

O Alcance da Súmula Vinculante Nº 13 em Relação à Ocupação de Cargos e Funções de Confiança por Servidores Efetivos e a Concretização dos Princípios Constitucionais

The scope of the “súmula vinculante” nº 13 in regards to the occupation, by government employees, of positions filled through discretionary nomination, and the concretization of constitutional principles.

Ediara de Souza Barreto¹

RESUMO

A edição da súmula vinculante nº 13 representou importante consolidação, na consciência jurídica e política nacional, da vedação constitucional ao nepotismo, fazendo emergir sobretudo questões relativas aos princípios da moralidade e da impessoalidade. Todavia, a existência de problemas na redação do enunciado não permite a sua aplicação de forma clara em certas situações, havendo, pois, dificuldades em relação aos seus corretos limites, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a sinalizar a necessidade de certos abrandamentos. O presente artigo visa analisar os critérios e as condições necessárias para a aplicabilidade do seu conteúdo e, por consequência, dos princípios constitucionais citados, quando a relação de parentesco envolver servidor ocupante de cargo efetivo.

Palavras-Chave: Força Normativa dos Princípios. Moralidade. Impessoalidade. Eficiência. Acesso aos Cargos Públicos.

ABSTRACT

The formulation of the “súmula vinculante” nº 13 represented an important consolidation, in the judicial and political national conscience, of the constitutional prohibition of nepotism. It gave rise, above all, to questions regarding

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, atuando como servidora no Ministério Público do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia junto à Procuradoria-Geral. E-mail: ediarabarreto@gmail.com

the principles of morality and impersonality. Nonetheless, the existence of problems in its wording does not allow for a clear application of the “súmula vinculante” nº 13 in certain situations, thus creating difficulties regarding its correct limitations. This has led doctrine and jurisprudence to signalize the need for some flexibility. The present article aims at analyzing the criteria and the necessary conditions for the applicability of its content and, as a result, the applicability of the aforementioned constitutional principles when the family connection involves the tenured public servant nominated for the effective position.

Keywords: Normative Force of Legal Principles. Morality. Impersonality. Efficiency. Access to Public Offices.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O termo “nepotismo” traduz a ideia de favorecimento em virtude de relação de parentesco, tendo adquirido atualmente uma conotação mais específica, pertinente à nomeação de membros da mesma família para cargos e funções públicas².

Tal prática, infelizmente tão corriqueira nos mais diversos escalões do serviço público, não é vedada de forma expressa pela Constituição Federal, o que de forma alguma impede a sua deslegitimação social e jurídica.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que a ausência de autorização para o nepotismo decorre diretamente da Carta da República, consistindo em violação aos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência. Por esta razão, editou o enunciado de nº 13, extraído da súmula da sua jurisprudência dominante, ora transcrito:

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

2 Conforme definição extraída do Dicionário Eletrônico Michaelis, a palavra “nepotismo” significa “1. Excessiva influência que os sobrinhos e outros parentes dos papas exerceram na administração eclesiástica. 2. Favoritismo de certos governantes aos seus parentes e familiares, facilitando-lhes a ascensão social, independentemente de suas aptidões.”. (WEISZFLOG, acesso em 06 set. 2014)

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

Com base nisso, verifica-se que *a priori* está vedada a ocupação de cargo em comissão ou função de confiança por pessoas incluídas no círculo familiar do agente público, como forma de evitar que a sua condição possa favorecer indevidamente o acesso aos quadros da Administração e eventualmente cause prejuízos ao erário em razão, por exemplo, da nomeação de pessoa sem a devida qualificação técnica para o desenvolvimento de determinada atividade.

Todavia, em algumas situações, a incidência deste enunciado e, por consequência, dos princípios em virtude dos quais foi elaborado, acaba por gerar soluções injustas ou mesmo esbarra em outros valores também protegidos pelo ordenamento jurídico, levando a jurisprudência e a doutrina a relativizar o seu conteúdo. É o caso da nomeação de parentes para o exercício de cargos de natureza política, que vem sendo admitida pelo STF em face à discricionariedade do agente político para nomear os seus assessores diretos³.

