

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA - UFJF

FACULDADE DE DIREITO

Lucas Leal de Oliveira Martins

**DIREITO COMO INTEGRIDADE, NEPOTISMO E SÚMULA
VINCULANTE Nº 13: UM ESTUDO CRÍTICO**

**Juiz de Fora
2013**

LUCAS LEAL DE OLIVEIRA MARTINS

**DIREITO COMO INTEGRIDADE, NEPOTISMO E SÚMULA
VINCULANTE N^o 13: UM ESTUDO CRÍTICO**

Monografia apresentada pelo discente Lucas Leal de Oliveira Martins como trabalho de conclusão de curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Ms. Renato Chaves Ferreira.

**Juiz de Fora
2013**

LUCAS LEAL DE OLIVEIRA MARTINS

**DIREITO COMO INTEGRIDADE, NEPOTISMO E SÚMULA
VINCULANTE Nº 13: UM ESTUDO CRÍTICO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 22 de agosto de 2013

Orientador: Prof. Ms. Renato Chaves Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Frederico Augusto d'Ávila Riani
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Esp. Rafael Além Mello Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Aos meus pais, Paulo e Leda e irmãos, Paula e Vitor, pelo amor incondicional.

À Mariana, por ser a companheira para todas as horas.

À minha família e amigos, pelo apoio e por me darem a certeza de que sempre terei pessoas especiais ao meu lado.

RESUMO

O nepotismo pode ser entendido pelo emprego de parentes de agentes públicos no serviço público sem que estes sejam submetidos a concurso público. Trata-se de uma prática de origens históricas, que, no Brasil, remontam à própria chegada dos colonizadores portugueses. Com a edição da súmula vinculante nº 13 pelo Supremo Tribunal Federal tal prática, enraizada na Administração Pública brasileira, se viu proibida. Apesar de sua edição ter refletido um anseio popular por moralidade nas estruturas estatais brasileiras, a súmula padece de alguns vícios de caráter formal e processual. Utilizando como marco teórico a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, o presente trabalho pretende fazer uma análise crítica do texto sumular, apontando problemas existentes e possíveis soluções, visando o enriquecimento e o aprimoramento da referida súmula. Para a realização desta pesquisa utilizou-se como referência o método interpretativo, permitindo a análise do conteúdo da súmula vinculante nº 13 e de outros diplomas normativos correlatos.

Palavras-chave: Nepotismo. Súmula vinculante nº 13. Direito como integridade. Princípio da moralidade.

ABSTRACT

Nepotism, in this study, may be understood by the favoritism granted to public agent's relatives on getting a public job without showing any merit for it. It is being practiced, in Brazil, since the arrival of the Portuguese colonizers. With the creation of the binding precedent n° 13, the Supreme Court banned this practice so deeply rooted in Brazilian's public administration. Despite being created as a reflection of a popular desire for morality, this binding precedent has some formal and material vices. Using Ronald Dworkin's law as integrity theory, this study intends to formulate a critical analysis of the precedent, pointing existing problems and possible solutions, in order to refine and develop the binding precedent. For this research, the interpretative method was used, allowing the analysis of the content of the binding precedent n° 13 and other related laws.

Keywords: Nepotism. Binding precedent n° 13. Law as integrity. Morality principle.

SUMÁRIO

1 Introdução	8
2 O direito como integridade	10
3 Sistemas legais	13
3.1 Súmulas e jurisprudência	14
3.2 Súmulas vinculantes.....	15
4 Nepotismo	19
5 Súmula vinculante nº 13.....	23
6 Análise crítica da súmula vinculante nº 13	27
6.1 Aspectos formais	27
6.2 Aspectos materiais	29
6.2.1 Das relações de parentesco.....	29
6.2.2 Dos agentes políticos	32
6.2.3 Equívocos ao generalizar casos de nepotismo	33
7 Direito como integridade e nepotismo	37
8 Conclusão	39
Referências Bibliográficas	40

1 Introdução

O nepotismo, etimologicamente, deriva do latim, *nepotis*, que significa sobrinho, designando as vantagens recebidas pela família de alguns papas do Renascimento, que protegiam seus parentes através do emprego dos mesmos em cargos na Igreja Católica (ANTONIO, 2009). Atualmente, entende-se por nepotismo o emprego de parentes de agentes públicos no serviço público sem que estes passem pelo crivo do concurso público. Trata-se de uma prática antiga e enraizada na Administração Pública não só brasileira, mas também estrangeira.

Apesar de não haver ampla e definitiva normatização acerca do tema, a questão do nepotismo sempre atraiu grande apelo de uma população sedenta por mais moralidade no trato da coisa pública. Com a inscrição do artigo 103-A na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a partir do qual se abriu a possibilidade de edição de súmulas vinculantes e do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2008, editou a súmula vinculante nº 13, proibindo a prática do nepotismo nos poderes legislativo, executivo e judiciário e vedando também o nepotismo cruzado.

O presente estudo pretende analisar a questão envolvendo o nepotismo e a súmula vinculante nº 13 através da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. O marco teórico fornecerá o substrato a partir do qual se construirão apontamentos acerca do conteúdo sumulado bem como também será uma das bases a partir da qual se determinará casos em que o nepotismo deve ser banido ou não.

Apesar do apelo popular, algumas críticas devem ser formuladas frente a súmula supracitada. Como se pretende demonstrar, a mesma apresenta alguns vícios de caráter formal e material, que serão esmiuçados após uma exposição acerca do sistema jurídico adotado no Brasil, o *civil law*, no que seguem apontamentos sobre a relação entre jurisprudência e súmulas no ordenamento pátrio e também com o próprio nepotismo e a súmula vinculante nº 13.

Deve-se ter em mente, no entanto, que o presente estudo não pretende se debruçar sobre todos os aspectos referentes à proibição estabelecida pela súmula supracitada.

Para a realização deste trabalho, se utilizará como ferramenta o método interpretativo, vez que, a partir dele, se poderá proceder à investigação do conteúdo da súmula vinculante nº 13 e de outros diplomas normativos correlatos. Pretende-se adentrar no texto sumulado, estabelecendo suas nuances, apontando suas falhas e fazendo apontamentos de modo a contribuir com seu aperfeiçoamento.

2 O direito como integridade

A obra “O Império do Direito”, do filósofo Ronald Dworkin, marca o lançamento das bases do direito como integridade, sua teoria interpretativa do direito. A integridade, como delineada por Dworkin pressupõe um conteúdo moral ao direito, reconhecendo que os indivíduos são efetivamente titulares de direitos.

