



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

PEDRO CARNEIRO KOLB

**O NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: considerações à luz do
ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1988**

**FORTALEZA
2015**

PEDRO CARNEIRO KOLB

O NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: considerações à luz do ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1988

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

-
- K81n Kolb, Pedro Carneiro.
O nepotismo na administração pública: considerações à luz do ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1988 / Pedro Carneiro Kolb. – 2015.
44 f.: 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.
Orientação: Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra.
1. Administração pública. 2. Nepotismo. 3. Súmula vinculante. 4. Servidores públicos. I.
Título.
-

PEDRO CARNEIRO KOLB

O NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: considerações à luz do ordenamento
jurídico brasileiro a partir de 1988

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Eliseu Sampaio Nogueira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Milena Sousa de Oliveira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Porque Dele, e por Ele, e para Ele são todas as coisas. A Ele seja a glória para todo o sempre. (Rom.11:36)

AGRADECIMENTOS

Agradeço:

A Deus, em primeiro lugar, por sua presença constante ao meu lado todos os dias;

A minha esposa por seu amor e apoio em todos os momentos e familiares que torceram por mim nessa cansativa jornada;

Ao professor Dr. Carlos César Sousa Cintra, meu orientador, que aceitou prontamente me auxiliar nessa jornada monográfica. Também aos demais membros da banca: mestrando Eliseu Sampaio Nogueira e mestranda Milena Sousa de Oliveira, por aceitarem meu convite;

Aos meus amigos e colegas de turma que de alguma forma contribuíram para que esse momento de conclusão de curso se tornasse possível;

Aos professores e funcionários do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), que contribuíram para a minha formação profissional e me ajudaram a melhorar como ser humano;

Muito obrigado!

RESUMO

Este trabalho pretende analisar o nepotismo na administração pública. Nepotismo consiste na prática de favorecer pessoas que possuem parentesco sanguíneo ou por afinidade, colocando-os para ocuparem funções públicas independente de sua capacidade profissional. A administração pública pode compreender os órgãos, entidades e pessoas que realizam a atividade administrativa do Estado, bem como pode ser vista como a própria atividade administrativa. Os agentes públicos são as pessoas físicas que em algum momento prestam o serviço público, independente de remuneração, eles ingressam na administração, em regra, através de concurso público, contudo há uma ressalva para os cargos em comissão que são de livre nomeação e exoneração. O ordenamento jurídico brasileiro proíbe a prática do nepotismo, pois tal prática, além de violar princípios previstos na Constituição Federal de 1988 como os da impessoalidade e da moralidade, encontra proibição em leis e decretos. Até mesmo a corte maior do país, o Supremo Tribunal Federal, já se ocupou desse assunto e elaborou a Súmula Vinculante nº 13 vedando a prática do nepotismo.

Palavras-chave: Nepotismo. Administração Pública. Ordenamento jurídico. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This paper analyzes the nepotism in the public administration. Nepotism is the practice of encouraging people who have blood kinship or marriage, putting them to occupy public office regardless of their professional capacity. The government can understand the organs, organizations and individuals that carry out the administrative activity of the State, and can be seen as his own administrative activity. Public officials are the individuals who at some point provide the public service, regardless of compensation, they join the administration as a rule, through public tender, but there is a caveat to the commissioned positions that are free appointment and dismissal. The Brazilian legal system prohibits the practice of nepotism, because such a practice, in addition to violating principles of the Federal Constitution of 1988 as the impersonality and morality, is prohibited in laws and decrees. Even the court largest in the country, the Supreme Court has already held that subject and produced the Binding Precedent No. 13 forbidding the practice of nepotism.

Keywords: Nepotism. Public administration. Law. Constitutional principles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
2.1 Definindo Administração Pública	11
2.1.1 As Três Formas de Administração Pública	12
2.1.2 Administração Pública Direta e Indireta	15
<i>2.1.2.1 Administração Direta</i>	<i>15</i>
<i>2.1.2.2 Administração Indireta</i>	<i>16</i>
2.2 Agentes Públicos	17
2.2.1 Acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos	18
3. NEPOTISMO: NOÇÕES GERAIS	20
4. NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	23
4.1 O Nepotismo em face da Constituição de 1988	23
4.2 O Nepotismo em face da Lei 8.112/90	28
4.3 O Nepotismo em face da lei 8.429/92	29
4.4 O nepotismo em face da Súmula Vinculante nº 13 de 2008	31
4.5 O nepotismo em face do Decreto 7.203/2010	38
5. CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

A ideia de favorecimento de parentes é algo que acompanha a humanidade desde o princípio. Alguns estudiosos acreditam que a explicação para essa prática é até mesmo genética, o ser humano buscando perpetuar a linhagem a que pertencem.

Muitos acreditam que o termo *nepotismo* surgiu com a Igreja Católica e o costume que os Papas tinham de nomear seus sobrinhos para cargos eclesiásticos. Em nossos dias, o termo ganhou uma conotação pejorativa indicando a prática de nomear parentes para ocuparem cargos na Administração Pública independente de mérito, priorizando os laços sanguíneos. Infelizmente tal prática ainda vem sendo assunto recorrente nos noticiários do país.

A *Administração Pública* e os *agentes públicos* são, respectivamente, o local onde ocorre a prática nepótica e os responsáveis por essa prática. Em termos subjetivos, a administração pública compreende os órgãos e pessoas físicas ou jurídicas que realizam a função administrativa do Estado. Em termos objetivos diz respeito à natureza das atividades administrativas exercidas.

Os agentes públicos são as pessoas físicas que exercem em algum momento, independente de remuneração, a atividade administrativa. A forma de ingresso desses agentes na administração pública ocorre, em regra, por meio de concurso público, mas a própria Constituição Federal traz uma ressalva com relação a cargos em comissão e função de confiança.

Este trabalho se propõe a realizar algumas considerações sobre a prática do nepotismo à luz do ordenamento jurídico brasileiro, particularmente em face da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 8.112/90, da Lei nº 8.429/92, da Súmula Vinculante nº 13 e do Decreto nº 7.203/2010, visando enriquecer o conhecimento sobre o tema, pretende-se responder alguns questionamentos, tais como: o nepotismo é vedado no nosso país? Os agentes políticos estão alcançados pela Súmula Vinculante 13? O que está sendo proposto para acabar com essa prática? Para consecução desse objetivo foi utilizada como metodologia a consulta a livros e revistas científicas, à legislação brasileira em vigor, a trabalhos acadêmicos e internet.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nesse capítulo pretende-se dar uma visão geral do que se entende por: *Administração Pública e Agentes Públicos*. O objetivo é facilitar a percepção das circunstâncias (*onde e quem*) relacionadas com a prática do nepotismo.

2.1 Definindo Administração Pública

A palavra *Administração* vem do latim *ad* (direção) e *minister* (obediência), ou seja, o administrador dirige obedecendo à vontade dos seus contratantes. Dessa forma, o administrador público vai conduzir seu trabalho procurando atender à necessidade da população que o elegeu.

Em todos os países, qualquer que seja sua forma de governo ou organização política, existe uma Administração Pública. É a administração pública que permite aos governantes cumprir as funções básicas do governo, de forma a tratar o bem público da melhor maneira possível.

Pode-se dizer que a Administração Pública consiste em planejar, organizar, dirigir e controlar os serviços públicos para alcançar o bem comum, observando o ordenamento jurídico vigente e a moralidade (BÄCHTOLD, 2008).

Interessante a idéia de Peter Drucker (considerado o pai da administração moderna), para ele não deveria se falar em países desenvolvidos e subdesenvolvidos, mas em países *bem administrados* e *mal administrados* (CHIAVENATO, 2014).