Frequentes são as críticas doutrinárias acerca do modo como o dispositivo foi redigido, ressaltando que, por um lado, ele deixou de abarcar situações que deveriam ter sido explicitadas como proibidas e, por outro, conferiu desproporcional rigor ao tratamento de certos casos.

Do ponto de vista sociológico, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 25) observa ter havido excesso na edição da norma em razão da insatisfação oriunda do comprometido histórico de verificado na realidade nacional, trazendo as seguintes considerações:

A determinação guarda algum radicalismo e certamente provocará injustiças, visto que existem parentes ocupando cargos e funções de confiança dotados de eficiência, interesse administrativo e espírito público. Não obstante, tantos foram os abusos cometidos e os apadrinhamentos ocorridos, e tão densa se revelou a insatisfação social com esse estado de coisas, que a reação acabou por exceder os limites em função dos quais foi oposta. Essa é a constatação que, numa visão sociológica, frequentemente se encontra. Por outro lado, a norma, tal como veiculada,

3 Nesse sentido, Recl. 14.497 MC, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Decisão Monocrática, Julgamento em 11/10/12, Publicado em 19/10/12.

provocará complexidades em sua aplicação.

Uma das complexidades apontadas consiste justamente no impedimento imposto àqueles que, ocupantes de um cargo de provimento efetivo, não poderiam assumir funções gratificadas ou cargos em comissão/confiança por possuírem um dos vínculos discriminados pela súmula vinculante nº 13. Para o autor, se o agente ingressou nos quadros funcionais da Administração por concurso público, não há que se falar em incidência do enunciado em comento, cuja função seria “alcançar, isto sim, parentes que sequer integram os quadros funcionais, propiciando seu ingresso nestes, portanto, sem concurso público” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 25).

A título exemplificativo, tratar-se-ia da hipótese na qual o prefeito de determinado município nomeia o seu filho, professor efetivo da rede pública de ensino, para o exercício de uma função na escola onde leciona, com acréscimos remuneratórios, ou para o exercício de determinado cargo de direção, chefia ou assessoramento na Secretaria de Educação.

Aqui, ao lado dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, seria necessário ponderar também o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos, consagrado no art. 37, inciso I, da Constituição Federal e complementado pelo seu inciso II⁴.

Além disso, não parece um despropósito cogitar do inegável prejuízo àquele que, porventura munido da qualificação técnica necessária para exercer determinada função/cargo, se vê totalmente impedido dessa possibilidade por conta de uma circunstância em relação à qual nada pode fazer ou transformar – a sua relação de parentesco com alguém. Noutra quadra, é bastante provável a ocorrência de favorecimentos indevidos e de ineficiência no exercício da atividade pública por um familiar.

Parece claro, portanto, tratar-se de situação na qual a nomeação e a exoneração não são tão livres, tendo em vista envolver a ponderação dos princípios e valores destacados, impondo-se ao administrador e aos órgãos de controle grande esforço argumentativo para aferir a sua constitucionalidade.

4 Art. 37. I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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.

Por meio deste artigo, propõe-se a utilização de elementos extraídos da Teoria dos Princípios para a definição de parâmetros que possam oferecer soluções minimamente previsíveis e seguras para este tipo de conflito, preservando-se, por um lado, os anseios de um serviço público moralmente legítimo e, por outro, os interesses daqueles que o realizam⁵.

Para tanto, será feita breve elucidação doutrinária acerca da distinção entre princípios e regras, bem como das principais características destas espécies normativas, e, em seguida, o tema será abordado de forma mais direta, tendo como referência o princípio da moralidade.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na atualidade, há certo consenso quanto à densidade normativa dos princípios jurídicos, os quais, ao lado das regras, constituem o arcabouço normativo regulatório de quase todos os ramos do Direito. Com efeito, poucas são as vozes que ainda se levantam para atribuir-lhes funções meramente interpretativas, de colmatação de lacunas ou de integração, reconhecendo-lhes inegável força cogente⁶.