O ideal de integridade da teoria pressupõe algumas virtudes, como a justiça, a equidade, o devido processo legal adjetivo e a integridade política.

(...) a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político da maneira adequada. (...) A justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. (...) O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos. (DWORKIN, 2007, p. 200).

Já a virtude da integridade política “exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns” (DWORKIN, 2007, p. 201).

A partir da noção de integridade, tem-se que o próprio Estado e a comunidade são vistos como agentes morais, havendo intensa personificação destes entes e passando a própria comunidade a emanar uma série de princípios e concepções, que podem ser diversos da opinião compartilhada pela maioria da população. Tal personificação é de grande importância, pois é a partir dela que se exige a resposta certa do Estado às questões de direito, devendo esta ser guiada pelos princípios da comunidade, afastando decisões políticas e estratégicas, que não levem os direitos a sério (FERES E FIGUEIREDO, 2011).

A integridade condena a incoerência de princípio dos atos estatais, proibindo que a atuação do Estado afete desproporcionalmente a uma parcela da população ou que direitos sejam garantidos a alguns e não a outros, sem que haja uma forte fundamentação a embasar tal ato (DWORKIN, 2007).

Cabe ainda diferenciar questões ou argumentos de princípio e de política, sendo estas, para Dworkin, as duas principais questões na justificação das decisões políticas. Argumentos de política são aqueles que visam os interesses da sociedade como um todo, sendo apresentados em conformidade a esta e para sua proteção (DWORKIN, 1977).

Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. The argument in favor of a subsidy for aircraft manufacturers, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy. (DWORKIN, 1977, p. 82)

Argumentos de princípio, diversamente, são aqueles fundamentados na moral da comunidade personificada. Estes produzem fortes convicções para o embasamento de uma decisão judicial e procuram justificar uma decisão política ao demonstrar que esta respeita direitos individuais ou coletivos (SIMIONI, 2011).

Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right. The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern is an argument of principle. (DWORKIN, 1977, p. 82)

Simioni (2011) aponta que, para Dworkin a promulgação de uma lei que institui direitos no sentido de por em prática uma determinada política pública faz com que os direitos instituídos deixem de ser uma questão de política, se tornando questão de princípio. Ainda, argumentos de princípio, até por sua relação com a defesa de direitos individuais e de minorias, podem se opor à opinião da maioria democrática, devendo prevalecer em relação à última, não sendo sujeitos às escolhas políticas democráticas. Para Simioni (2011), “não importa, por exemplo, se uma maioria democrática decidiu que um país deve instituir a pena de morte ou a escravidão, pois essas questões políticas já estão decididas por princípio. São questões de princípio.”

Dworkin aponta que, mesmo quando defronte a um *hard case*¹, um caso difícil, onde não se pode identificar com clareza a regra de direito aplicável, fazendo com que haja mais de uma decisão juridicamente possível, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes². A resposta correta do direito viria com fundamentação das decisões judiciais em questões de princípio, não de política, mesmo nos *hard cases*³. Assim, argumentos de política e de princípio serão utilizados na justificação das decisões políticas, podendo, muitas vezes, ser complementares um ao outro, de modo que um argumento pode ser, em sua gênese, de princípio, mas sendo qualificado pela política ou vice-versa. Para Dworkin (1977), como visto, o mesmo não se aplica às decisões judiciais, devendo estas serem fundamentadas em argumentos de princípio, não de política.

A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin será de grande valia para a análise da súmula vinculante número 13 do Supremo Tribunal Federal e do panorama concernente ao nepotismo no direito brasileiro.

¹ “When a particular law-suit cannot be brought under a clear rule of law, laid down by some institution in advance, then the judge has, according to that theory, a ‘discretion’ to decide the case either way. His opinion is written in language that seems to assume that one or the other party had a pre-existing right to win the suit, but that idea is only a fiction.” (DWORKIN, 1977, p. 81)

² “It remains the judge’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively” (DWORKIN, 1977, p. 81)

³ “I propose, nevertheless, the thesis that judicial decisions in civil cases, even in hard cases like *Spartan Steel*, characteristically are and should be generated by principle not policy” (DWORKIN, 1977, p. 84)

3 Sistemas legais

A maioria dos Estados organiza seu sistema jurídico em torno de duas grandes linhas de tradição, quais sejam, o *common law* e o *civil law*, ainda que apresentando particularidades específicas a cada localidade.

A tradição do *common law* remonta ao direito anglo-saxão, tendo origem na Inglaterra e se baseando principalmente na análise de precedentes para o estabelecimento de regras de direito (DOS SANTOS e DE ARAÚJO, 2010). A *ratio decidendi* (razão de decidir ou o núcleo de fundamentação da decisão) de um tribunal superior é, em tese, de aplicação obrigatória a um tribunal inferior (MENDES, COELHO e BRANCO, 2012). Não há grande codificação de normas e há grande valoração dos costumes da sociedade. É adotado nos Estados Unidos, Inglaterra, Índia, Canadá e outros. Para Reale (2007), trata-se “de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial”.

No *civil law* diversamente, há uma extensa valoração do direito positivo, sendo a lei a fonte principal do direito, relegando os costumes e a jurisprudência a um papel de fontes secundárias. A doutrina atua como intérprete das normas, mas nem por isso deixa de ser uma das diretrizes para a evolução e o aprimoramento do direito (Reale, 2007).

[...] o termo Civil Law refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por praticamente todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais;

portanto, também denominado sistema Romano-Germânico (VIEIRA, 2007 *apud* DOS SANTOS e DE ARAÚJO, 2010).

Hoje em dia há um crescente intercâmbio entre os dois sistemas. Países, como o Brasil, de tradição do *civil law* vêm admitindo um peso cada vez maior à jurisprudência e países adeptos ao *common law* têm começado a valorar o direito positivo⁴.

Como afirmado, no Brasil, tendo sido colônia portuguesa e sofrido grande influência deste país, adota-se o sistema do *civil law*, ainda que mitigado pelo crescente peso dos precedentes, principalmente através das súmulas.