Hely Lopes Meirelles (2003, p.83) buscando conceituar *Administração Pública* estabelece:

Em sentido lato, *administrar* é gerir interesses, segundo a *lei*, a *moral* e a *finalidade* dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular, se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum. (grifos do autor)

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p.49) há dois sentidos mais utilizados para a expressão Administração Pública:

a) em sentido **subjetivo, formal** ou **orgânico**, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas, órgãos** e **agentes públicos**

incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
 b) em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** que incumbe, **predominantemente**, ao Poder Executivo. (grifos da autora)

Carvalho Filho (2013, p.453) também utilizando os sentidos *objetivo* e *subjetivo* para Administração Pública, assim ensina:

No sentido *objetivo*, exprime a ideia de *atividade, tarefa, ação*, enfim a própria função administrativa, constituindo-se como alvo que o governo quer alcançar. No sentido *subjetivo*, ao contrário, a expressão indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função.

Para a doutrina administrativa citada, partiu-se de uma definição simples, com Hely, que levou em conta os bens e interesses geridos para qualificar a Administração como pública ou particular, chegando a um detalhamento maior com Di Pietro e Carvalho Filho que atribuíram dois sentidos para a Administração: objetivo e subjetivo. Onde este diz respeito aos sujeitos que exercem a função administrativa e aquele se relaciona com a própria atividade exercida.

Outro conceito que devemos ter uma noção é o de Aparelhamento do Estado. Entende-se por aparelho do Estado a administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado, em seus três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e três níveis (União, Estados-Membros e Municípios). O aparelho do Estado é constituído pelo governo, isto é, pela cúpula dirigente nos três poderes, por um corpo de funcionários, e pela força militar. O Estado, por sua vez, é mais abrangente que o aparelho, porque compreende adicionalmente o sistema constitucional-legal, que regula a população nos limites de um território. O Estado é a organização burocrática que tem o monopólio da violência legal, é o aparelho que tem o poder de legislar e tributar a população de um determinado território (MARE, 1995).

2.1.1 As Três Formas de Administração Pública

Este tópico do trabalho foi retirado do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) que foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado no ano de 1995.

Na evolução da Administração Pública no Brasil tivemos três modelos principais: patrimonialista, burocrático e gerencial. O primeiro surge na época do descobrimento,

utilizado pelos colonizadores portugueses e suas características predominam até 1930, o segundo predominaria de 1930 a 1985 e então se inicia o terceiro e atual modelo.

Essas três formas se sucedem no tempo, sem que, no entanto, qualquer uma delas seja inteiramente abandonada.

1) Administração Pública Patrimonialista - No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada da *res principis*. Em conseqüência, a **corrupção** e o **nepotismo** são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste novo momento histórico, a administração patrimonialista se torna uma excrescência inaceitável.

2) Administração Pública Burocrática - Surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores de seu desenvolvimento a profissionalização, a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese o poder racional legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre a priori. Parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso, são sempre necessários controles rígidos dos processos, como na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas. Por outro lado, o controle - a garantia do poder do Estado - transforma-se na própria razão de ser do funcionário. Em conseqüência, o Estado se volta para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade. A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; seu defeito, a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes. Esse defeito, entretanto, não se revelou determinante na época do surgimento da administração pública burocrática porque os serviços do Estado eram muito reduzidos. O Estado se limitava a manter a ordem e a administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade.

3) Administração Pública Gerencial - Emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública - a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário - torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na

prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

A administração pública gerencial constitui avanço e até certo ponto, rompimento com a administração pública burocrática. Isso não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, mesmo flexibilizando, alguns de seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental.

A administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente de seus serviços. Os resultados da ação do Estado são considerados bons, não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, como quer a administração pública burocrática, mas porque as necessidades do cidadão-cliente estão sendo atendidas.

O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho, e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados, e da competição administrada.

No presente momento, uma visão realista da reconstrução do aparelho do Estado em bases gerenciais deve levar em conta a necessidade de equacionar as assimetrias decorrentes da persistência de aspectos patrimonialistas na administração contemporânea, bem como dos excessos formais e anacronismos do modelo burocrático tradicional. Para isso, é fundamental ter clara a dinâmica da administração racional-legal ou burocrática. Não se trata simplesmente de descartá-la, mas, sim, de considerar os aspectos em que está superada e as características que ainda se mantêm válidas como forma de garantir efetividade à administração pública.

O modelo gerencial se tornou realidade no mundo desenvolvido quando, mediante a definição clara de objetivos para cada unidade da administração, a descentralização, a mudança de estruturas organizacionais e a adoção de valores e de comportamentos modernos no interior do Estado, se revelou mais capaz de promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços sociais oferecidos pelo setor público. A reforma do aparelho do Estado

no Brasil significará, fundamentalmente, a introdução na administração pública da cultura e das técnicas gerenciais modernas (MARE, 1995).

2.1.2 Administração Pública Direta e Indireta

A organização administrativa de um país mantém estreita correlação com a forma de Estado e de Governo adotadas. No Brasil temos uma descentralização territorial em três níveis de governo (federal, estadual e municipal), ficando o comando da administração em cada um deles ao respectivo chefe do Executivo.

Além da descentralização territorial, devido às proporções geográficas do território brasileiro e o crescimento demográfico, há também no país a *descentralização institucional*, com distribuição de funções públicas a entes autárquicos e estatais (MEIRELLES, 2003).

No Brasil, o Decreto-Lei 200/1967 estabelece a organização da administração pública federal, conforme abaixo transcrito:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987)

2.1.2.1 Administração Direta

Conforme o inc. I do art. 4.º do Dec.-lei 200/67, a Administração direta federal se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Generalizando-se essa fórmula para os demais âmbitos administrativos do País, surgirá a seguinte noção: *Administração direta* é o conjunto dos órgãos integrados na chefia do Executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares da chefia do Executivo (MEDAUAR, 2011).

Na lição de Marcelo Alexandrino (2013, p.27):

Administração direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas políticas do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), aos quais foi atribuída a

competência para o exercício, de forma **centralizada**, de atividades administrativas. (grifos do autor)

Para a doutrina, a Administração Direta ou centralizada consiste no conjunto de órgãos públicos que compõem a estrutura dos Entes Federativos. Ela é composta pelas pessoas políticas, assim consideradas as manifestações estabelecidas pela Constituição, reconhecidas como elementos formais indispensáveis à constituição de uma Federação e dotadas de personalidade jurídica de direito público e competências legislativas e administrativas, ainda que não sejam titulares de função jurisdicional. São elas: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, cada qual com sua estrutura administrativa e seus órgãos (MARINELA, 2013).

Uma característica da Administração direta é o vínculo de subordinação-supremacia, denominado hierarquia, que liga seus órgãos. Tal vínculo parte do chefe do Executivo para seus auxiliares diretos e destes, por sua vez, para seus subordinados, no âmbito dos órgãos que chefiam, e assim por diante.

Outra característica da administração direta consiste na generalidade de tarefas e atribuições que lhe cabem. Para cumprir essas tarefas é feita uma divisão entre diversos órgãos, cada qual desempenhando sua parte, divisão que se denomina *desconcentração*. A desconcentração ocorre do chefe do Executivo para seus auxiliares diretos e, destes, para órgãos e autoridades que são seus subordinados (MEDAUAR, 2011).

2.1.2.2 Administração Indireta

São entes da Administração indireta de acordo com o inc. II do art. 4.º do Dec.-lei 200/67: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

Cada um desses entes possui personalidade jurídica própria, que não se confunde com a personalidade a que se vinculam – União, Estado-membro ou Município. Realizam atividades e atos do mundo jurídico em nome próprio, sujeitando-se a direitos e obrigações (MEDAUAR, 2011).

Ensina Alexandrino (2013, p.28):

Administração indireta é o conjunto de pessoas jurídicas (desprovidas de autonomia política) que, **vinculadas** à administração direta, têm a competência para o exercício, de forma **descentralizada**, de atividades administrativas. (grifos do autor)

São características dos entes da Administração indireta: especialidade das atribuições; possuem estrutura administrativa própria, dotada de patrimônio e pessoal próprios; criadas por lei específica ou autorizada sua instituição; submetem-se aos princípios arrolados no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988; seus dirigentes, servidores e empregados são alcançados pelos dispositivos da Lei 8.429/92 (Lei de improbidade administrativa) e sujeitam-se ao controle parlamentar (art. 49, X, da CF/88) e à fiscalização financeira, contábil, orçamentária e patrimonial exercida pelos Tribunais de Contas - arts. 70 e 71 da CF/88 (MEDAUAR, 2011).