Em formulação bastante precisa, Robert Alexy (2011, p. 87) afirma que “tanto regras como princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”. Como decorrência disso, a Constituição, os Códigos, a legislação extraordinária e demais atos normativos estão repletos de princípios, os quais também são aplicados cotidianamente na prática negocial e judicial, conferindo ao sistema jurídico brasileiro maior flexibilidade e abertura a valores suprapositivos, tais como justiça e equidade.

Avançando, pois, a realidade jurídica nacional enfrenta agora novos desafios, especialmente no que tange ao modo de aplicação destas normas principiológicas e à correta definição dos seus limites, temas estes que ganham especial relevo quando inseridos no contexto da chamada “criação judicial do Direito” e na necessidade de assegurar segurança jurídica.

Não obstante a existência de divergências na doutrina, em termos gerais os princípios e as regras são distintos quanto à estrutura, ao modo de

5 Não custa recordar que atualmente se tem questionado muito a banalização e o mau uso dos princípios jurídicos. Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 60) chega a falar em “geleia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”, causando séria “deterioração da qualidade do debate jurídico”.

6 Nesse sentido, Fredie Didier Junior (2010, p. 25-26).

aplicação, à solução de conflitos e ao tipo de resposta oferecida a partir de um problema concreto.

Consistem as regras em determinações, ou seja, relatos descritivos de condutas proibidas, permitidas ou impostas, por meio das quais, mediante subsunção, é possível verificar diretamente a consequência jurídica que lhe fora atribuída. Para Karl Larenz (LARENZ, 1979, p. 23 apud ÁVILA, 2014, p. 56), as regras estabelecem uma conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica, ao contrário dos princípios, cuja função seria somente indicar “a direção em relação à regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo orientador de outros passos para a obtenção da regra”.

Analisando as contribuições de Ronald Dworkin, Humberto Ávila (2014, p. 56-57) consigna que as regras são aplicadas a partir do modelo do “tudo ou nada”, de sorte que “se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”. O eventual conflito entre duas regras, pois, resolve-se por meio da declaração de invalidade de uma delas.

Por seu turno, os princípios caracterizam-se por serem normas cuja previsão dos relatos se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar imediatamente a conduta esperada, cabendo ao intérprete analisar o caso concreto para definir a solução jurídica a ser oferecida em face aos eventuais princípios em colisão.

Para Dworkin (2010, p. 39-41), regras e princípios são conjuntos de padrões que se distinguem em razão da “natureza da orientação que oferecem”, individualizando-se estes por não apresentarem “consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.

Ademais, os princípios possuiriam uma “dimensão de peso ou importância”, não encontrável nas regras, que direciona a solução de antinomias entre tais normas para a aferição de qual deve prevalecer em uma dada situação (DWORKIN, 2010, p. 42), resolvendo-se os conflitos no plano eficaz. Os princípios, pois, conteriam somente fundamentos a serem conjugados com outros fundamentos, não se cogitando em declaração de invalidade de qualquer deles (ÁVILA, 2014, p. 57).

Aprimorando os conceitos de Dworkin, Robert Alexy sustenta que as normas principiológicas estabelecem “mandamentos de otimização” por meio dos quais “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível,

de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, 2011, p. 90). Quanto às possibilidades jurídicas, o autor enfatiza que o seu âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Desse modo, as regras ostentariam um caráter definitivo e os princípios, um caráter *prima facie*, instituindo razões/obrigações provisórias para uma determinada conclusão (DWORKIN, 2010, p. 103-106). Surgindo outras razões provisórias a serem ponderadas, aquelas inicialmente apresentadas pelo princípio podem ser afastadas.

Dentre outros, Humberto Ávila destaca o critério diferenciador consistente na medida de contribuição para a decisão a ser tomada. Nesse contexto, as regras emergem com a pretensão de oferecer soluções para conflitos já antecipados pelos órgãos legislativos, enquanto os princípios “apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável” (ÁVILA, 2014, p. 115).