3.1 Súmulas e jurisprudência

A edição de súmulas reforça a cada dia o valor dos precedentes no direito brasileiro. Estas são construções jurisprudenciais, erguidas a partir de decisões reiteradas de um tribunal, refletindo um entendimento pacífico do mesmo acerca de uma matéria e promovendo a uniformização da jurisprudência (PINHEIRO, 2007), conforme o artigo 479 do Código de Processo Civil: “Art. 479 - O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.” (BRASIL, 1973)

⁴ “Seria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo. Se alardearmos as vantagens da *certeza* legal, podem os adeptos do *common law* invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os *precedentes* judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística” (REALE, 2007). Reale (2007) aponta ainda, como exemplo de valorização dos precedentes no Brasil, o papel cada vez mais importante das súmulas no direito pátrio.

A súmula tem natureza indiretamente obrigatória para outros tribunais e magistrados, por conta dos recursos que podem vir a ser impetrados⁵. Mendes, Coelho e Branco (2012) entendem que isso acaba por constituir um elemento de autocontrole do Supremo Tribunal Federal (STF), que só poderá contrariar alguma súmula de maneira expressa e fundamentada.

No Brasil, as súmulas passaram a ser adotadas a partir de uma emenda ao Regimento do Supremo Tribunal Federal, publicada em 1963 e que entrou em vigor em 1964. Tal medida foi tomada diante do excessivo número de julgamentos que chegavam ao STF e de uma falha existente quanto à publicação de julgados, ocasionando tumulto nos trabalhos da corte (PINHEIRO, 2007).

A Súmula não é nem estática, nem estratificada, porque está previsto no Regimento do Supremo Tribunal, não só o seu acréscimo continuado, como também o mecanismo de sua modificação. Portanto, o que nela mais importa, como solução duradoura, não é propriamente o conteúdo de seu enunciado (contra os quais é que se rebela boa parte de seus críticos); o que mais importa na Súmula é ser um método de trabalho, um instrumento de auto disciplina do Supremo Tribunal, um elemento de racionalização da atividade judiciária, que simplifica a citação de precedentes, elimina afanosas pesquisas e dispensa referência especial, tanto aos julgados que lhe servem de base, como aos posteriores que se limitarem a aplicar a Súmula (LEAL, 1997, *apud* PINHEIRO, 2007).

3.2 Súmulas vinculantes

⁵ “A jurisprudência da Súmula, embora não obrigatória para os outros Tribunais e Juízes, é indiretamente obrigatória para as partes, porque o interessado poderá fazê-la observar através do mecanismo dos recursos, enquanto não alterada pelo próprio Supremo Tribunal. E quanto a este a Súmula funciona como instrumento de autodisciplina propiciando tão alto grau de simplificação dos seus trabalhos que seria inviável ou prejudicial tentar alcançar o mesmo resultado por outro meio. A autoridade, que nos foi possível atribuir à Súmula — e que falta ao *Restatement* dos norte-americanos — não é inspiração do acaso ou da livre imaginação. As raízes dessa fórmula estão na abandonada tradição luso-brasileira dos assentos da Casa da Suplicação e na moderna experiência legislativa dos prejulgados” (LEAL, 1997 *apud* MENDES, COELHO e BRANCO, 2012)

A Emenda Constitucional 45/2004, que trouxe a reforma do judiciário, inovou no que se trata da matéria aqui discutida, inserindo o artigo 103-A ao texto da Constituição brasileira de 1988. Tal dispositivo prevê a edição de súmulas vinculantes, que obrigam diretamente os órgãos judiciais e da administração pública, possibilitando o questionamento do seu descumprimento não somente através de recursos, mas, de maneira mais objetiva, por meio de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (MENDES, COELHO e BRANCO, 2012)

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.

§ 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. (BRASIL, 1988)

De acordo com o supracitado artigo 103-A da Constituição, a aprovação de uma súmula vinculante depende da aprovação de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a 8 votos, versando sobre matérias constitucionais que já foram alvo de reiteradas decisões pela corte suprema. Seu objetivo será pacificar entendimentos em torno dos quais haja controvérsia entre órgãos judiciais ou entre estes e a administração pública, reduzindo a insegurança jurídica e o já exorbitante número de processos que tramitam junto ao STF. Estão abrangidas, assim, questões interpretativas acerca de normas constitucionais e

destas em relação a dispositivos infraconstitucionais (MENDES, COELHO e BRANCO, 2012).

Um ponto relevante é a exigência, feita pelo artigo 103-A da Carta Magna, de que as súmulas vinculantes sejam elaboradas em face de matérias que já foram alvo de decisões reiteradas pelo STF. É obrigatório, portanto, que o tópico já tenha sido alvo de debates pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Para Mendes, Coelho e Branco (2012), é proibida a hipótese de edição de súmula vinculante baseada em decisão judicial isolada, devendo ela ser o reflexo da própria jurisprudência da corte.

As súmulas vinculantes não se apresentam como estruturas imutáveis e isso nem poderia ser, dada a natureza de constante mudança que o direito apresenta, refletindo a própria evolução da sociedade. Dessa forma, o § 2º do artigo 103-A da Constituição Federal define que uma súmula vinculante poderá ser revista ou cancelada mediante provocação daqueles legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade⁶ e também de ofício pelo STF, pela votação de 2/3 dos ministros, como dispõe o caput.

O artigo 103-A da Carta Magna dispõe acerca da possibilidade de cabimento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, caso haja descumprimento ou aplicação indevida do dispositivo de uma súmula vinculante por ato administrativo ou decisão judicial. Para Mendes, Coelho e Branco (2012), houve uma grande inovação neste dispositivo, ao se admitir a reclamação contra ato administrativo que descumpra a súmula, não apenas contra decisões judiciais, visto que já era praxe a

⁶ “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;

V - o Governador de Estado;

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.” (BRASIL, 1988)

reclamação em face de atos judiciais que contrariassem orientação de força vinculante.

Por fim, deve-se ter em mente que a vinculação do Supremo Tribunal Federal às sumulas vinculantes editadas é relativa. Mendes, Coelho e Branco (2012) explicam que o STF está vinculado enquanto a referida súmula refletir o que dispõe a Constituição e as leis correlatas. A partir do momento que isto deixar de ser verdade, pode a corte suprema rever seu entendimento, justificando este ato e explicitando formalmente que a força vinculante da súmula deixou de existir.

