ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 32 – outubro/novembro/dezembro de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

NEPOTISMO EM CARGOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS

Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho Científico da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br.

1. HOMENAGEM A MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

JOSÉ ORTEGA Y GASSET, o genial filósofo espanhol do vitalismo, atribuía ao **suceder de gerações** uma importância fundamental na explicação do próprio **movimento histórico**. Distinguia esse filósofo, com rara felicidade, entre os que habitam a mesma quadra histórica, os **contemporâneo**s e os **coetâneos.** Os contemporâneos são os indivíduos que vivem no mesmo **tempo cronológico**. Os coetâneos, além disso, são os indivíduos que integram uma mesma geração, compartilham experiências de formação e crescimento semelhantes, e identificam, por essa razão, um **tempo vital comum**. Para ORTEGA, a história é feita pelos encontros e desencontros de indivíduos com **tempos vitais distintos, no horizonte do mesmo tempo cronológico**, o que ele denominava **anacronismo essencial da história**. Por força desse **desequilíbrio interior**, dizia o filósofo, a "**história muda, roda e flui"**. (ORTEGA Y GASSET, 1982: V: 37-38).

MARIA SYLVIA é um exemplo raro de pesquisadora e professora, no posto mais alto da carreira universitária, que conseguiu **dialogar com as diferentes gerações do seu tempo histórico**, permanecendo **atual, ativa e criativa**. Autora de livros fundamentais do direito administrativo brasileiro, didáticos e abrangentes, continua a publicar sobre os novos temas da disciplina, com precisão e juventude invejáveis. Tenho a honra de com ela manter mais do que uma relação de prolongada amizade. Trabalhamos juntos em diferentes ocasiões, especialmente durante a elaboração do anteprojeto da atual Lei Federal 9784/99 (Lei de Processo

Administrativo Federal) e do anteprojeto de nova Lei de Organização Administrativa, entregue ao Governo Federal em 2009, ainda não transformado em Lei. Palestras e conferências frequentes, bem como o diálogo assíduo que mantivemos nos últimos dezoito anos, cimentaram uma **relação de estima e admiração que dispensa aparências, concordâncias frágeis ou servilismo intelectual, por ser fundada na confiança recíproca**. MARIA SYLVIA é a **grande dama do direito administrativo brasileiro** e merece todas as homenagens que lhe possamos prestar.

Por isso mesmo, instado por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO a integrar coletânea em homenagem a MARIA SYLVIA em momento particularmente tumultuado de minha vida pessoal, considerei obrigatório participar, ainda que com notas, despretensiosamente reunidas neste trabalho. Trata-se de texto simples, sem pretensões senão a de testemunhar a minha admiração e carinho pela homenageada.

2. O CONTEXTO DO DEBATE SOBRE NEPOTISMO NOS CARGOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS

Nepotismo é a conduta de nomear para cargos públicos em comissão ou funções de confiança de livre provimento e livre exoneração, ou para cargos e funções de provimento ou exoneração condicionada, parentes, cônjuges ou companheiros de agentes públicos, enaltecendo critérios de promoção familiar e de afinidade em detrimento a critérios de mérito e capacidade funcional no acesso a cargos públicos. Aplica-se também o conceito, por extensão, à contratação, sem licitação, de empresas das quais sejam sócios parentes, cônjuges e companheiros dos agentes públicos responsáveis pela contratação. Em termos ainda mais amplos, nepotismo (do latim *nepos*, neto ou descendente) designa o vício de promover o favorecimento de parentes e afins na gestão pública, confundindo-se a esfera dos interesses privados do administrador com os interesses sociais objetivos que a administração pública deve atender.

Trata-se de comportamento, em qualquer extensão do conceito, evidentemente contrário ao *ethos* republicano, a princípios básicos da administração pública e a elementares preceitos de boa gestão da coisa pública, mas que foi tolerado durante toda a história do Brasil e nos vinte primeiros anos da Constituição Federal de 1988.

Em agosto de 2008, sob a direção do Ministro GILMAR MENDES, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento direto nos princípios da impessoalidade, igualdade, eficiência e moralidade enunciados expressamente na cabeça do art. 37 da Constituição da República, no princípio republicano e em precedentes da Corte, editou Súmula Vinculante **proibindo a nomeação de cônjuges, companheiros e parentes até o terceiro grau para os cargos comissionados ou funções gratificadas nos três Poderes**, inclusive mediante designações cruzadas. A **Súmula Vinculante n. 13**, como é mais conhecida, aprovada na sessão plenária de 21.08.2008 e publicada em 29.08.2008, foi assim ementada:

> "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."