Outrossim, o autor ainda enfatiza que os princípios estabelecem a promoção de um estado ideal de coisas, um fim a ser alcançado mediante a adoção de determinados comportamentos, que “passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza” (ÁVILA, 2014, p. 102).

3 DO ENFRENTAMENTO DA CONTROVÉRSIA

Retornando ao cerne do problema discutido neste artigo, tem-se o seguinte questionamento: em se tratando de servidor efetivo, a relação de parentesco com outro agente público nas hipóteses previstas pela súmula vinculante nº 13 o impede de exercer cargos ou funções de confiança?

O enunciado em apreço, embora possua inegável caráter normativo e esteja incluído no contexto da criação judicial do Direito⁷, em essência, consubstancia o entendimento consolidado da mais elevada corte judicial do país sobre matéria já discutida inúmeras vezes. Trata-se, pois, de posicio-

7 Nesse sentido, valiosas são as lições de Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 966): “É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito nos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa”.

namento jurisprudencial dotado de expressiva representatividade no âmbito jurídico e social, não sendo exagero afirmar que o enunciado vinculante concretiza a visão jurídica predominante acerca de um dado tema num determinado período.

No caso específico, ao fazer constar que a nomeação de pessoas com vínculos familiares para a ocupação de cargos/funções de confiança viola a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal assentou a premissa de que, neste caso, os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência⁸ são vulnerados, concretizando-os, portanto, por meio do estabelecimento de uma regra proibitiva a ser oposta em face aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

A discricionariedade do gestor público na nomeação dos seus auxiliares de confiança, portanto, não prevaleceu em face aos princípios mencionados.

Todavia, a situação ora debatida acrescenta à ponderação os princípios do livre acesso aos cargos públicos e da igualdade, tornando-se necessário considerar o prejuízo causado àquele que ingressou legitimamente nos quadros funcionais do Poder Público através de concurso e se vê de antemão impedido de exercer atividades de confiança.

Cuida-se de situação enquadrável no que se denominou de “lacuna axiológica” (MENDES, 2013, p. 90), decorrente da ausência de previsão de uma circunstância constitucionalmente relevante na elaboração de uma norma, hipótese na qual:

Há uma solução normativa formal para o problema, mas o intérprete a tem como insatisfatória, porque percebe que a norma não tomou em conta uma característica do caso que tem perante si, a qual, se levada em consideração, conduziria a outro desfecho (MENDES, 2013, p. 90).

Cria-se, então, o seguinte dilema: a sociedade brasileira e especialmente o seu meio jurídico já consolidaram o entendimento de que o vínculo de parentesco impede o exercício de cargos/funções de confiança, tendo em vista o histórico de imoralidade, descaso com as atividades públicas e ineficiência verificados nestas circunstâncias. Assim, não é possível simplesmente

te ignorar o comando da súmula vinculante, principalmente quando ocorre omissão regulamentadora dos entes federativos. Com efeito, não há dispositivo expresso na Constituição Federal vedando o nepotismo e, além disso, poucos são os diplomas normativos (decretos, leis) que tratam do tema, principalmente nos Estados e Municípios, o que reforça a importância do enunciado em apreço⁹.

Ainda importa referir que a superação de uma regra vinculante estabelecida pelo STF em razão do sopesamento dos princípios que lhe são subjacentes e contrapostos oferece graves riscos à segurança jurídica¹⁰, sendo imprescindíveis as tentativas de criação de parâmetros a ser observados nas possíveis nomeações e no posterior controle exercido em relação a estas.

3.1. Dos passos para a extração da normatividade dos princípios

A partir da sua concepção de princípios como espécie normativa por meio da qual se estabelece um estado ideal de coisas a ser buscado, Humberto Ávila (2013, p. 117-119) propõe que os comportamentos necessários ao seu alcance sejam determinados a partir de alguns passos, ora resumidos em razão do escopo deste artigo: **(i)** especificações dos fins estabelecidos pelo princípio; **(ii)** pesquisa de casos paradigmáticos, especialmente nos tribunais superiores, e identificação de similaridades entre eles; e **(iii)** verificação e exposição de possíveis critérios aptos a delimitar os comportamentos necessários para a sua realização.