4 Nepotismo

O nepotismo, etimologicamente, remonta ao latim, à palavra *nepos*, que significa neto e em *nepotis*, sobrinho. O termo passou a expressar relações onde se concediam benesses pelo papa a seus familiares no período do Renascimento. O papa, que por sua posição não poderia ter filhos, protegia seus parentes, nomeando seus sobrinhos e outros membros de sua família para cargos dentro da igreja (ANTONIO, 2009). Consultando-se o Dicionário Houaiss, publicado por Houaiss, Villar e Franco (2009), observa-se que a primeira definição de nepotismo é “autoridade exercida pelos sobrinhos ou demais parentes do papa na administração eclesiástica”.

O termo, em sentido amplo, pode assumir várias acepções, expressando uma relação de favorecimento entre parentes ou entre pessoas ligadas entre si por laços de amizade ou confiança⁷ (ANTONIO, 2009).

O nepotismo expressa um costume histórico, praticado em todo o mundo e de origens, no Brasil, que remontam à própria chegada dos colonizadores portugueses em nosso território, com a carta de Pero Vaz de Caminha ao Rei de Portugal, Dom Manuel I, que, em meio à descrição das novas terras encontradas, pede pelo seu genro que havia sido degredado⁸.

⁷ “O nepotismo, em alguns casos, está relacionado à lealdade e à confiança existente entre o “benemérito” e o favorecido, sendo praticado com o fim precípua de resguardar os interesses daquele. Essa vertente pode ser visualizada na conduta de Napoleão, que nomeou seu irmão, Napoleão III, para governar a Áustria, que abrangia a França, a Espanha e a Itália. Com isto, em muito diminuía as chances de uma possível traição, permitindo a subsistência do império napoleônico. Em outras situações, o “benemérito” tão-somente beneficia determinadas pessoas a quem é grato, o que, longe de garantir a primazia de seus interesses, busca recompensá-las por condutas pretéritas ou mesmo agradá-las. Como ilustração, pode ser mencionada a conduta de Luiz XI, que presenteou sua amante Ana Pásseleu com terras e até com um marido (João de Brosse), o que permitiu que fosse elevada à nobreza.” (GARCIA, 2006 *apud* ANTONIO, 2009)

⁸ “E nesta maneira, Senhor, dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta vossa terra vi. E, se a algum pouco alonguei, Ela me perdoe, que o desejo que tinha de vos tudo dizer mo fez assim pôr pelo miúdo. E, pois que, Senhor, é certo que assim neste cargo que levo, como em qualquer outra coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há-de ser de mim muito bem servida, **a Ela peço que, por me**

No presente estudo, consideraremos o nepotismo como o emprego, no serviço público, de familiares nomeados ou contratados pelas próprias autoridades que detêm competência para fazê-lo, sem passarem por concurso público, para ocupar cargos em comissão ou funções gratificadas, apenas pelos laços de confiança pessoal e familiar que decorrem da relação de parentesco existente (RIGOLIN, 2008). Ou seja, nepotismo será tratado, de maneira mais simples, como o “emprego no serviço público de parentes de agentes públicos sem o crivo do concurso público” (ANTONIO, 2009).

Antonio (2009) aponta que episódios de nepotismo são praxe na história brasileira, havendo incontáveis casos de parentes de autoridades municipais, estaduais e federais sendo principalmente designados para a ocupação de cargos comissionados, de livre nomeação. Apesar disso, o que se observa é que há pouca legislação em torno do tema, não sendo o termo nepotismo, por exemplo, citado em nenhuma das Constituições brasileiras, seja para sua vedação ou permissão de maneira explícita, nem mesmo na Constituição Federal de 1988.

Nem uma breve referência a esse tema consta de modo explícito, ou mesmo implícito, da Carta de 1.988. O assunto é-lhe por completo estranho e inusitado – como de resto o é desde a primeira Constituição brasileira, que como todas até o presente jamais se abalçou a restringir nepotismos na Administração. (RIGOLIN, 2008)

No que pese a ausência de legislação que normatize a questão do nepotismo de forma ampla e definitiva, alguns dispositivos versam sobre a matéria, como o artigo 117, VIII, da lei 8112/90⁹. Quanto à posição do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, como se debaterá mais à frente, o que temos hoje é a proibição do nepotismo nos poderes executivo, legislativo e judiciário do Brasil, por força do disposto na súmula vinculante n^o 13, editada em 2008. Para o STF, como se

fazer singular mercê, mande vir da Ilha de São Tomé Jorge de Osório, meu genro, o que d’Ela receberei em muita mercê. (grifo nosso)” (VASCONCELOS, 2005).

⁹ “Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;” (BRASIL, 1990)

depreende a partir da ementa¹⁰ do Recurso Extraordinário 579.951/RN, cujo relator foi o ministro Ricardo Lewandowski, a proibição do nepotismo não exige a edição de lei específica para o caso e decorre da obediência aos princípios elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal¹¹.

A opinião popular abomina o assunto¹², caracterizando o nepotismo de maneira indiscriminada e generalizada como uma forma de corrupção, ignorando as nuances que a questão apresenta. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, enxerga o nepotismo como uma afronta principalmente aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Quanto aos princípios supracitados, como aponta José dos Santos Carvalho Filho (2009), a moralidade pode ser entendida como a imposição feita ao administrador público de respeito aos preceitos éticos pertinentes à sua conduta, diferenciando o honesto do desonesto. A impessoalidade, para Mendes, Coelho e Branco (2012), é a proibição feita contra a Administração de fazer distinções sem justificção jurídica, “pois não é dado ao administrador o direito de utilizar-se de interesses e opiniões pessoais na construção das decisões oriundas do exercício de suas atribuições.”

Sem a devida análise, pode parecer claro que o nepotismo deva sempre ser banido, como medida de respeito aos princípios da impessoalidade e moralidade. Ocorre que esta questão apresenta particularidades que fazem com que os

¹⁰ “EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

I – Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita.

II – A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.

III – Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. (...)” (BRASIL, 2008)

¹¹ “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 (...)” (BRASIL, 1988)

¹² – “A primeira vocação do cidadão, o seu primeiro ímpeto ou o seu arroubo inercial é a de convictamente entender que sempre qualquer nepotismo é inadmissível e inaceitável por imoral, por injustamente personalístico, desigualatório, anti-isonômico.” (RIGOLIN, 2008)

diferentes casos devam ser estudados de maneira específica, evitando generalizações e os preconceitos que o tema desperta.

Dessa forma, como se observará, nem sempre se pode afirmar que o emprego de parentes de agentes públicos no serviço público constitui uma imoralidade ou ofensa à impessoalidade. Pelo contrário, esta prática pode, em certos casos, vir a promover em verdade a eficiência e a continuidade na prestação do serviço público.