2.2 Agentes Públicos

Com relação à terminologia para designar as pessoas que atuam na ou para a Administração Pública não há consenso entre os estudiosos da área, entretanto os doutrinadores brasileiros têm preferido o uso da expressão **agentes públicos**.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p.228) assim leciona:

Esta expressão – *agentes públicos* - é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. (grifo do autor)

Meirelles (2003, p.73) assim os define: “**Agentes públicos** – São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”. (grifo do autor)

Perceba que os dois autores acima citados trazem a característica da *transitoriedade* como uma questão temporal interessante, pois podem ser considerados agentes públicos aqueles que não exercem uma atividade de forma definitiva, ou seja, a pessoa física que em determinado momento exerce uma função pública será considerada um agente público.

Por sua vez, Alexandre Mazza (2011, p.419), acrescenta outra característica interessante que não impede que a pessoa física seja considerada um agente público: *a ausência de remuneração*, “agentes públicos são todos aqueles que têm uma **vinculação profissional** com o Estado, mesmo que em **caráter temporário** ou **sem remuneração**”. (grifos do autor)

Nosso ordenamento jurídico em algumas situações, visando preservar a Administração Pública, faz equiparações transmitindo características de agentes públicos a terceiros, como por exemplo, o Código Penal e a Lei nº 8.429/92.

Código Penal: Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Lei nº 8.429/92: Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Pelo que foi visto, tanto na doutrina quanto no ordenamento jurídico, pode-se concluir que o termo genérico “agente público” compreende desde os chefes dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), até os servidores que desempenham tarefas mais simples, bem como mesários e jurados.

2.2.1 Acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos

Acessibilidade compreende o conjunto de normas e princípios que regulam a entrada de pessoas interessadas no serviço público. Os parâmetros que regem o acesso ao serviço público acarretam vinculação para os órgãos administrativos, dessa forma não pode a Administração criar dificuldades maiores nem permitir facilidades fora das regras que compõem o sistema (CARVALHO FILHO, 2013).

Para Mello (2005, p.259):

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na *Administração direta e indireta*. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de *outra natureza*, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público. (grifos do autor)

O texto Constitucional traz como regra para o acesso a cargo ou emprego público a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme previsão no inc II, do art. 37 da Lei Magna. Essa regra do concurso obedece, notadamente, aos princípios da isonomia e da impessoalidade, bem como estimula a meritocracia.

Há, porém, uma ressalva no final da redação do mesmo inciso acima referido. A ressalva diz respeito aos *cargos em comissão*, pois estes são declarados em lei de livre

nomeação e exoneração. Essa ressalva constitucional e como ela se relaciona com o nepotismo será analisada no capítulo 4 (quatro).

3 NEPOTISMO: NOÇÕES GERAIS

Não há consenso sobre a origem etimológica do termo. Para alguns provém do nome do imperador romano Flávio Júlio Nepote (em latim: Flavius Iulius Nepos). Outra fonte aponta para nepos, uma espécie de escorpião, cujas crias, colocando-se no dorso materno devoram a mãe - numa alusão ao parasitismo dos familiares sobre a máquina do Estado (ROCHA, 2009).

Para a maioria, o termo **nepotismo** nasceu na Igreja Católica e teve como tempos áureos os séculos XVI-XVII na Europa.

Conforme De Plácido e Silva (2007, p.952) em seu “*Vocabulário Jurídico*”:

NEPOTISMO. Do latim: *nepote (favoritio)* designava a autoridade que os sobrinhos e outros parentes do papa exerciam na administração eclesiástica. Por extensão, hoje em dia, significa patronato ou favoritismo na nomeação dos integrantes da administração pública. (grifos do autor)

Etimologicamente, na lição de Francisco Torrinha (*apud* GARCIA; ALVES, 2011, p. 491), “nepotismo deriva do latim *nepos, nepotis*, significando, respectivamente, neto, sobrinho. *Nepos* também indica os descendentes, a posteridade, podendo ser igualmente utilizado no sentido de dissipador, pródigo, perdulário e devasso”.

A divulgação do vocábulo (ao qual foi acrescido o sufixo *ismo*), no sentido hoje difundido em todo o mundo, em muito se deve aos pontífices da Igreja Católica. Alguns papas tinham por hábito conceder cargos, dádivas e favores aos seus parentes mais próximos, terminando por lapidar os elementos intrínsecos ao nepotismo, que, nos dias atuais, passou a ser associado à conduta dos agentes públicos que abusivamente fazem tais concessões aos seus familiares (GARCIA; ALVES, 2011).

Na análise do fenômeno nepotismo há dois aspectos a serem considerados: um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva. O aspecto objetivo do nepotismo concentra-se na efetiva relação de parentesco existente entre o nomeante e o nomeado. Assim, havendo a relação de parentesco, estar-se-á diante do nepotismo, considerado no seu aspecto objetivo. O elemento subjetivo, por sua vez, consiste no propósito deliberado de atender a interesses pessoais com a nomeação do familiar ou de privilegiar o vínculo sanguíneo (TOURINHO, 2011).

O cientista político Norberto Bobbio (1997) reforça: o nepotismo é um dos três tipos de corrupção, definido como "concessão de emprego ou contratos públicos baseada não no mérito, mas nas relações de parentela". Os outros dois tipos são: o suborno e o peculato.

Segundo Aluísio de Souza Lima (p. 9), citado por Garcia e Alves (2011, p. 491), “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 Passeleu com terras e até com um marido (João de Brosse), o que permitiu fosse elevada à nobreza”.

Segundo Ivan Alves Filho (1999, p. 22 *apud* GARCIA; ALVES, 2011, p. 491-2), no Brasil, já há época do descobrimento, esse desejo de favorecer parentes foi colocado em prática como pode ser visto na carta de Pero Vaz de Caminha ao rei D. Manuel, de 1º de maio de 1500, na qual o escrivão da frota de Pedro Álvares Cabral pedia o retorno de seu genro Jorge, ladrão exilado na ilha de São Tomé:

E pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo, como em outra qualquer coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer graça especial, mande vir da Ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – que d’Ela receberei em muita mercê [**Carta de Pero Vaz de Caminha a El-Rei D. Manuel**]

Com o desenvolvimento da democracia moderna, a ideologia meritocrática tornou-se preponderante. As prerrogativas associadas à consangüinidade foram perdendo espaço dentro do sistema representativo. Como o antigo nepotismo se caracteriza por atribuir direitos independentes do mérito, o resultado foi a ampliação do estigma do nepotismo à medida que os valores meritocráticos se alastravam pelas sociedades (JUNIOR, 2006).

Daí a negatividade associada à prática do nepotismo, principalmente por estar associado a não eficiência, pois muitos são designados para certas funções sem, no entanto, possuir qualificações pra exercê-las.

Para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Nepotismo é o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego. As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o

exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco. Nepotismo é prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público. O fundamento das ações de combate ao nepotismo é o fortalecimento da República e a resistência a ações de concentração de poder que privatizam o espaço público.

Esse conceito trazido pelo CNJ ao definir nepotismo aponta os traços negativos de tal prática, sua violação a princípios constitucionais, bem como indica o fortalecimento da República como forma de combatê-lo.

Também é necessária uma mudança no caráter dos agentes públicos, principalmente os que detêm poder de decisão, para que o nepotismo não encontre terreno fértil na Administração Pública. Portanto, torna-se essencial saber separar o *público* do *privado*, não se afastando do interesse público e não se deixando corromper pelo poder.

4 NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo consiste no objetivo maior desse trabalho: analisar o nepotismo na Administração Pública em face do ordenamento jurídico. A análise recairá sobre a Constituição Federal de 1988, a Lei 8.112/90, a Lei 8.429/92, a Súmula Vinculante nº 13 de 2008 e o Decreto 7.203/10.