Para Ávila, primeiramente é necessário especificar os fins ao máximo, o que se faz mediante a leitura atenta da Constituição Federal, identificando-se as disposições relacionadas com os princípios estudados e com os princípios fundamentais e, por outro lado, buscando normas que possam restringir o alcance do princípio (ÁVILA, 2013, p. 117).

⁹ Vale destacar que a jurisprudência do STF é pacífica quanto ao fato de que a vedação ao nepotismo decorre diretamente dos princípios do art. 37, caput, da Constituição Federal, independentemente da edição de lei formal (nesse sentido, Recl 15.451). No entanto, para a Corte, a edição de atos regulamentares quanto à configuração desta prática compete aos entes federativos e esferas de poder (nesse sentido, MS 31.697). Nesse contexto, inclusive, Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 972) destaca que “a adoção da súmula vinculante para a Administração Pública exige a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância desta por parte desta dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações – para o Supremo Tribunal Federal”.

¹⁰ O aprofundamento no tema da superabilidade das regras foge ao escopo deste trabalho, sendo imprescindível, todavia, citar a doutrina de Humberto Ávila exposta no livro “Teoria dos Princípios” (2013).

Com base na análise feita pelo autor em relação ao princípio da moralidade, vale dizer que a Constituição de 1988 o consagrou em diversos dispositivos e, principalmente, nos seguintes casos: **(i)** posituação do princípio da impessoalidade como regente da Administração Pública (art. 37, caput); **(ii)** a instituição da regra do concurso público para ingresso nos quadros funcionais estatais (art. 37, II); **(iii)** proibição quanto à acumulação de cargos (art. 37, XVI); **(iv)** vedação à autopromoção (art. 37, §1º); **(v)** exigência de idoneidade moral e/ou reputação ilibada para o ingresso em determinados cargos (arts. 73, 101, 109 etc.); **(vi)** coibição dos atos de improbidade administrativa e instituição de hipótese de cassação de direitos políticos em virtude da sua prática (art. 37, §4º c/c art. 15, V); **(vii)** possibilidade de instituição de hipótese de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandato (art. 14, §9º); e **(viii)** manejo da ação popular contra atos lesivos à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII).

Em síntese bastante elucidativa, Humberto Ávila (2013, p. 121) sugere:

A sistematização do significado preliminar desses dispositivos termina por demonstrar que a Constituição Federal estabeleceu um rigoroso padrão de conduta para o ingresso e para o exercício da função pública, de tal sorte que, **inexistindo seriedade, motivação e objetividade**, os atos podem ser revistos por mecanismos internos e externos de controle. (grifos acrescentados)

Por outro lado, em consonância com o princípio da isonomia (art. 5º, caput) o texto constitucional também garante a ampla acessibilidade aos cargos públicos, determinando que *“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”* (art. 37, I).

Avançando para o segundo passo¹¹, a análise dos julgados que ensejaram a edição da súmula vinculante nº 13¹² e dos julgados destacados pelo

11 A importância deste segundo passo merece destaque tendo em vista que, conforme ressalva de Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 970), os limites objetivos de uma súmula vinculante são definidos pelo seu enunciado, o qual, por seu turno, somente pode ser devidamente compreendido a partir dos julgados que ensejaram a sua edição. Ademais, “tais referências são importantes também no que diz respeito à eventual distinção ou *distinguishing* que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante”, o que se aplica perfeitamente à proposta deste artigo.

12 ADI 1.521 MC, MS 23.780, ADC 12-MC, ADC 12 e RE 579.951. Disponível em:

«http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0013vinculante.htm» Acesso em 17 set. 2014.

próprio STF¹³ evidencia uma tendência muito clara em ampliar e reforçar o entendimento consolidado, estabelecendo raras exceções.

É o que se demonstra, por exemplo, no julgamento do MS 31.697¹⁴, em sede do qual se destacou que a súmula em apreço não exaure as modalidades de nepotismo, permitindo ao Poder Judiciário a apreciação de atos supostamente não enquadráveis nos seus estritos termos que encerram violações à Constituição Federal.