Porém, a Súmula Vinculante n. 13 constituía uma norma, elaborada a partir de diversos precedentes da Corte e, como toda norma, foi objeto de interpretações diversas no próprio Supremo Tribunal Federal. Algumas decisões estabeleceram exceções à proibição enunciada ou restringiram os seus limites, porém não foram analisadas devidamente pela opinião pública ou pela doutrina especializada. A mais grave das ressalvas foi germinada nas primeiras decisões da Corte sobre o tema nepotismo, a partir de uma distinção ausente do enunciado da súmula entre o **favorecimento familiar de agentes no provimento de cargos administrativos e no provimento de "cargos políticos" ou "político-administrativos"** (STF, RE 579.951/RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento 20/08/2008, DJe-202, 23/10/2008, publicação 24/10/2008 ; Rcl 6650 MC /PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, decisão do Min. CEZAR PELUSO, julgado em 24/09/2008**,** DJe-184, 29/09/2008, publicação 30/09/2008; Rcl 6650 MC-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe-222, 20/11/2008, publicação 21/11/2008; Rcl 7.590-*MC/PR, Rel. Min.* MENEZES DIREITO*,* julgamento 11/02/2009, DJe -35, 19/02/2009, publicação 20.02.2009).

Segundo essa interpretação, difundida amplamente sem os matizes presentes nos debates da Corte, **a Súmula Vinculante 13 seria aplicável apenas a funções de confiança e cargos em comissão puramente administrativos, de livre nomeação e livre exoneração**. O provimento de **cargos políticos**, **mesmo os não eletivos**, não sofreria as limitações da proibição de nepotismo. É dizer: cargos de secretários municipais, secretários estaduais, ministro de estado, situados no cume da administração pública, poderiam ser titularizados por parentes imediatos do governante, sem a possibilidade de se qualificar o respectivo ato de designação como inválido por nepotismo.

Para exemplificar de forma simples: o Prefeito Municipal não poderia nomear a sua esposa para o cargo de diretora de estabelecimento escolar, mas poderia nomeá-la para Secretária Municipal de Educação. Não poderia nomear o irmão motorista, mas poderia nomeá-lo Secretário de Transportes.

A distinção causa perplexidade. A palavra nepotismo surgiu exatamente para expressar a concessão de privilégios do Papa a seus familiares, designados a ocupar cargos de primeiro escalão na Igreja. "Nepotes" eram chamados os sobrinhos, irmãos, tios e primos do Papa nomeados cardeais (BELLOW, 2006: 22).

NAPOLEÃO BONAPARTE, considerado o maior nepotista da história, nomeou três de seus irmãos para o cargo de rei em países conquistados. No Brasil essas hipóteses seriam excluídas da vedação do nepotismo. A vedação ao nepotismo entre nós parece dirigir-se principalmente para os cargos de segundo escalão e alcançar apenas o servidor barnabé, integrante dos estratos administrativos mais singelos, atribuindo-se aos escalões elevados da administração pública a qualidade de serem compostos por cargos de provimento exclusivamente político.

Entretanto, o conceito de cargo político no Brasil não é preciso ou unívoco. Admite inteligência doutrinária e jurisprudencial ampla ou restritiva. Não é certo, tampouco, que agentes sem investidura popular, nomeados de forma unipessoal para cargos públicos em comissão, mesmo quando exercentes de funções de governo, devam estar imunes à vedação do nepotismo. A ressalva abre avenidas amplas para circulação de valores não republicanos e não parece encontrar apoio em qualquer norma de matriz constitucional. Não parece legítimo, por igual, admitir ficções normativas nesta matéria e reconhecer validade a leis que pretendem atribuir o *status* de ministério ou secretaria a órgãos que não cumprem funções típicas de governo. É elevado o risco de a suposta exceção converter-se em regra, com desmoralização da súmula editada, ao permitir que sejam triviais manobras destinadas a favorecer nos cargos mais elevados do Estado relações de parentesco em desfavor da meritocracia e da seriedade exigida na gestão pública. Não há razões para tolerância com este vício tão enraizado em nossos costumes políticos. O nepotismo desestimula os servidores de carreira, favorece a ineficiência e fragiliza os instrumentos de controle.

