAL__NOS_CARGOS_EM_COMISSAO_DA_ADMINISTRACAO__PUBLICA, acesso em 21/08/2010.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Constituição federal não veda a prática do nepotismo. *Consultor jurídico*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-set-30/constituicao_federal_nao_proibe_pratica_nepotismo, acesso em 07/09/2010.

NORATO, Ester Camila Gomes. A nomeação de parentes para provimento de cargos em comissão sob o prisma dos princípios administrativos. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 8, n. 23, p. 39-53, jan./mar. 2007.

PIMENTA, E. Órsi. *Dicionário Brasileiro de política*. Belo Horizonte: Lê, 1982.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: Luis Manuel Fonseca Pires; Maurício Zockun; Renata Porto Adri (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 235-251.

PONTES FILHO, Valmir. A Resolução nº 07 do CNJ e o Equivocado Combate ao Nepotismo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, nº 4, dezembro, 2005, janeiro, fevereiro, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 07/09/2010.

RIBEIRO, Paulo Roberto Rios. *As fronteiras mal demarcadas do público e do privado no Brasil: a prática do nepotismo na administração pública brasileira*. Disponível em: <http://www.outrostempos.uema.br/artigopaulo.htm>, acesso em 07/09/2010.

ROBERTS, Geoffrey Keith. *Dicionário de análise política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Será o fim do nepotismo? A súmula vinculante nº 13 e a vedação de contratação de parentes. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XII, nº 280, p. 27-31, 15/09/2008.

STF deve rediscutir nepotismo na administração pública. *Estadão*. 22 de junho de 2010, disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,stf-deve-rediscutir-nepotismo-na-administracao-publica,570535,0.htm>, acesso em 12/10/2010.

TOURINHO, Rita. *Combate ao nepotismo e a súmula vinculante nº 13: avanço ou retrocesso?*. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/o_combate_ao_nepotismo_e_a_sumula_vinculante_no_13_avanco_ou_retrocesso.pdf, acesso em 07/09/2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.). *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

WERNECK, Augusto. *República, Democracia e os Princípios Constitucionais da Administração Pública: o caso do nepotismo e a “permanência do patrimonialismo”*. Disponível em: http://www.cedes.iesp.uerj.br/.../republica%20e%20impessoalidade_augusto%20werneck.pdf, acesso em 07/09/2010.

XAVIER, Samara. Cargo em comissão: uma abordagem histórica e contemporânea do provimento de confiança na Administração Pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 8, n.90, p. 53-76, 2008.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DOCUMENTOS JUDICIAIS E LEGISLATIVOS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de outubro de 1988.

_____ Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, autarquias e das fundações públicas federais*. Diário Oficial, Brasília, 12 de dezembro de 1990.

_____ Lei n. 8.429/1992, de 2 de junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta e fundacional e dá outras providências*. Diário Oficial, Brasília, 3 de junho de 1992.

_____ Lei n.9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Diário Oficial, Brasília, 1º de fevereiro de 1999.

_____ Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. *Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando*

a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Diário Oficial, 20 de dezembro de 2006.

_____ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil.* Diário Oficial, 11 de janeiro de 2002.

_____ Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12*, do Distrito Federal. Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB *versus* Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, Diário de Justiça Eletrônico, p. 133-149, 18/12/2009.

_____ *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.521-4*, do Rio Grande do Sul. Procurador-Geral da República *versus* Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/1997, Diário de Justiça, 17 de março de 2000.

_____ *Ata da 21ª (vigésima primeira) Sessão Ordinária*, realizada em 20 de agosto de 2008, DJe n. 214/2008, p. 20-21, 12 de novembro de 2008.

_____ *Ata da 28ª (vigésima oitava) Sessão Extraordinária, do Plenário*, realizada em 21 de agosto de 2008, DJe nº 214/2008, p. 21-24, 12 de novembro de 2008.

_____ *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12-6*, do Distrito Federal. Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB *versus* Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, Diário de Justiça, 1º setembro de 2006.

_____ *Mandado de Segurança n. 23.780-5I*, do Maranhão. Terezinha de Jesus Cunha Belfort *versus* Tribunal de Contas da União e Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2005, Diário de Justiça, p. 307-312, 3 de março de 2006.

_____ *Recurso Extraordinário n. 579.951-4*, do Rio Grande do Norte. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte *versus* Município de Água Nova e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, Diário de Justiça Eletrônico, 24 de outubro de 2008.

_____ *Súmula Vinculante nº 13*. DJe n. 162, p. 1, e Diário Oficial, p. 1, ambos de 29/08/2008.

_____ Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 7, 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.* Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf, acesso em 07/09/2010.

_____ Ministério Público Federal, *Manifestação na Reclamação nº 6838*, em 27 de novembro de 2008, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6052>, acesso em 12/10/2010.