Inclusive, a única ressalva explícita ao conteúdo do enunciado consiste na nomeação de parentes para o exercício de cargos políticos e, ainda assim, grandes são as reservas estabelecidas no que toca à necessidade de análise casuística e à formação de possível precedente neste sentido, conforme se demonstra:

Em ambos os casos, a Corte excluiu da incidência da Súmula Vinculante nº 13 a situação de nomeação de irmãos para cargos de natureza política, como Secretário de Estado. **A Corte assentou, ainda, que aqueles julgamentos não deveriam ser considerados como precedentes específicos, pois a abordagem do nepotismo deve ser realizada caso a caso.** (Rcl 14.497 MC, Relator Min. Joaquim Barbosa, Decisão Monocrática, Julgamento em 11/10/2012, Publicado em 19/10/2012). (grifos acrescidos)

(...) a decisão reclamada está em aparente confronto com a matriz jurisprudencial firmada pelo Plenário desta Corte, que, ao apreciar a Rcl 6.650-MC-AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, ratificou o entendimento que havia sido anteriormente sinalizado no julgamento de mérito do RE 579.951/RN, de minha relatoria, no sentido de que os cargos de natureza eminentemente política não se submetem, a princípio, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante 13. (...) Consigno, contudo, que, no julgamento plenário desses dois arestos já referidos, ficou ressaltado que **aquelas decisões referiam-se aos casos concretamente analisados e que a investigação das situações de nepotismo, mesmo na hipótese de cargos políticos, deveria ser realizada caso a caso.**

(Rcl 14.549 MC, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, Julgamento em 27/09/2012, Publicado em

13 Rcl 9.013, MS 31.697, Rcl 15.451, Rcl 16.924, Rcl 14.497, Rcl 15.549, Rcl 12.742, Rcl 12.468, Rcl 6.702MC-AgR e Rcl 6.650 MC-Agr. Disponível em: « <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sufmula=1227>». Acesso em 17 set. 2014.

14 MS 31.697, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 11.3.2014, DJe de 2.4.2014.

02/10/2012). (grifos acrescentados)

Vale ressaltar que o problema das nomeações/designações de parentes que já fazem parte dos quadros da Administração Pública ainda não foi enfrentado diretamente pelo STF. Todavia, no julgamento da ADI 1521-4, o Ministro Marco Aurélio o analisou de forma transversal, tecendo as importantes considerações abaixo colacionadas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 12/1995 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CARACTERIZAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO. PROIBIÇÃO DA PRÁTICA DE NEPOTISMO. ADI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I – A vedação a que cônjuges ou companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau, de titulares de cargo público ocupem cargos em comissão visa a assegurar, sobretudo, cumprimento ao princípio constitucional da isonomia, bem assim fazer valer os princípios da impessoalidade e moralidade na Administração Pública. (...)

(Voto do Ministro Marco Aurélio) Tênuos têm sido as iniciativas objetivando coibir abusos notados no preenchimento de cargos em comissão: **por vezes, são parentes de autoridades do primeiro escalão que efetuam concurso público para a ocupação de cargos de menor importância**, inclusive os situados na base da pirâmide hierárquica, **para, a seguir, à mercê de apadrinhamento revelador de nepotismo, chegarem a cargos de maior ascendência**, quer sob o ângulo da atividade desenvolvida, que considerada a remuneração; **outras vezes, ocorre a 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’)**. A origem dessa situação é remota, com raízes fincadas no período da colonização. A par desse aspecto, tem-se ainda o desvirtuamento das próprias funções, de vez não raro dá-se a investidura para o exercício de funções que, na realidade, não se fazem compatíveis com a nomeação para cargos em comissão. (ADI 1521, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento em 19/06/2013, Publicado em 13/08/2013). (grifos acrescentados)

O terceiro passo, concernente na busca e estabelecimento de critérios,

não pode desprezar os esparsos diplomas normativos que regulamentam a matéria no âmbito federal, do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça.