5 Súmula vinculante nº 13

A súmula vinculante nº 13 proibiu a prática do nepotismo no Brasil. Seu enunciado versa o seguinte:

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. (BRASIL, 2008)

Como se observa, a súmula veda o nepotismo na acepção disposta anteriormente e também o nepotismo cruzado, que ocorre quando o parente de um agente público é empregado por outro agente público, configurando uma troca de favores entre estes últimos. Foi excluída do âmbito de alcance da referida súmula a nomeação de parentes para a ocupação de cargos de caráter eminentemente político, exercidos por agentes políticos, como Secretários Municipais, Secretários de Estado ou Ministros de Estado.

Sobre os cargos em comissão e de função gratificada, vale ressaltar o seguinte:

Os **cargos em comissão**, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de **cargos de confiança**. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF). (FILHO, 2009)

Em face da EC 19, as funções de confiança, que só podem ser exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo, destinam-se, obrigatoriamente, apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V), que são de natureza permanente. Tal comando independe de lei, uma vez que o exame desse art. 37, V, revela que para as funções de confiança ele é de eficácia plena, ao reverso do que ocorre em relação aos cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, como ali está dito. Essas funções, por serem de confiança, a exemplo dos cargos em comissão, são de livre nomeação e exoneração. (MEIRELLES, 2006 *apud* ANTONIO, 2009)

Assim, ambas, funções gratificadas (ou de confiança) e cargos em comissão, têm como característica a livre nomeação e exoneração e o fato de que seu preenchimento pressupõe uma relação de confiança para com a autoridade nomeante. No entanto, as funções de confiança serão sempre exercidas por servidores públicos titulares de cargos efetivos. Os cargos em comissão, no entanto, podem ser exercidos pelos titulares dos cargos acima ou por pessoas que não tenham vínculo com a Administração (ANTONIO, 2009). Tanto para assumir um cargo em comissão quanto uma função gratificada, não é necessário concurso público.

A criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2004, através da emenda constitucional nº 45, seria de grande importância para o desenvolvimento da questão, culminando na edição da súmula vinculante nº 13 (TASSI, 2010). Isto porque ambos os órgãos trouxeram o assunto à tona, no caso do CNJ, com a Resolução nº 7/2005, que impedia o emprego de cônjuges, companheiros e parentes de magistrados, sem o crivo do concurso público, nos tribunais e, no âmbito do CNMP, com a Resolução nº 1/2005, que dispunha o mesmo para o Ministério Público.

A supracitada resolução do Conselho Nacional de Justiça foi fonte de reclamações e sua aplicação objeto de resistência por alguns tribunais, que afirmavam que o CNJ estaria extrapolando suas atribuições, legislando e assim usurpando competência do poder legislativo. O desrespeito aos seus ditames levou a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) a propor uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a ADC 12, de modo a pedir o reconhecimento da legitimidade da Resolução nº 7/2005 do CNJ frente aos dispositivos constitucionais.

A ADC 12 foi julgada procedente por unanimidade em 20 de agosto de 2008, conforme parte da ementa abaixo reproduzida:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "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". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.

2. Im procedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. (BRASIL, 2008)

Como se pode observar, o STF decide pela procedência da ADC 12 reafirmando os argumentos citados no capítulo anterior, principalmente quanto à ofensa a princípios inscritos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e a desnecessidade de se haver lei formal a regular a matéria¹³.

¹³ O Ministro Menezes Direito, em seu voto na ADC 12, afirmou o seguinte: "mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios ADC 12/DF que estão insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados (BRASIL, 2008).

O julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 serviu de base para a edição da súmula vinculante nº 13, pelo STF, sendo possível, a partir disso, contestar casos de nepotismo nos três poderes através de reclamação pelo descumprimento de decisão judicial (MENDES, COELHO e BRANCO, 2012).

6 Análise crítica da súmula vinculante nº 13

Primeiramente, insta salientar que o presente estudo não pretende esgotar o conteúdo referente à súmula vinculante nº 13. O objetivo é fazer críticas pontuais, referentes a questões formais e materiais e uma análise à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, de modo a promover a discussão e o aprimoramento da súmula.

6.1 Aspectos formais

Para Mendes, Coelho e Branco (2012), “os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência.”

Como já explicitado supra, a inscrição do artigo 103-A na Constituição Federal pela emenda constitucional nº 45/2004 abriu a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. A lei nº 11.417/2006 veio a regulamentar o artigo acima, disciplinando a edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes.

Tanto o dispositivo constitucional quanto a lei¹⁴ são claros ao afirmar que uma súmula vinculante somente pode ser editada frente a reiteradas decisões sobre

¹⁴ **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**

(...)

O Presidente da República Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

matéria constitucional acerca de normas jurídicas, em torno das quais haja controvérsias entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração pública.

A generalidade sobre a qual poderia o legislador ter adotado com relação à sumula vinculante foi evitada, conforme podemos observar no artigo 103-A, §1º da CF/88, o qual restringe a súmula vinculante a estabelecer validade, interpretação e eficácia sobre normas determinadas (valendo lembrar que apenas em matéria constitucional) onde existam controvérsias atuais nos órgãos judiciários e entre estes e a Administração Pública, ressaltando a intervenção apenas nos casos de insegurança jurídica e possibilidade de multiplicação numérica de processos sobre a mesma questão. (ALMEIDA, 2005 *apud* ANTONIO, 2009)

A edição da súmula vinculante nº 13 pelo STF, a partir do exposto, padece de um vício formal. Isto porque, a mesma não foi editada tendo por objetivo a “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, como se extrai do § 1º tanto do artigo 103-A da Constituição quanto do artigo 2º da lei 11.417/2006. A referida súmula foi editada expressando o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca de uma prática usual na Administração Pública, qual seja, o nepotismo, não compreendendo seu objeto uma norma determinada (ANTONIO, 2009).