4.1 O Nepotismo em face da Constituição de 1988

Na análise do nepotismo com a Constituição de 88, consideraremos os *princípios constitucionais expressos da Administração Pública* insculpidos no *caput* do artigo 37 da Carta Magna, *in verbis*:

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 (...)**. (grifos nosso)

Hely Lopes Meirelles ao se referir aos princípios da administração pública os denomina de fundamentos da ação administrativa ou sustentáculos da atividade pública. Abandoná-los seria desvirtuar a gestão dos negócios públicos e esquecer o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais (MEIRELLES, 2003).

Os princípios de uma ciência são os alicerces dela, as proposições básicas, fundamentais que condicionam todas as estruturas subsequentes (CRETELLA JÚNIOR, 1972).

Os princípios definem as diretrizes, prerrogativas e os limites do administrador, e até as próprias leis que serão seguidas pela Administração e pelos administrados deverão observá-los (KNOPLOCK, 2012).

O **princípio da legalidade** de maneira simples compreende o seguinte: A Administração Pública deve obedecer às normas legais.

O francês Eisenmann, citado por Odete Medauar (2011, p.131), relacionou quatro significados para este princípio: a) a Administração só pode editar atos ou medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato

fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei a ordena fazer.

Michel Stassinopoulos citado por Mello (2005, p.92), em síntese feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*.

Costuma-se atribuir conotações diferentes para esse princípio quando se trata de agente público e quando se refere ao particular. Para o agente público, o princípio da legalidade restringe a sua atuação ao que a lei determina, ou seja, ele deve tomar suas decisões em observância ao que a lei permite.

Por sua vez, ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe (inc. II, do art. 5º da CF/88).

O **princípio da impessoalidade** rechaça e abomina favoritismos e restrições indevidas, exigindo igualdade de tratamento. O gestor ao realizar a função administrativa, não age em nome próprio, mas em nome do Poder Público (BALTAR NETO; TORRES, 2013).

Segundo este princípio a Administração Pública deve tratar com igualdade os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Deve também a Administração voltar-se ao interesse público e não ao privado. Dessa forma temos a faceta do princípio da *isonomia* e da *finalidade* respectivamente (CARVALHO, 2013).

Pelo princípio da impessoalidade o administrador deve agir de maneira imparcial, visando a alcançar o interesse público, o bem da coletividade; não deve agir de forma pessoal prejudicando ou beneficiando alguém, quer seja um terceiro, ou ele próprio (KNOPLICK, 2012).

Este princípio, como será visto adiante, é um dos princípios constitucionais da Administração Pública que é claramente violado pela prática do nepotismo.

O **princípio da moralidade** prescreve que o agente administrativo ao atuar não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Não terá ele que decidir apenas entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, todavia também entre o honesto e o desonesto (MEIRELLES, 2003).

A moralidade administrativa determina que a ação da administração seja ética e respeite os valores jurídicos e morais (BALTAR NETO; TORRES, 2013).

Fernanda Marinela ensina que a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, esta se preocupa com a distinção entre o bem e o mal, e aquela está relacionada ao conceito de bom administrador (MARINELA, 2013).

É, juntamente com o princípio da impessoalidade, um dos mais desrespeitados pela conduta dos gestores públicos que se utilizam do lugar de destaque que ocupam dentro da Administração Pública para beneficiarem a si próprios e aos seus parentes.

O **princípio da publicidade** indica que os atos da Administração merecem ampla divulgação entre os administrados. Só com a transparência da conduta dos agentes públicos é que os indivíduos poderão avaliar a legalidade ou não dos atos e o seu grau de eficiência (CARVALHO, 2013).

Em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder tem seu fundamento no povo, não pode haver ocultação dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por uma ação ou omissão do Estado (MELLO, 2005).

O **princípio da eficiência** acrescentado pela Emenda Constitucional n. 19/98 foi um dos pilares da Reforma Administrativa que procurou pôr em prática o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal (MAZZA, 2011).

Esse princípio visa a exigir que a Administração Pública funcione de forma mais eficiente, atenta a seu desempenho, buscando maior produtividade e resultados mais positivos, contrapondo-se aos hábitos burocráticos do passado (KNOPLOCK, 2012).

Tal princípio também pode entrar em conflito com a prática nepótica, pois quando um agente público pretende favorecer um parente nomeando-o para um cargo ou função pública, nem sempre, para não dizer raramente, é observada a capacidade técnica/profissional do contratado.

Após exposição dos princípios expressos, de logo se percebe um maior conflito do nepotismo com dois deles, a saber: *impessoalidade* e *moralidade*. Como visto, o **princípio da impessoalidade** veda favoritismos e tratamento desigual entre os administrados visando ao interesse público, por sua vez o **nepotismo** preceitua o favorecimento por meio do vínculo de parentesco. Evidente o antagonismo.

Uma questão que se levanta é a dos *cargos em comissão* declarados em lei de livre nomeação e exoneração, conforme inciso II, art. 37 da CF/88:

Art.37 (...)

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**; (grifos nosso) (BRASIL, 1988)

Os cargos em comissão são fundamentados na fidúcia, na confiança que há entre o nomeante e os nomeados. Acreditando que ainda seguimos o modelo de administração pública patrimonialista, muitos gestores confundem a *res publica* com a *res principis* e se utilizam do nepotismo para indicarem seus parentes para estes cargos independentemente de capacitação profissional, ferindo o princípio da impessoalidade.

Ainda que capazes, a nomeação de parentes levantaria outra questão, dessa vez relacionada com o princípio da moralidade. O **princípio da moralidade** determina a observância da *ética* por parte do agente público. Seria ética essa atitude de nomear parentes?

Sugestões apontadas pelos estudiosos para diminuir a ocorrência do nepotismo nos cargos de confiança seria o uso de “concurso” para esses cargos, a estipulação do percentual mínimo a ser preenchido por servidores de carreira e a criação desses cargos para atribuições de direção, chefia e assessoramento realmente, e não como visto nos dias de hoje onde não há controle da quantidade e qualidade desses cargos.

Há uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 110/2015, do senador Aécio Neves, que reduz a quantidade de cargos em comissão — de livre nomeação pelo gestor público — nos governos federal, estaduais e municipais e exige processo seletivo público para seu preenchimento.

Temos assistido, de forma crescente, à desqualificação da máquina pública no Brasil. Os cargos comissionados se transformaram em mercadorias, a serem distribuídas pela necessidade momentânea do gestor público. Não podemos ter um serviço público que atenda ao governante de plantão, mas à sociedade brasileira - disse Aécio. (SENADO, 2015)

Creio que este seja um caminho para moralização da Administração Pública. A redução de cargos em comissão, a mudança na forma de ingresso a esses cargos juntamente com uma maior fiscalização dos órgãos competentes e da sociedade pode mudar esse quadro de nepotismo que insiste em perpetuar-se no serviço público.

Nossos tribunais têm entendido que a prática do nepotismo ofende os princípios constitucionais da Administração Pública conforme se observa nas ementas dos recentes julgados abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO DE AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO DE FAMILIARES PARA OCUPAR CARGOS EM COMISSÃO ANTES DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13/STF. DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OFENSA AO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. DESPROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. INEXISTÊNCIA. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. No caso concreto, a prática de nepotismo está configurada, e, como

tal, *representa grave ofensa aos princípios da Administração Pública, em especial, aos princípios da moralidade e da isonomia*, enquadrando-se, dessa maneira, no art. 11 da Lei nº 8.429/92. 2. Os argumentos suscitados pelos agravantes de que a relação entre eles (Pedro Flávio Bem Leite e Geneceuda Vital Barros) e o ex-prefeito do Município de Cedro/PE, o Sr. Marcondes Nelson Filho, seria de cunhado, afinidade em 3º grau, não abrangida pela Lei Municipal nº 198/06 não merece guarida. 3. *A Constituição Federal veda o nepotismo, não sendo necessária a edição de lei formal para que o princípio da moralidade seja respeitado por todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porquanto art. 37 da CF/88 determina a observância dos princípios da moralidade e da impessoalidade na Administração Pública, sendo norma auto-aplicável*. 4. Recurso de agravo improvido à unanimidade, para manter a integralidade da decisão agravada. (grifos nossos)

(TJ-PE - AGV: 3427316 PE, Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Data de Julgamento: 20/08/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 03/09/2015)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO DE FAMILIARES PARA OCUPAR CARGOS EM COMISSÃO ANTES DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13/STF. DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DESPROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. INEXISTÊNCIA. 1.