De antemão, todavia, importa consignar uma observação. Como afirmado anteriormente, a edição de instrumentos regulatórios compete a cada ente federativo e esfera de Poder e, por outro lado, muitos deles ainda estão omissos nesta seara. Não se trata, portanto, de aplicar os respectivos regulamentos em outras entidades, mas sim de tentar extrair parâmetros comuns que, decorrentes do próprio princípio da moralidade, possam auxiliar a sua aplicação quanto ao aspecto do nepotismo.

Em âmbito federal, a proibição ao nepotismo foi regulamentada pelo Decreto nº 7.203/2010, cujo art. 3º dispõe serem vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento para cargo em comissão ou função de confiança, atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público ou estágio, salvo, nestes últimos casos, quando tiver havido regular processo seletivo.

Noutra quadra, são excluídas desta proibição as nomeações, designações ou contratações de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes inclusive aposentados (art. 4º, inciso I). Para tanto, exige-se a observância do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado.

No mesmo sentido, o art. 2º, § 1º, da Resolução de nº 07 do Conselho Nacional de Justiça dispôs, antes mesmo de o STF ter editado a súmula vinculante nº 13, que, sendo concursado o servidor, a proibição de acesso não se aplicaria desde que houvesse compatibilidade do grau de escolaridade ou complexidade da atividade desenvolvida no cargo de origem com o cargo ou função a ser exercido, não sendo possível na hipótese de subordinação imediata em relação à autoridade nomeante¹⁵.

¹⁵ Registre-se que a constitucionalidade deste ato normativo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC-12 (Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, Julgamento em 20/08/08, Publicado em 18/12/09).

Por seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 1/2005, trata do tema no seu art. 2º: “a proibição não alcança o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo dos quadros do Ministério Público, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao membro determinante da incompatibilidade”.

A partir da leitura de tais disposições, é possível elencar alguns requisitos indispensáveis para lastrear a legitimidade dos atos em apreço: (i) compatibilidade entre o cargo de origem e o cargo/função de confiança de destino quanto à atividade desenvolvida, ao grau de escolaridade, e à complexidade técnica; (ii) compatibilidade com a qualificação profissional e técnica do agente público; e (iii) ausência de submissão direta em relação à autoridade nomeante¹⁶.

Outrossim, registre-se que a doutrina costuma ver com ressalvas as nomeações de familiares mesmo na hipótese de nomeação para cargos políticos – já admitida pelo Supremo Tribunal Federal –, exigindo a comprovação de justificativa plausível e da qualificação técnica pertinente:

Faz-se necessário frisar que, em julgados posteriores ao RE 579.951/RN e à Rcl-MC 6.650/PR, os ministros do Supremo Tribunal Federal têm procurado deixar claro que a inaplicabilidade da Súmula Vinculante 13 à nomeação para cargos políticos é mera regra geral. Devem ser analisadas as peculiaridades de cada caso concreto. Por exemplo, **mesmo sendo para um cargo político, a nomeação será ilícita, configurando o nepotismo, com violação da Súmula Vinculante 13, se ficar demonstrado que ela se deu exclusivamente por causa do parentesco** (o nomeado não possui qualquer qualificação profissional, curricular ou técnica que justifique a sua escolha), ou como uma troca de favores, ou para burlar uma situação anterior irregular, na qual aquele mesmo parente havia sido nomeado para um cargo meramente administrativo, entre outras possibilidades em que fique patentemente caracterizada a afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013, p. 305) (grifos acrescentados)

Devem ser evitadas tais nomeações, se possível: independente-

16 Parece elementar que a subordinação direta à autoridade administrativa com a qual o agente público possua laços de matrimônio, união estável ou parentesco implica grave risco à eficiência na prestação da atividade pública, sendo possível cogitar inclusive a não prestação do serviço, além de possíveis desconfortos no ambiente de trabalho, o que justifica a existência de restrições nesses casos.

mente da natureza política dos cargos, **sempre vai pairar uma suspeita de favorecimento ilegítimo**. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 25) (grifos acrescidos)