Entretanto, conforme disposição literal do art. 103-A, somente controvérsia a respeito da validade, interpretação e eficácia de normas determinadas pode ser objeto de Súmula Vinculante. Conclui-se, então, que a Súmula Vinculante nº 13 do STF diverge do comando constitucional, configurando situação *sui generis*. Com efeito, o objeto da mencionada Súmula Vinculante é o nepotismo, matéria que não fora normatizada no Texto Constitucional. Em verdade, sobre o tema, destacam-se apenas, de âmbito nacional, Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, que não têm caráter geral. (ANTONIO, 2009)

§ 1º **O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas**, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.” (grifo nosso) (BRASIL, 2006)

A própria argumentação do STF ao expressar seu entendimento sobre o assunto corrobora esta visão, já que a corte suprema decidiu pela proibição do nepotismo argumentando pela interpretação dos princípios inscritos no artigo 37, *caput*, da Carta Magna, não pela aplicação de alguma norma constitucional que tratasse da matéria diretamente, já que a mesma não existe. Ainda, como se percebe pela ementa do Recurso Extraordinário 579.951/RN, supracitada, é entendimento do STF que a “vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática”.

Inexistindo norma jurídica determinada sobre a qual recaia controvérsia acerca de sua interpretação, validade e eficácia, não se configura hipótese ensejadora de Súmula Vinculante. Como já dito, o nepotismo não poderia ser objeto de Súmula Vinculante, mesmo havendo polêmica quanto a sua constitucionalidade. (ANTONIO, 2009)

6.2 Aspectos materiais

Mendes, Coelho e Branco (2012) definem que “os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato”. Neste sentido, alguns pontos devem ser trazidos à tona a respeito da edição da súmula vinculante nº 13.

6.2.1 Das relações de parentesco

Primeiramente, o enunciado sumular é claro ao proibir o nepotismo, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau de parentesco¹⁵. Assim, se percebe que as relações abrangidas pela súmula se referem tanto aos parentes por laços consanguíneos, em que as pessoas, vinculadas entre si por questões

¹⁵ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente **em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau** (grifo nosso) (...)” (BRASIL, 2008)

biológicas, descendem de um tronco familiar comum, incluindo-se aqui, como exceção, vínculos familiares surgidos por adoção e também aos parentes por afinidade, onde as relações de parentesco surgem pelo casamento ou união estável.

A definição legal relativa ao parentesco pode ser encontrada no Código Civil:

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. (BRASIL, 2002)

O parentesco em linha reta pode ser entendido, assim, como aquele em que as pessoas descendem e ascendem umas em relação às outras, de acordo com o artigo 1.591 do Código Civil. É a relação entre pais e filhos, avós e netos, bisavós e bisnetos e assim por diante, já que aqui não há limitação para o parentesco. Já o parentesco colateral compreende, de acordo com o artigo 1.592 do Código Civil, as relações em que as pessoas compartilham um tronco familiar, tendo ascendentes em comum mas sem descenderem umas das outras. São os irmãos, primos, tios e outros. Há aqui, uma limitação legal para o parentesco, correspondente ao quarto grau.

Conforme o disposto no parágrafo 1º do artigo 1.595 do Código Civil, o parentesco por afinidade na linha colateral se limita ao segundo grau, ou seja, “aos irmãos do cônjuge ou companheiro”. Ocorre que, como se pode aferir a partir do enunciado da súmula vinculante nº 13, a mesma estabelece que relações de parentesco por afinidade na linha colateral até o terceiro grau estariam dentro do seu âmbito de incidência. A súmula passou a estipular, assim, uma relação de parentesco que não existe dentro da lógica do direito brasileiro estabelecida pelo Código Civil (TASSI, 2010).

Percebe-se também, como assevera Tassi (2010), que desde 2002, quando o novo Código Civil entrou em vigor, a primeira vez em que se dispõe acerca desta figura, qual seja, o parentesco colateral por afinidade até o terceiro grau, é justamente na Resolução nº 07/2005, no seu artigo 2º, I¹⁶. Anteriormente, havia referências legais a parentes afins de 2º e 3º graus, mas não aos colaterais por afinidade de 3º grau, já que, como dito, tal hipótese não existe no direito pátrio.

Para Tassi (2010), pode ser creditado ao disposto na Resolução nº 07/2005 do CNJ - tendo esta sido largamente debatida quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, a partir da qual se editou a súmula vinculante nº 13 - o fato de o STF ter considerado o terceiro grau de parentesco para a proibição do nepotismo, não se atentando para o problema relatado supra. A referida súmula deve, assim, ser aplicada de acordo com o disposto acima, em atenção às normas estabelecidas pelo Código Civil com relação ao tema, respeitando-se a harmonia e unicidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Outro ponto que merece destaque é o dispositivo do parágrafo 2º do artigo 1.595 do Código Civil, onde se vê que a dissolução do casamento ou da união estável não extingue o parentesco por afinidade. Tal fato gera uma situação problemática relacionada ao nepotismo. Uma autoridade divorciada, por exemplo, seguindo a lógica da súmula e do Código Civil, poderia, sem qualquer óbice, nomear sua ex-esposa para um cargo em comissão, mas nunca sua sogra ou sogro, pais da mulher de quem se divorciou, para o mesmo cargo. Tal proibição *ad eternum* é

¹⁶ “Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

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

exagerada e descabida, devendo-se, aqui, aplicar o princípio da proporcionalidade¹⁷ para se flexibilizar a situação, dada a dissolução da relação conjugal que ensejou a proibição (MAGALHÃES, 2009).

6.2.2 Dos agentes políticos

A doutrina não chega a consenso quanto ao rol definitivo de agentes políticos. No presente estudo, adotaremos o conceito mais enxuto, explicitado pelas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Celso Antonio Bandeira de Mello (1975a:7 e 1995:135) adota um conceito mais restrito: “Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.” Para ele, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores.

Esta última conceituação é a preferível. A idéia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de **governo** e à de **função política**, a primeira dando idéia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo).

(...)

É necessário reconhecer, contudo, que atualmente há uma tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos. (PIETRO, 2003)

O Supremo Tribunal Federal excluiu os agentes políticos do âmbito de incidência da súmula vinculante nº 13. Assim, não há proibição quanto ao emprego

¹⁷ “O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o **excesso de poder**, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados (...). Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.” (FILHO, 2009)

de parentes enquanto agentes políticos, pela própria natureza política da posição que ocupam. Sobre o assunto, o Ministro Carlos Britto proferiu o seguinte em seu voto no já citado Recurso Extraordinário 579.951/RN, precedente para a edição da súmula vinculante nº 13:

Então, quando o artigo 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC nº 12, porque o próprio Capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como, por exemplo, os de Secretário Municipal, são de agentes do Poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do artigo 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos — é como penso — são alcançados pela imperiosidade do artigo 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os Secretários Municipais, que correspondem a Secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e Ministros de Estado, no âmbito federal. (BRASIL, 2008)

Tal exclusão não deve, no entanto, ser vista como absoluta. O respeito à moralidade e à probidade devem se fazer presentes quando da nomeação de agentes políticos. O risco aqui é o uso indevido desta exceção admitida pelo STF por autoridades mal-intencionadas em busca da concretização de interesses próprios (TASSI, 2010), que atuem em violação ao espírito que inspirou a súmula e aos princípios que ensejaram sua edição.