No interior do Brasil, e em Estados relevantes, parentes estão sendo nomeados Secretários para ajustar a estrutura administrativa aos padrões decisórios do Supremo Tribunal Federal e aparentar o cumprimento à Súmula Vinculante n. 13. É fácil exemplificar, didaticamente, colhendo situações em todos os partidos políticos. Neste ano, por exemplo, o prefeito de Curitiba, GUSTAVO FRUET (PDT), nomeou a esposa, MÁRCIA FRUET, para comandar a Fundação de Ação Social (FAS) e a irmã, ELEONORA FRUET, para assumir a Secretaria de Finanças. Em Manga (MG), o prefeito ANASTÁCIO GUEDES (PT) designou três parentes para o primeiro escalão do governo: o cunhado assumiu a Secretaria de Agricultura Familiar; a cunhada, a Secretaria de Assistência Social; e o sobrinho, a Secretaria de Administração. Investido na prefeitura de Manaus, o ex-senador ARTHUR VIRGÍLIO (PSDB) nomeou a mulher, GORETH GARCIA, para a Secretaria de Assistência Social, mas segundo a imprensa afirmou que a esposa não receberá os subsídios do cargo, de R$ 18 mil reais, como se o serviço gratuito resolvesse o problema.

É equívoco afirmar, por outro lado, como tem sido difundido amplamente, que o Supremo Tribunal Federal tenha admitido a nomeação irrestrita de parentes para cargos de primeiro escalão da administração pública brasileira. A Corte, ao tratar da matéria, assentou em diversos julgados reservar-se a apurar **caso a caso** situações de abuso e falta de razoabilidade no provimento de **cargos políticos**, a apreciar em cada caso eventual nepotismo cruzado e apurar a ausência de qualificação técnica dos nomeados como indicativo de fraude à lei e aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência na administração pública (STF, Rcl 8625/MG, Rel. Min.

ELLEN GRACIE, Julgamento 01/12/2009, DJe-229, 04/12/2009, publicação 07/12/2009; Rcl 6938 MC/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgamento: 22/08/2011, DJe-169, 01/09/2011, publicação 02/09/2011; Rcl 11605 MC / SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento: 29/06/2012, DJe-151, 01/08/2012, publicação 02/08/2012; Rcl 14.497 MC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 11/10/2012, DJe-205, 18/10/2012, publicação 19/10/2012). Trata-se de orientação evidentemente imprópria para uma Suprema Corte, que não deve se ocupar de **situações de varejo**, do cotidiano da gestão de pessoal da máquina pública, cumprindo-lhe antes fixar critérios gerais e objetivos de aplicação da Constituição Federal na matéria.

Em tempo de debate sobre as formas de favorecimento pessoal no acesso a cargos públicos talvez esse tema deva merecer um novo olhar e uma nova leitura a partir da Constituição.

3. NEPOTISMO E PATRIMONIALISMO

Nepotismo é manifestação típica de patrimonialismo na gestão do Estado, ou dominação patrimonial, conceito difundido e estudado por MAX WEBER, que o utiliza para designar um tipo específico de dominação tradicional, aquela que se "exerce em virtude de pleno direito pessoal" (WEBER, 1994: 152).

No patrimonialismo o governante organiza o poder político como uma espécie de **poder doméstico**, segundo vínculos de solidariedade e fidelidade típicos dos membros de uma família. Não há impessoalidade (exercício do poder 'sine ira et studio', sem ódio e paixão, elementos essenciais para o conceito objetivo de dever impessoal). O poder é exercido como propriedade pessoal do governante, extensão do seu domínio privado, **sem realizar-se a distinção entre esfera pública e a esfera privada**. Os cargos são vendidos ou concedidos como prebendas ou sinecuras, sendo utilizados para cooptação e favorecimento. O poder é concebido como um bem privado e apropriado por seus exercentes, sempre atentos à proteção de seus dependentes ou afilhados. O governante é o *pater familias* supremo.

Trata-se de uma descrição típica-ideal, sintetizada para conformar um conceito operacional e crítico de patrimonialismo no exercício do poder político-administrativo.

Patrimonialismo é conceito útil também para descrever traços amplamente verificados ao longo da história político-institucional brasileira. SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, no clássico Raízes do Brasil, reconheceu a recorrente primazia das conveniências particulares sobre os interesses de ordem geral como um dos componentes fundamentais na formação do brasileiro como "homem cordial":

> "No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio

> constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar - a esfera, por excelência dos chamados 'contatos primários', dos laços de sangue e de coração - está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas". (2006:159-160).