Não pairam dúvidas, portanto, quanto à necessidade de estabelecimento de critérios para a resolução dos problemas envolvendo a aplicabilidade da súmula vinculante nº 13, sendo a jurisprudência, a doutrina e a própria Constituição fontes de fundamental relevância neste processo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a análise das normas constitucionais relativas aos princípios envolvidos e dos posicionamentos jurisprudenciais, normativos e doutrinários destacados, nota-se que a aplicabilidade ou não da súmula vinculante nº 13 aos casos envolvendo familiares somente pode ser definida a partir da exposição clara dos critérios aptos a legitimar esta escolha, o que somente pode ser feito por meio da motivação dos respectivos atos.

Isso porque, tendo em vista o conteúdo do enunciado em apreço, a designação/nomeação de parentes, ainda que efetivos, para o exercício de funções/cargos de confiança deve ser alvo de especial cautela e precisa ser acompanhada de motivos razoáveis que justifiquem a criação de exceção ao entendimento sumulado. A mera aprovação em certame público não isenta os agentes – nomeante e nomeado – da verificação quanto à moralidade e razoabilidade da admissão e, portanto, não tem o condão de excluí-los de per si da condição de destinatários do enunciado em apreço.

Entretanto, também não é possível negar desde logo esta possibilidade, tendo em vista a necessidade de sopesamento da moralidade, impessoalidade e eficiência, de um lado, com a isonomia e o livre acesso aos cargos públicos, de outro.

Ademais, não se pode esquecer que o manejo dos princípios jurídicos pressupõe a sua ponderação ante as peculiaridades do caso concreto e, especialmente no que toca à moralidade, valiosas são as já citadas considerações de Humberto Ávila quanto à necessidade de demonstração da seriedade, motivação e objetividade do ato.

A busca por uma solução legítima, portanto, pressupõe a análise e a ex-

posição das circunstâncias individuais relativas à nomeação/designação, tais como a comprovação da compatibilidade entre os cargos de origem e destino, o grau de escolaridade e o lapso temporal decorrido entre a assunção do cargo pela autoridade nomeante e a mudança funcional do seu familiar, ainda que não haja qualquer diploma normativo regendo a matéria na esfera do ente federativo.

A título exemplificativo, parece ser difícil sustentar a legitimidade da designação de determinado servidor para o exercício da função de confiança de maior hierarquia num determinado órgão poucos dias após seu pai ter sido empossado no cargo de prefeito, sem que tenha havido a conclusão de um curso de qualificação ou qualquer acontecimento excepcional apto a ilidir os fortes indícios de que a sua ascensão funcional não tenha decorrido unicamente da existência de vínculo familiar com a autoridade que o nomeou.

Desse modo, ainda que o texto constitucional consagre a liberdade de nomeação e exoneração em relação aos cargos em comissão e funções de confiança (art. 37, II), é perfeitamente possível exigir do agente público, nas situações ora tratadas, que exponha as suas razões de forma clara e fundamentada, especialmente quando demandado por órgãos de controle acerca da sua legitimidade.

Como dito, os princípios jurídicos instituem razões provisórias e podem oferecer respostas jurídicas distintas a depender do caso concreto. Assim, vale frisar que as diretrizes oferecidas neste artigo são inservíveis para estabelecer uma regra que solucione de forma absoluta a controvérsia suscitada, podendo ser utilizadas tanto para permitir a incidência como a não aplicação da súmula vinculante nº 13 às situações envolvendo funcionários públicos efetivos.

O que se propõe, portanto, é que a discussão seja um pouco mais aprofundada, principalmente a partir da delimitação de critérios, não se limitando o intérprete a invocar genericamente os princípios que embasariam a tese por ele defendida sem ao menos tentar concretizá-los e, com isso, oferecer soluções devidamente fundamentadas, seguras e legítimas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**

Descomplicado. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 21 ed.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12 ed. Salvador: Juspodium, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é Preguiça? In: **Direito Administrativo para Céticos.** São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-84.

WEISZFLOG, Walter. **Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa.** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=nepotismo>>. Acesso em 06 set. 2014.