6.2.3 Equívocos ao generalizar casos de nepotismo

A opinião pública é patente em condenar todos os casos de nepotismo, generalizando-os como imoralidade e corrupção. Ocorre que uma análise mais atenta da situação pode revelar alguns aspectos que, em verdade, divergem da visão leiga do assunto.

A súmula vinculante nº 13 foi editada tendo como pano de fundo o clamor da sociedade em favor de uma maior moralidade no trato da coisa pública. É evidente que a súmula acerta ao atacar os casos, provavelmente a maioria deles, em que o nepotismo se configura como uma completa afronta a uma série de princípios basilares referentes à Administração Pública, como o da moralidade, impessoalidade ou igualdade.

No entanto, nem todos os casos de nepotismo ensejam imoralidade. Na verdade, em determinadas situações, a negativa quanto ao emprego de parentes de agentes públicos no serviço público, nos moldes descritos pela súmula vinculante nº 13, além de não configurar uma imoralidade, poderia significar uma afronta a outros princípios, como o da eficiência¹⁸, da continuidade da prestação do serviço público¹⁹ e da própria isonomia, entendida aqui a partir do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988²⁰. Há um nepotismo que se põe como moral e que acaba sendo tratado junto aos demais casos, onde a imoralidade é patente e deve ser combatida.

O nepotismo desenfreado ou descontrolado, à luz do direito, sem direito ou apesar do direito, é um mal - o que se imagina fora de discussão.

Determinados exercícios de nepotismo entretanto, ante o direito objetivo e desapassionado que precisa informar o juízo crítico de todo profissional da área jurídica, não padece da mesma negativa configuração – amparados expressamente como estão pelo próprio texto constitucional.

E investir de forma indiscriminada e generalizante contra todo e qualquer ato de nepotismo, a julgar pelo só que existe até este momento em nosso

¹⁸ Sobre o princípio da eficiência, afirma José dos Santos Carvalho Filho: “O núcleo do princípio é a procura de produtividade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.” (FILHO, 2009)

¹⁹ Acerca do princípio da continuidade, José dos Santos Carvalho Filho assevera: “Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é o de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade. (...) Não é dispensável, porém, acentuar que a continuidade dos serviços públicos está intimamente ligada ao princípio da eficiência (...)”. (FILHO, 2009)

²⁰ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988)

ordenamento jurídico parece-nos constituir atitude pouco técnica, e perigosamente tendente a um moralismo que nem sempre conduz à técnica, fria, constitucional (...). (RIGOLIN, 2008)

Extrapolando uma questão colocada pela Ministra Carmen Lúcia em seu voto no Recurso Extraordinário nº 579.951/RN, podemos chegar a um exemplo de nepotismo moral:

Como neste caso não há esse dado concreto – há o dado apenas de que é um vereador e que o irmão dele foi nomeado para o cargo de Secretário de Saúde -, como sei que, em alguns municípios brasileiros, nos municípios de Minas Gerais, por exemplo, nos quais há um ou dois médicos na cidade, e talvez seja este o único que pode exercer esse cargo (...) (BRASIL, 2008)

No caso em questão, a Ministra argumentava em favor de se permitir que o irmão de um vereador fosse nomeado para um cargo político, qual seja, o de Secretário de Saúde, configurando uma exceção à súmula vinculante nº 13. Imaginemos que não se trata de emprego de agente político, mas sim que o Prefeito deste pequeno município de Minas Gerais colocado pela ministra tenha que nomear alguém para um cargo em comissão ou uma função gratificada. Devido à pequena população da cidade e à falta de profissionais capacitados, restaria a esse Prefeito a única opção de nomear um parente para ocupar o referido cargo ou função. No entanto, em respeito à súmula supracitada, não pode o governante proceder a esta nomeação, devendo, com a falta de opções, ou nomear uma pessoa inapta para o serviço ou deixar o cargo vago, já que ninguém dentre os não excluídos pela súmula seria capacitado o suficiente para exercê-lo.

Outro exemplo diz respeito a, por exemplo, um servidor público exemplar, eficiente e probo, mas que, por ser parente de alguma autoridade superior, se vê impedido de ser nomeado para uma função gratificada, mesmo sendo a pessoa mais indicada para tal.

Estes e outros exemplos nos mostram que nem sempre se pode taxar casos de nepotismo como uma afronta à moralidade e à impessoalidade. Nos dois casos descritos, o emprego de parentes, além de atitude moral, não violadora de princípios, na verdade reforça o respeito aos princípios da eficiência, continuidade do serviço público e isonomia. No caso do Prefeito, não nomear seu parente

significaria deixar o cargo vago ou nomear alguém incompatível com a função, em claro desacordo com os princípios da eficiência e colocando em risco a própria prestação de um serviço público. Na segunda situação, há uma clara afronta à isonomia, sendo o servidor impedido de assumir função gratificada somente porque goza de laços familiares para com uma autoridade superior.

Assim, há de se diferenciar os casos em que há um nepotismo moral, sendo um erro negar o acesso de parentes à cargos no serviço público, de acordo com a súmula vinculante nº 13, das situações em que o nepotismo é imoral e revelador de mais uma das faces com que a corrupção se apresenta dentro da Administração Pública no Brasil. O risco ao ignorar-se esta diferenciação é, subvertendo o espírito da súmula, deixarmos de prezar pelos princípios insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, para violarmos outros princípios, como o da eficiência, continuidade na prestação do serviço público ou isonomia, como supracitado.

7 Direito como integridade e nepotismo

O direito como integridade, teoria interpretativa do direito proposta por Ronald Dworkin, impõe certas exigências à atuação estatal, negando a este a possibilidade de conferir direitos a uns e negar a outros, de discriminar o acesso a direitos entre os cidadãos sem que haja forte motivação a embasar o ato. A integridade condena a incoerência de princípio nos atos estatais, devendo este dar respostas certas, guiadas pelos princípios informados pela comunidade personificada, às questões de direito.