Na origem, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil pública, na qual imputa aos réus a prática de atos de improbidade administrativa oriundos de nepotismo, requerendo sua condenação nas sanções previstas nos arts. 4 e 11 da Lei n. 8.429/1992. 2. **No caso, a prática de nepotismo está efetivamente configurada, e, como tal, representa grave ofensa aos princípios da Administração Pública**, em especial, aos princípios da moralidade e da isonomia, enquadrando-se, dessa maneira, no art. 11 da Lei n. 8.429/1992. 3. A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo despicienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição. 4. A revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, ressalvados casos excepcionais, nos quais, da leitura dos julgados proferidos na instância ordinária, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não ocorre no caso vertente. Agravo regimental improvido. (grifos nossos)

(STJ - AgRg no REsp: 1362789 MG 2013/0009346-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 12/05/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2015)

APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NEPOTISMO - CONTRATAÇÃO DE SERVIDORAS, COM PARENTESCO DE 3º GRAU COM SECRETÁRIO E VEREADORA MUNICIPAL, APÓS REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE OFENSA À LEI MUNICIPAL 275/2004 E À SÚMULA VINCULANTE N. 13 DO E. STF - RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE REGEM A MATÉRIA, NOTADAMENTE O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE DOLO, ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO TIPO DO ARTIGO 11 DA LIA - RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJ-SP - APL: 00199287820098260047 SP 0019928-78.2009.8.26.0047, Relator: Maria Olívia Alves, Data de Julgamento: 02/03/2015, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/03/2015)

Os dois primeiros julgados confirma que a prática do nepotismo ofende os princípios da Administração Pública previstos na Constituição Federal de 1988, em especial o da moralidade e o da isonomia (impessoalidade), e está alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) de que não há necessidade de lei formal vedando a prática do nepotismo, pois a vedação decorre diretamente dos princípios constitucionais expressos.

No último julgado verifica-se que o respeito ao **princípio do concurso público** para ingresso na Administração Pública impede que haja a caracterização da prática do nepotismo e ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade.

4.2 O Nepotismo em face da Lei 8.112/90

A lei 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais traz no seu art. 117, inc. VIII a seguinte proibição:

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;

Percebe-se que não foi apenas a Constituição de 1988 que se preocupou em proibir o favorecimento de parentes, as leis da década de 90 também já traziam esse comando proibitivo.

Nossos tribunais assim já decidiram:

CIVIL. IMPROBIDADE. LEI 8429/92. LEI 8.112/90. CARGO EM COMISSÃO. GERÊNCIA GERAL DA ANVISA. COMPANHEIROS. NEPOTISMO CONFIGURADO. 1. Não é inepta a petição inicial que contém a narrativa dos fatos configuradores, em tese, da improbidade administrativa, hábil para propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. 2. Os cargos em comissão dispostos na Administração Pública são de livre nomeação, pautados pela confiança. **O art. 117, inciso VIII, da Lei n.º 8.112/90** (diploma legal aplicado aos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, ocupantes de cargo público de caráter efetivo ou em comissão) **dispõe que é vedado ao servidor "manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil"**. 3. Ainda que não haja lesão ao erário, já que as quantias recebidas foram a contraprestação do serviço prestado, tal constatação é irrelevante, pois que a acusada obteve acesso a cargo comissionado em razão da influência direta de seu companheiro, que era responsável pela seleção, o que afronta os princípios da moralidade e da finalidade. 4. Apelação parcialmente provida. (grifos nossos)
(TRF-1 - AC: 21058 DF 0021058-35.2007.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 25/03/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p. de 12/04/2013)

O julgado utiliza-se do inc.VIII, do art. 117 da Lei nº 8.112/90 para confirmar a prática do nepotismo ao caso concreto, visto que ofende aos princípios da moralidade e da finalidade (impessoalidade) a atitude do agente público responsável pela seleção, de manter sob sua chefia imediata em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil.

4.3 O Nepotismo em face da lei 8.429/92

A Lei n. 8.429/1992, conhecida como LIA (Lei de Improbidade Administrativa), dispõe sobre determinadas condutas praticadas por agentes públicos e também por particulares que nelas tomem parte que são incompatíveis com o interesse público. A definição de tais condutas é dada pelos artigos 9º, 10 e 11 da referida lei: o artigo 9º define os atos de enriquecimento ilícito; o artigo 10, os atos que acarretam lesão ao erário; e o artigo 11, os atos que violam os princípios da administração pública.

Portanto, a noção de improbidade administrativa derivada da Lei n. 8.429/1992 é bastante abrangente, modificando qualquer referência legal ou teórica que, anteriormente à edição dessa lei, vinculasse o termo “improbidade” à idéia de desonestidade. A partir da LIA, devemos entender a improbidade administrativa como aquela conduta considerada inadequada – por desonestidade, descaso ou outro comportamento impróprio – ao exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido texto legal.

A LIA adveio como concretização do mandamento inserido no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que assim dispõe: *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei [...]*.

Segundo Justen Filho (2013, p.1073):

A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei.

Como visto anteriormente, entende-se que a prática do nepotismo viola os princípios constitucionais da administração pública, em especial o da *impessoalidade* e o da *moralidade*. Dessa forma, o nepotismo se enquadraria na previsão do art. 11 da LIA.

Assim já entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992.

(STJ, REsp 1.009.926/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 10.2.2010).

Vejamos mais alguns julgados que relacionam a prática do nepotismo com o ato de improbidade administrativa:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DESPROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Recurso especial proveniente de ação civil pública na qual o Ministério Público do Estado de São Paulo imputa ao réu, ora recorrente, a prática de atos de improbidade administrativa, requerendo sua condenação nas sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei n. 8.429/92. 2. No caso, a prática de nepotismo está efetivamente configurada e como tal representa grave ofensa aos princípios da Administração Pública, em especial aos princípios da moralidade e da isonomia, enquadrando-se, dessa maneira, no art. 11 da Lei n. 8.429/92. Precedentes 3. A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, sendo despicienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição. 4. Ante a gravidade da conduta descrita no acórdão recorrido, não se observa desproporcionalidade das penas impostas, quais sejam: (I) ressarcimento do danos havidos ao erário, e (II) multa de dez vezes o valor do seu subsídio mensal líquido. 5. Da análise dos autos, observa-se que a Corte de origem não analisou, sequer implicitamente, o citado art. 128 do CPC. Logo, não foi cumprido o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (STJ - REsp: 1499622 SP 2014/0307409-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 24/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2015)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO DE PARENTES PARA OCUPAR CARGOS EM COMISSÃO ANTES DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13/STF. DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. DOLO GENÉRICO CONFIGURADO. ART. 12 DA LEI N. 8.429/1993. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a prática de nepotismo configura grave ofensa aos princípios da administração pública, em especial aos princípios da moralidade e da isonomia, enquadrando-se, dessa maneira, no art. 11 da Lei n. 8.429/92. 2. A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula vinculante 13, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, sendo despicienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição. 3. "A revisão das sanções cominadas pela instância ordinária, em regra, é inviável, ante o óbice da já citada Súmula 7/STJ, salvo se verificada a inobservância aos limites estabelecidos no art. 12 da Lei 8.429/1992, ou se na leitura do acórdão recorrido transparecer falta de proporcionalidade e razoabilidade." (REsp 1130318/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 27/04/2011). 4. Assim,

inexistindo dano ao erário ou enriquecimento ilícito, razoável a fixação da multa civil em cinco vezes o valor da última remuneração percebida. Agravo regimental parcialmente provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1386255 PB 2013/0172703-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 24/04/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2014)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. CÂMARA MUNICIPAL. FILHA DE VEREADOR. PRESIDENTE. DOLO GENÉRICO CARACTERIZADO. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/1992. 1. O nepotismo caracteriza ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, sendo atentatório ao princípio administrativo da moralidade. 2. Dolo genérico consistente, no caso em debate, na livre vontade absolutamente consciente dos agentes de praticar e de insistir no ato ímprobo (nepotismo) até data próxima à prolação da sentença. 3. Não incidência da Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

(STJ - REsp: 1286631 MG 2011/0132430-3, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2013)

Pela leitura dos julgados acima, percebe-se que a prática do nepotismo já está consolidada como violadora dos princípios da Administração Pública, em especial os da moralidade e da isonomia, enquadrando-se no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Outras considerações interessantes para o enquadramento da prática violadora são: a existência do dolo genérico, ou seja, a intenção do agente público de realmente se beneficiar da situação de favorecimento e a desnecessidade de regramento expresso acerca da proibição.