É o culto ao patrimonialismo que explica porque o favorecimento de parentes e afins no acesso a cargos e funções públicas foi comportamento considerado normal durante largos períodos de nossa história. RICHARD GRAHAM, escrevendo sobre o clientelismo e a política no Brasil do século XIX, anotou que mesmo as restritas limitações estabelecidas na legislação para evitar concentração de poder por determinadas famílias não eram respeitadas, predominando a plena aceitação do nepotismo:

> "O nepotismo não constituía uma prática vergonhosa; não havia nada a esconder. Em 1884, o presidente de Pernambuco explicou francamente que desejava promover o promotor público para um juizado municipal a fim de abrir uma vaga para seu próprio filho. Sem dúvida era mais comum reconhecer a existência da lealdade familiar e simplesmente tentar restringir seus abusos mais flagrantes. Pela lei, 'pai, filho, irmãos ou cunhados' não podiam participar conjuntamente de uma câmara municipal. A lei eleitoral de 1846, época em que os eleitores ainda assinavam suas cédulas, especificava que eles não poderiam votar em seus ascendentes ou descendentes, nem em seus irmãos, tios ou primos de primeiro grau. No entanto, mesmo as regras limitando o nepotismo eram frequentemente colocadas de lado. Um observador reclamou que as autoridades ignoravam a 'incompatibilidade legal' que deveria ter evitado que um juiz dos feitos tivesse um tio na Relação, um outro como juiz de órfãos e um filho como promotor público, todos no mesmo distrito. Essas leis apenas impunham certos limites ao nepotismo, sem considerá-lo essencialmente condenável. Um chefe rural, ao recomendar vários homens para cargos, explicou porque os laços de família eram melhores: estes 'são meus parentes, o que decerto V. Exa. deve tomar em conta, (...) mas (...) devo dizer aquilo que entendo, indicando quem me merece inteira

> confiança pelo conhecimento pessoal que tenho [deles]'. Uma pessoa que se recusasse a usar seu cargo público para ajudar um parente seria considerado violador de um preceito básico da vida social". (1997: 303-304).

O nepotismo foi percebido ao longo de nossa história como forma de autopreservação e autoproteção das elites. Foi instrumento utilizado para a formação de estamentos burocráticos (FAORO, 1996), anéis de ligação entre o Estado e a sociedade, com a dupla função de ampliar a influência e o poder unipessoal do governante e enfraquecer o sistema representativo**.**

Ao longo da nossa história o nepotismo favoreceu o estabelecimento de uma política de favores e lealdades recíprocas de caráter pessoal destinada à formação de maiorias políticas ocasionais sem a participação ou à revelia das agremiações políticas e permitiu a formação de clãs familiares em determinadas regiões do Brasil. Neste contexto, o nepotismo não é apenas uma conduta moralmente reprovável na gestão da coisa pública; é obstáculo à maturidade democrática do país. Não é apenas uma utilização desviada do poder, mas verdadeira usurpação dele, ou sua perversão, pois o governante converte em propriedade sua poder que lhe foi cedido transitoriamente, como função, para o fiel e objetivo atendimento a finalidades sociais obrigatórias. Trata-se de vício antigo, renitente, que neste momento redobra a ousadia a partir da brecha que se abriu na jurisprudência da Suprema Corte quanto ao provimento de cargos públicos ditos "políticos". Entender melhor essa qualificação vaga e a necessidade ou não de atribuir-lhe repercussão no tema nepotismo é a tarefa seguinte.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS CARGOS PÚBLICOS NO BRASIL: DISTINÇÕES OCULTAS NO DEBATE SOBRE NEPOTISMO

A Constituição da República dispõe, em seu art. 37, II, o seguinte:

> "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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

O dispositivo pode ser interpretado como uma determinação de formas distintas de provimento ou de tipos distintos de cargos público, caracterizados pela forma do provimento. São enfoques diferentes para compreensão do mesmo enredo normativo: o primeiro enfatiza o **aspecto dinâmico do provimento**; o segundo, o **elemento estável dos cargos públicos**. Pelo primeiro, identifica-se no sistema jurídico a legitimidade de **provimentos vinculados** e de **provimentos discricionários** em matéria de acesso a cargos públicos. Pelo segundo enfoque,

afirma-se uma discriminação positiva para tipos distintos de cargos públicos: a conhecida classificação entre **cargos efetivos** e **cargos em comissão**.

Trata-se de **classificação dicotômica** que permite identificar ao menos dois aspectos relevantes na caracterização dos cargos públicos.

Quanto à vocação de permanência de seus titulares os cargos públicos se dividiriam em:

a) cargos de **provimento definitivo** (os cargos de provimento efetivo e os cargos de provimento vitalício) e

b) cargos de **provimento precário** (os cargos de confiança ou cargos em comissão, de livre designação e exoneração).

Quanto à natureza do ato de provimento, os cargos públicos poderiam ser divididos em:

a) cargos de **provimento vinculado** (v.g., cargos investidos por concurso público);

b) cargos de **provimento discricionário** (cargos de livre nomeação e exoneração).