A súmula vinculante nº 13 vai ao encontro do direito como integridade ao proibir o nepotismo imoral, como descrito no capítulo anterior. Este tipo de nepotismo é discriminatório, na medida em que um agente público usa de sua posição para beneficiar seus familiares, garantindo direitos a estes e negando-os ao restante da população em função dos laços de parentesco existentes. A integridade rechaça esta hipótese, obrigando o Estado a agir com base em princípios, garantindo direitos não só a alguns, mas estendendo-os a todos, no que concorda com a referida súmula.

Quanto aos casos de nepotismo moral, no entanto, a súmula se distancia do que pretende o direito como integridade. Ao proibir o nepotismo nestes casos, a súmula promove a violação de princípios expressos, como o da eficiência ou isonomia, não havendo, ainda, imoralidade nestas situações. Proibir o emprego de parentes de agentes públicos no serviço público nestas hipóteses, como estipula a súmula, significa negar um direito a uma parcela da população, qual seja, a dos referidos familiares, sem haver motivação alguma para embasar o ato, podendo este fato, em verdade, promover uma piora na prestação do serviço público.

Dworkin estipula, ainda, que decisões judiciais devem ser fundamentadas em questões de princípio, não de política e que a positivação de direitos instituídos para a concretização de uma política pública faz com que os mesmos deixem de ser uma questão de política, se tornando uma questão de princípio.

Cabe aqui salientar que questões de princípio não se confundem com a opinião da maioria popular, podendo e devendo haver oposições entre as duas, até pela própria natureza dos argumentos de princípio.

Assim, questões de princípios são questões que não só podem, como também devem, ser opostas inclusive contra a opinião das maiorias democráticas. Quer dizer, questões de princípio são questões que devem prevalecer sobre as questões de políticas públicas, pois os princípios de moralidade política são questões que não estão sujeitas a uma escolha política democrática, não estão sujeitas à opinião da maioria. (SIMIONI, 2011)

Analisando por este viés, vê-se que a decisão constante da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, que ensejou a edição da súmula vinculante nº 13, baseou-se em argumentos de princípio quanto ao nepotismo imoral, como preceitua a teoria de Ronald Dworkin.

A defesa de princípios positivados, como a moralidade e a impessoalidade, inscritos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal frente a uma situação em que há uma discriminação injustificada no acesso a direitos por um agente público a uma parcela da população torna inegável a conformidade da decisão judicial referente à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 frente à integridade. Há uma clara consonância entre o que pretende o direito como integridade e o dispositivo da súmula, nestas hipóteses.

Diversamente, nos casos de nepotismo moral, as questões de princípio que ensejaram a decisão na ADC 12 e, conseqüentemente possibilitaram a edição da súmula vinculante nº 13 já não se fazem presentes. Não há violação à moralidade ou à impessoalidade. Outras questões de princípio emergem aqui, como a proteção aos princípios da eficiência, da isonomia e da continuidade na prestação do serviço público, justificando, no entanto, que não se proíba o nepotismo nestes casos. Assim, por uma questão de princípio, não deveria haver proibição sobre o nepotismo moral.

8 Conclusão

O nepotismo é uma prática histórica e que deve ser combatida por ser, em geral, evitada de imoralidade. No caso brasileiro, no que pese a falta de normatização acerca do tema, a edição da súmula vinculante nº 13 foi um marco no combate ao nepotismo, a partir da qual se proibiu a nomeação de parentes de agentes públicos para cargos em comissão e funções gratificadas.

A edição da referida súmula refletiu os anseios da sociedade em busca de maior moralidade na Administração Pública, o que não impede que algumas críticas possam ser tecidas a seu respeito. Assim, procedeu-se à análise crítica do disposto, apontando-se questões referentes a aspectos formais e materiais da súmula vinculante nº 13 e colocando-se hipóteses em que o nepotismo não caracterizaria uma imoralidade.

O objetivo do presente trabalho foi também analisar a questão do nepotismo através do direito como integridade, teoria interpretativa do direito proposta por Ronald Dworkin. Após as considerações iniciais acerca do arcabouço teórico de Dworkin, examinou-se a questão, apontando-se situações em que a súmula vinculante nº 13 acertava e falhava, de acordo com o marco teórico proposto.

O presente estudo não pretende esgotar o assunto referente ao nepotismo e à súmula vinculante nº 13. Espera-se, aqui, contribuir com sua revisão, encorajando-se novas pesquisas com o mesmo escopo e promovendo-se a melhoria de uma súmula que, como visto, trata de um tema relevante e de grande apelo popular, mas que apresenta alguns pontos nebulosos.

REFERÊNCIAS

ANTONIO, Alice Barroso de. **O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_07/anexos/sumula_vinculante_nro13.pdf> Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 20 jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 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.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm> Acesso em: 27 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/2008. Brasília, DF, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>> Acesso em 10 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.951-4/RN. Brasília, DF, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>> Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032> Acesso em 10 jul. 2013.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERES, Marcos Vinício Chein; FIGUEIREDO, Ronan. **Doenças negligenciadas como uma questão de direito: uma análise do modelo de patentes farmacêuticas sob o prisma do direito como integridade.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/09_1330.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2011.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 22^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles de; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MAGALHÃES, Bruno Barata. **Súmula 13 deve ser aplicada com mais cautela**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jan-23/sumula-nepotismo-aplicada-cautela>> Acesso em: 04 ago. 2013.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 15^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINHEIRO, Rodrigo Paladino. **A súmula como ferramenta facilitadora do Direito**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374>. Acesso em: 27 jul. 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Sobre o nepotismo: uma reflexão sobre moralidade e moralismo**. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500406.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2013.

SANTOS, Ramon Alberto dos; ARAÚJO, Renê José Cilião de. **Common law e civil law: uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e suas influências mútuas**. Disponível em: <http://www.academia.edu/441355/COMMON_LAW_E_CIVIL_LAW_UMA_ANALISE_DOS_SISTEMAS_JURIDICOS_BRASILEIRO_E_NORTE-AMERICANO_E_SUAS_INFLUENCIAS_MUTUAS> Acesso em: 16 jul. 2013.

SIMIONI, Rafael. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas**. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756>> Acesso em: 16 jul. 2013.

TASSI, Felipe Rodrigues. **Análise crítica da súmula vinculante nº 13**. 41 fls. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2010.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. **O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2299/O-principio-constitucional-da-moralidade-e-o-nepotismo>> Acesso em: 4 ago. 2013.