4.4 O nepotismo em face da Súmula Vinculante nº 13 de 2008

O instituto da súmula vinculante foi inovação trazida pela EC 45/04, encontra-se disciplinado no art. 103-A da CF/88 e foi regulamentado pela Lei nº 11.417/06. O texto constitucional assim aduz:

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 ou 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. (...)

Pela leitura do texto percebe-se que o intuito das Súmulas Vinculantes é: a pacificação de controvérsias jurisprudenciais acerca de alguma matéria constitucional. Pois bem, o

nepotismo não se encontra expresso na nossa Carta Magna, trata-se de um fato, uma prática costumeira na Administração Pública. O Supremo interpretando os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, previstos no caput do art. 37 da Constituição, deles extraiu a regra de proibição da nomeação de parentes.

Portanto, a edição da Súmula Vinculante nº 13 não observou os comandos constitucionais, trata-se de situação *sui generis*, porque não teve por objeto controvérsia a respeito da validade, interpretação e eficácia de normas determinadas.

Sua edição ocorreu após apenas dois pronunciamentos do STF sobre o assunto, contrariando o requisito expresso de “reiteradas decisões”.

Considerando os aspectos formais que regulamentam as súmulas vinculantes, conclui-se que a edição da Súmula Vinculante nº 13 deveu-se muito mais ao clamor da população, influenciada pela imprensa, que associa nepotismo à corrupção e o considera um entrave à democracia, do que à configuração do que está previsto na hipótese do art. 103-A da CF/88.

Superada as considerações preliminares sobre os aspectos formais da Súmula Vinculante nº 13, pretende-se estudar seus aspectos materiais, buscando obter seu verdadeiro sentido e seus limites de aplicação.

O texto sumular é o seguinte:

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

A conduta que viola a Constituição Federal é 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 cargo em comissão ou de confiança ou de função gratificada na Administração Pública.

Há um limite de parentesco até o 3º grau, inclusive. O parentesco pode ser consanguíneo (pessoas que descendem de uma origem familiar) ou por afinidade (relações que resultam do casamento).

Nesse ponto já há uma inovação por parte do Supremo Tribunal Federal. O Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002) limita o grau de parentesco por afinidade ao 2º grau, conforme o parágrafo 1º do art. 1.595, *in verbis*:

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.

Mostra-se salutar tal inovação, uma vez que a prática do nepotismo é tão prejudicial à Administração Pública que sua extinção de forma mais ampla favorece a democracia brasileira. Por sua vez, o STF pecou ao deixar de fora da redação da súmula os primos (parentes de 4º grau).

Os cargos alcançados pela vedação da súmula são os cargos em comissão, de confiança ou função gratificada.

Outra observação interessante do texto sumular é a referência ao “*ajuste mediante designações recíprocas*”, o intuito aqui é impedir o **nepotismo cruzado** – o agente público “A” nomeia um parente do agente público “B” e em troca, o agente público “B” nomeia um parente do “A”.

Por último, a proibição alcança a administração direta e indireta de qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) de todos os entes da federação (União, Estados, DF e Municípios).

Cabe agora retomar assunto tratado no capítulo anterior desse trabalho: acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos. Foi visto que a regra para o ingresso no serviço público é o concurso público, mas existe a ressalva constitucional para os cargos em comissão e função de confiança (art. 37, II da CF/88).

Explica-se: a característica marcante dos cargos em comissão e função de confiança é a fidúcia entre nomeante e nomeado. Por isso, além de se verificar as qualidades mínimas de um servidor público como a eficiência e o compromisso com o bem público, deve ser levada em conta, para ocupar estes cargos, a confiança que o gestor público deposita nas pessoas que os ocuparão.

Mujalli (1997) faz diferenciação entre os cargos em comissão e os de provimento efetivo:

Cargo em comissão ou de provimento em comissão é aquele predisposto ou vocacionado a ser preenchido por um ocupante transitório, da confiança da autoridade que o nomeou, e que nele permanece enquanto durar essa confiança. Assim, fica desde logo entendido que para o provimento de cargo em comissão não há a necessidade de concurso. A nomeação é livre como também a exoneração.

Cargo efetivo ou de provimento efetivo é aquele predisposto a ser preenchido sem transitoriedade, ou seja, em caráter definitivo. A sua natureza tende à recepção de um ocupante que permaneça no cargo em caráter permanente.

No caso de acesso a cargos efetivos, mediante concurso público, por parentes de autoridades não há de se falar em violação à moralidade ou impessoalidade, pois se respeita o princípio da isonomia previsto no art. 5º caput da CF/88: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)*” e da universalidade do acesso a cargos e empregos públicos (art. 37, II da CF/88).

Pensar de outra maneira seria tratar de modo desigual as pessoas que tivessem algum parentesco (consangüíneo ou por afinidade) com agentes públicos em posição de chefia, violando a dignidade da pessoa humana e seu direito de buscar oportunidades de trabalho.

Portanto, a proibição contida na súmula diz respeito às nomeações para o exercício de cargos em comissão ou funções de confiança, não alcançando os servidores que ocuparão cargos efetivos e os contratados por tempo determinado.

Outra questão que suscitou calorosos debates foi a do alcance da súmula para os parentes de *agentes políticos*.

Os agentes políticos são considerados pela doutrina majoritária uma espécie do gênero agentes públicos, mas não se confundem com servidores públicos. José dos Santos Carvalho Filho (2013, p.590) assim descreve os agentes políticos:

São estes agentes que desempenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja seus fins.

(...)

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. (...) Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo [Presidente, Governador e Prefeito], seus auxiliares [Ministros e Secretários Estaduais e Municipais] e os membros do Poder Legislativo [Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores].

Não há unanimidade na doutrina com relação ao conceito de agentes políticos. Embora haja uma tendência moderna de considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos, no direito brasileiro a classificação mais aceita ainda é a que inclui apenas os chefes do Executivo e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários) e os membros do Legislativo porque eles exercem atividades típicas de governo e a forma de investidura é a eleição, salvo os Ministros e Secretários que são nomeados. (DI PIETRO, 2010)

O Pleno do STF, no julgamento do RE nº 579.951-4, que foi precedente para Súmula Vinculante nº 13, considerou correta a nomeação de parente de Vereador para exercer

atribuições de Secretário Municipal, conforme se depreende do voto do eminente Ministro Carlos Britto:

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.

Para a Promotora de Justiça do estado da Bahia, Rita Tourinho, esse entendimento do STF de que a súmula não alcança os agentes políticos é contraditório, vejamos seu ensinamento:

Em verdade a exclusão dos mencionados agentes políticos do alcance da súmula vinculante nº13 revela um contra-senso em total desacordo com a moderna doutrina dos atos políticos. Ademais, revela o desconhecimento da Suprema Corte dos reais problemas enfrentados nos milhares de municípios brasileiros, no que concerne à prática do nepotismo. O beneficiamento de parentes com cargos de primeiro escalão de governo tem gerado conseqüências nefastas às Administrações Públicas. (...) Segundo Canotilho, o princípio da máxima efetividade ou princípio da interpretação efetiva, como também é conhecido, determina que deva ser atribuída à norma o sentido que confira maior eficácia à Constituição. É inegável que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de excluir os ministros e secretários do alcance da Súmula Vinculante nº13 violou o princípio da máxima efetividade, desde quando permitiu a manutenção de situações pretensamente contrárias aos postulados da moralidade e impessoalidade, de resguardo pretendido pela referida súmula.

A solução para esses casos de contradição entre súmula e princípios constitucionais administrativos é a análise dos casos concretos. O nepotismo foi considerado inconstitucional por afronta aos princípios da moralidade, impessoalidade e igualdade, previstos no art. 37 da CF/88. Em seu voto no RE nº 579.951-4/RN, o ministro Ricardo Lewandowsky assim exarou:

Estou afirmando, no meu voto, a partir de um caso concreto que, realmente, os princípios são auto-aplicáveis, que a vedação ao nepotismo decorre exatamente da conjugação desses princípios da Constituição, com o *etos* prevalente na sociedade brasileira.

No mesmo julgamento, corroborando o entendimento acima, o Ministro Celso de Mello:

O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. E esta Suprema Corte, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a tão graves transgressões da ordem constitucional.

Concluo o meu voto. E, ao fazê-lo, reafirmo o meu entendimento de que o nepotismo se mostra incompatível com o sistema constitucional, impondo-se, por isso mesmo, a vedação de sua prática a todos os Poderes da República e a todos os níveis em que se estrutura o Estado Federal brasileiro.

Torna-se necessário banir, definitivamente, de nossos costumes administrativos, a prática inaceitável do nepotismo, porque, além de infringente da ética republicana, transgride os postulados constitucionais da igualdade, da impessoalidade, da transparência e da moralidade administrativa.

Com a edição da Súmula Vinculante nº 13 consagrou-se a violação *a priori* dos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia, decorrente da nomeação de parentes (consangüíneo ou por afinidade) para cargos administrativos, mesmo que de provimento em comissão.

Pergunta-se: será mesmo que toda e qualquer nomeação de parente de agente público em posição de chefia ofende ao interesse público e à Constituição? A nomeação de um parente super capacitado, preparado para o exercício da função, com experiência, trabalhos reconhecidos e tendo a confiança do nomeante, pode ser considerado um ato ímprobo, violador de princípios e merecedor de repressão pelo Direito?

O presente trabalho não aprofunda um debate em torno de tais indagações. Esses questionamentos podem servir de motivação para futuros trabalhos que explorem essa temática. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando diante de temas controvertidos, elaboram “enunciados” que, resumidamente, são uma síntese do entendimento do órgão acerca de temas controversos.

A simples subsunção do fato à norma (súmula) sem analisar o caso concreto pode acabar violando outros princípios, tais como: razoabilidade, eficiência, supremacia do interesse público e também o da isonomia, que tanto se procurou proteger com a edição da súmula vinculante.

Necessário se faz a comprovação objetiva de que o parente que foi nomeado ocupa o cargo sem demonstrar dedicação e competência, usufruindo das benesses da Administração Pública sem ser merecedor da remuneração que recebe.

Vê-se então duas situações geradas pelo *nepotismo*:

i) nomeações de pessoas capacitadas, eficientes, que desempenham muito bem suas funções na Administração Pública e ainda gozam da confiança da autoridade nomeante exatamente por serem seus parentes. Neste caso não há imoralidade e inadequação ao ordenamento jurídico, portanto não deve estar contido na vedação da súmula;

ii) nomeação de pessoas que não possuem as qualidades necessárias para atuarem no serviço público, o que se procura é a satisfação de interesses particulares em detrimento do interesse público. Esta situação é merecedora da vedação sumular.

Por isso é necessário a análise de cada caso concreto. Veja decisão do Desembargador Mauro Soares de Freitas do TJMG:

Afirma-se ser o nepotismo gritante ofensa a princípios da administração pública, previstos no artigo 37, da Constituição Federal e, portanto, vedado. Afirma-se, até mesmo, ser ofensivo à moralidade. Faço duas perguntas indispensáveis: a primeira, o que se entende por nepotismo? A segunda, o que se entende por moral? O termo nepotismo deriva-se da palavra “nepote”, que designava o sobrinho do Papa, por isto entende-se “nepotismo” como sendo a influência que o sobrinho e outros parentes exerciam na administração eclesiástica. Seria, também, patronato, favoritismo e compadrio. Entretanto, a influência pode ser boa ou má, positiva ou negativa; se boa, nada a recriminar; se má, deve ser extirpada, após indispensável constatação e é dentro desta ótica que deve ser o termo analisado. Quanto à “moral”, o que vem a ser esta? Muitos filósofos já procuraram defini-la, mas a definição que melhor se adequa é a de que “moral é a regra da boa conduta, da distinção que fazemos entre o que é bom e o que é ruim para nós e para os outros”. Utilizando um exemplo milenar daquele que se considerava Mestre, Jesus Cristo, dizia Ele: “ façamos aos outros somente o que queremos que eles nos façam”. Esta definição e este ensinamento são universais, não se aplicam apenas ao Brasil, e independe do credo religioso, da formação cultural, da posição social ou política do ser humano. Como se observa, nada há de religioso ou político no sentido de obedecer os dogmas desta ou daquela corrente de pensamento e a moral está neste terreno como valor da alma, que todos entendem, quando a questão é analisar os valores éticos do comportamento. Um homem moralizado vale mais que uma multidão de intelectuais, por isto a questão moral há de ser analisada, caso a caso, pelo comportamento individual de cada pessoa. Foi muito cômodo tachar o Prefeito de “imoral”, pelas nomeações feitas, sem uma análise do comportamento de cada um. Como foi fácil tachar de “imoral” todos os juízes que tinham parentes trabalhando em seus gabinetes, quando imoral seria a nomeação para não trabalhar, sendo até de se perguntar se isto foi apurado. Se o nomeado prestava serviço à administração, se produzia, se honrava o cargo, se, numa linguagem coloquial, “vestia a camisa da instituição”, a questão há de ser vista de uma outra forma, com os olhos da moralidade e da ética, na prática de atos sérios, verdadeiros, transparentes, praticados por homens educados moralmente. Educação moral é aquela que se volta para a formação do homem voltado para o bem, seja do seu próprio, seja do próximo, nunca se esquecendo da regra, sugerida pelo Cristo, que é fazer aos outros aquilo que gostaria que os outros lhe fizessem. Dentro deste diapasão, qual regra constitucional tem mais valor? A do artigo 37 citado ou a do artigo 5º, que dispõe que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza? Aqui, a inconstitucionalidade é muito mais gritante, porque, no Judiciário, o parente de um magistrado tornou-se mais discriminado que um leproso nos tempos de antanho. Terá de mudar de atividade profissional ou de país, porque na rede pública não conseguirá trabalho. Há ou não distinção? E distinção injusta, porque há cargos de confiança a serem ocupados, onde as normas da confiança, que envolvem escolha pelos padrões da competência e da confiabilidade, estão dentro das regras que conduzem a moral.

Agravo nº 1.0344.07.037232-3/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Desembargadora Maria Elza, DJ, 05 ago. 2008.

Incorreta a presunção de que toda nomeação de parentes para cargos em comissão e função de confiança se deve, tão somente, pelos laços sanguíneos. Imprescindível a verificação do caso concreto para concluir se houve favorecimento ilegítimo ou não.

Após exposição do tópico: *O nepotismo em face da Súmula Vinculante nº 13 de 2008*, interessante as conclusões de Ivan Barbosa Rigolin (2007, p. 15):

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 desapaixonado 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 ordenamento jurídico parece-nos constituir atitude pouco técnica, e perigosamente tendente a um moralismo que nem sempre conduz à técnica, fria, constitucional e, para nós, verdadeira moralidade.

Concordo com as considerações feitas por Rigolin, ao longo desse tópico mencionei que se faz necessária uma análise caso a caso. Pois o simples fato de alguém ser parente de agente público não pode ser considerado condição suficiente e determinante da incapacidade para a prestação eficiente do serviço público, além de ferir o princípio da isonomia. Entretanto, os excessos devem ser evitados e punidos.

4.5 O nepotismo em face do Decreto 7.203/2010

Da mesma forma que o ser humano consegue usar sua inteligência para o bem, pode, infelizmente, usá-la para o mal. O “*jeitinho brasileiro*” está sempre procurando uma brecha no ordenamento jurídico brasileiro para favorecer interesses particulares em detrimento do interesse público.

Não satisfeitos em colocarem parentes diretamente na Administração Pública por meio dos cargos em comissão e funções de confiança (praticando o nepotismo), os agentes públicos encontraram outra forma de favorecer parentes, qual seja: a *terceirização de serviços*.

O fato concreto, trazido à tona pela engenhosidade de mentes corruptamente inventivas, consiste na manipulação das contratações por parte de empresas fornecedoras de mão-de-obra, as chamadas “terceirizadoras de serviço”, de modo que os parentes dos servidores públicos, em geral, mas não exclusivamente, detentores de altos cargos no âmbito da Administração Pública, sejam contratados pelas empresas vencedoras de processos licitatórios para prestação de serviço em determinado órgão ou entidade públicos.

Em 2010, entra no nosso ordenamento jurídico o decreto nº 7.203/10 que dispõe sobre a *vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal*.

Com relação à questão da terceirização, o artigo 7º do decreto serve de alerta para evitar a prática do nepotismo na contratação de serviços terceirizados, vejamos:

Art. 7º Os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança.

Ainda que sejam necessários alguns ajustes para fechar ainda mais o cerco a essa prática, pois o agente público mal intencionado poderá criar um “nepotismo terceirizado cruzado”, é merecedora de aplausos essa medida prevista no decreto para evitar o “*nepotismo terceirizado*” e demonstra que a cultura patrimonialista e os interesses particulares estão sendo substituídos aos pouco pela cultura da meritocracia, tendo em vista a realização do interesse público.

Infelizmente, ainda podemos ver nos noticiários reportagens relacionadas com essa prática imoral, como relatado no caso a seguir:

O Ministério Público Federal no Rio de Janeiro [MPF/RJ] recomendou que Fundação Oswaldo Cruz [Fiocruz] regularize as situações de nepotismo observadas na Diretoria de Administração do Campus [Dirac/Fiocruz]. A situação se caracteriza pela contratação, via empresa terceirizada, de parentes de servidores em cargos de direção ou funções comissionadas. As situações de nepotismo podem gerar relações de trabalho desiguais e criar situações de favorecimentos, em consequência de vínculos de parentesco.

A procuradora da República Aline Caixeta pediu que a instituição realize novos levantamentos de tais práticas, abrangendo as situações de nepotismo terceirizado, e que inclua nos editais de licitação para a contratação de prestadoras de serviço terceirizadas ou equivalentes, regra expressa vedando que qualquer familiar de agente público preste serviços no órgão em que este exerça cargo de comissão ou função de confiança.

A Fiocruz tem o prazo de 60 dias para informar a Procuradoria da República no Rio de Janeiro [PR/RJ] sobre as providências adotadas em atendimento à recomendação. Em caso de omissão, o MPF poderá tomar as medidas judiciais cabíveis. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2014)

Em casos como esses, faz-se necessário uma resposta imediata das autoridades e órgãos competentes, punindo, exemplarmente, os agentes públicos que continuam a realizar essa prática tão nefasta à Administração Pública.

5 CONCLUSÃO

Vimos que o favorecimento de parentes (nepotismo) é uma prática que acompanha a humanidade há tempo e que no Brasil essa prática foi trazida pelos colonizadores portugueses e aqui encontrou terreno fértil para crescer dado o modelo patrimonialista de administração que foi herdado. Nesse modelo, o administrador não faz distinção entre o patrimônio público e o privado, possibilitando o uso da máquina pública para fins privados.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, expressamente, os princípios que devem fundamentar as ações da administração pública. Como visto ao longo desse trabalho, o nepotismo viola principalmente dois deles: impessoalidade e moralidade.

O ordenamento jurídico brasileiro vem buscando desde 1988 impedir essa prática nefasta. O estatuto dos servidores públicos federais trouxe proibição aos funcionários públicos manterem familiares sob suas chefias, a Lei de Improbidade estipulou sanções aos agentes públicos que violassem os princípios constitucionais, recentemente o decreto 7.203 de 2010 trouxe previsão de combate ao nepotismo terceirizado. Entretanto, o principal instrumento de combate ao nepotismo e o mais criticado pelos estudiosos do assunto é a Súmula Vinculante nº 13 de 2008.

Questão polêmica que ainda não chegou a uma resposta é a questão dos agentes políticos. Entram ou não na vedação sumular? Nem todos os ministros da atual composição do Supremo Tribunal Federal se posicionaram sobre o assunto, resta esperar.

Por fim, conclui-se que o nepotismo na administração pública é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. O fortalecimento das instituições públicas de fiscalização e correição, bem como uma maior participação popular exigindo transparência na gestão pública tem contribuído para acabar com essa prática. Porém, dada a engenhosidade humana para tirar proveito de tudo, o famoso “jeitinho brasileiro”, há quem enxergue como solução para acabar com o nepotismo duas opções: eliminar os cargos em comissão e funções de confiança ou definir como forma de ingresso para os mesmos, a realização de concurso público ou seleção pública.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. 27-28 p.

BÄCHTOLD, Ciro. **Noções de Administração Pública**. Cuiabá: Ed UFMT; Curitiba: UFPR, 2008.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 10 ed. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Decreto 7.203 de 4 de junho de 2010. Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm> Acesso em: 22 set. 2015.

_____. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 05 set. 2015.

_____. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm> Acesso em: 05 set. 2015.

_____. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm> Acesso em: 10 set. 2015.

_____. 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/L10406.htm> Acesso em: 10 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>> Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo: 3427316 PE, Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Data de Julgamento: 20/08/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 03/09/2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação: 00199287820098260047 SP 0019928-78.2009.8.26.0047, Relator: Maria Olívia Alves, Data de Julgamento: 02/03/2015, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/03/2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Civil: 21058 DF 0021058-35.2007.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 25/03/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p. de 12/04/2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais . Agravo nº 1.0344.07.037232-3/001, , Rel. Desembargadora Maria Elza, DJ, 05 ago. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.009.926/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 10.2.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1499622 SP 2014/0307409-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 24/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial: 1386255 PB 2013/0172703-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 24/04/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1286631 MG 2011/0132430-3, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial: 1362789 MG 2013/0009346-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 12/05/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 579951 RN , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO.

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

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 9 ed. Barueri: Manole, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em<<http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>>. Acesso em: 30 out. 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. v 10. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

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

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2013.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência**. 6 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LOPEZ JUNIOR, Felix Garcia. **A meritocracia possível. Sociedade e Estado**. Brasília, n.3, set./dez.2006. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a11v21n3.pdf> >. Acesso em: 03 out. 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7 ed. Niterói: Impetus, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: < <http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/137355382/mpf-rj-pede-fim-de-nepotismo-terceirizado-na-fiocruz> > Acesso em: 02 nov. 2015.

MUJALLI, Walter Brasil. **Administração pública: servidor e serviço público**. Campinas: Bookseller, 1997.

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado apresentado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE, e aprovado no final de 1995 pela Câmara da Reforma do Estado do Conselho de Governo. Disponível em < www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI2.HTM > Acesso em: 01 set. 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Sobre o nepotismo: uma reflexão sobre moralidade e moralismo**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 80, p. 10-15, out. 2007.

ROCHA, Zélio Maia da. **Nepotismo e concurso público** – Critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na administração pública. *Âmbito Jurídico*, 01 fevereiro 2009. Disponível em

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5427 >. Acesso em: 08 out. 2015.

SENADO FEDERAL. Disponível em

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/10/28/ccj-aprova-reducao-de-cargos-comissionados-no-setor-publico>>, Acesso em: 01 nov. 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed . Rio de Janeiro: 2007.

TOURINHO, Rita. **O Combate ao Nepotismo e a Súmula Vinculante nº 13: Avanço ou Retrocesso?** 2011. Disponível em

<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/o_combate_ao_nepotismo_e_a_sumula_vinculante_no_13_avanco_ou_retrocesso.pdf >. Acesso em: 19 out. 2015.