Essa classificação dicotômica revela-se didática: **os cargos efetivos são cargos de provimento definitivo e vinculado**, pois se caracterizam exatamente por permitir a aquisição da estabilidade (ou vitaliciedade) de seus titulares e por dispensarem a valoração subjetiva do administrador na escolha do agente a ser investido na função, uma vez que a investidura é submetida à observância criteriosa da ordem de classificação resultante do concurso público; os cargos em comissão, diversamente, são caracterizados pelo **provimento precário e discricionário,** pois não asseguram a permanência do titular na função e exigem sempre a avaliação subjetiva do administrador público quanto ao merecimento e capacidade do agente para a sua investidura no cargo.

A distinção entre cargos efetivos e cargos em comissão fez fortuna entre os administrativistas, sendo recebida como dogma e mencionada frequentemente como se esgotasse as categorias possíveis de cargos públicos quanto à forma de provimento na ordem constitucional brasileira.

No entanto, a Lei Fundamental, em diversas passagens, escapou à dicotomia entre **cargos em comissão**, de livre provimento e livre exoneração, e **cargos efetivos,** de provimento definitivo e vinculado, antecedido por concurso público. **A Constituição Federal encerra diversas hipóteses em que não há livre**

nomeação e livre exoneração no provimento de cargos públicos, mas também não há exigência de concurso público ou caráter definitivo no provimento.

Em trabalho anterior, sobre estágio probatório, constatei a lacuna doutrinária na matéria, dedicando ao assunto uma singela nota de rodapé (MODESTO, 2001: 59). Mas a relevância do assunto tem crescido nos últimos anos, especialmente com o aumento significativo do número de Agências Reguladoras no Brasil, entidades cujos dirigentes são nomeados em geral apenas após aprovação do Senado Federal e, uma vez empossados, passam a gozar de estabilidade por período determinado, não podendo ser exonerados **ad nutum**.

Na ausência de melhor designação, denominei essas hipóteses constitucionais de **cargos de provimento condicionado ou exoneração condicionada**, uma vez que, embora prescindam de concurso público e admitam avaliação subjetiva do administrador na escolha dos seus exercentes, apresentam como peculiaridade negar a livre nomeação, a livre destituição ou as duas decisões discricionárias típicas dos cargos em comissão. Exemplos não faltam: Presidente e diretores do Banco Central (Art. 52, III, *d, CF);* Governador de Território (Art. 52, III, c, CF); Procurador -Geral da República (Art. 52, III, *e, CF);* titulares de cargos que a lei determinar (art. 52, III, *f, CF);* Ministros dos Tribunais de Contas, indicados pelo Presidente da República (art. 52, III, *b, CF);* magistrados escolhidos pelo Poder Executivo, nos casos estabelecidos na Constituição (art. 52, III, *a, CF).* Não é possível continuar a enquadrar essas hipóteses na categoria dos cargos em comissão de livre provimento ou livre exoneração.

O número de cargos de provimento ou desligamento condicionado não cessa de aumentar, tendo em vista a cláusula aberta do art. 52, III, *f,* que delega à lei prever novas hipóteses de prévia aprovação do Senado Federal para nomeação de agentes públicos. A previsão, como antes referido, tem sido aplicada com frequência para o provimento de cargos de conselheiros ou diretores de Agências Reguladoras, cuja designação prescinde de concurso público, exige a concordância do Senado Federal e confere ao titular, durante determinado lapso de tempo, garantias semelhantes à estabilidade dos servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo (cf., v.g., Lei n. 9.427/96, art. 5º, caput e parágrafo único; Lei n º 9.472/97, art. 8º, §2º, 23 e segs; Lei no. 9478/97, art. 11, §2º e 3º.; Lei n. 9.986/2000, art. 5º. e segs.).

As classificações anteriores, enriquecidas com o novo tipo de cargo em face da forma do provimento, deixam de coincidir, pois os cargos públicos de provimento condicionado podem ser **vocacionados à permanência do titular** (v.g., Ministros dos Tribunais de Contas, Ministros dos Tribunais e Desembargadores egressos do quinto constitucional), **vinculados a mandatos fixos** (v.g., Procurador—Geral da República, diretores de Agências Reguladoras) **ou precários** (vg.., Presidente do Banco Central), conforme a hipótese concreta.

A classificação dos cargos públicos quanto ao provimento deve ser recomposta em termos **tricotômicos**:

a) quanto à vocação de permanência do titular no cargo público:

   a. cargo de **provimento definitivo**

   b. cargo de **provimento a termo**

   c. cargo de **provimento precário**

b) quanto à natureza do ato de provimento:

   a. cargo de **provimento vinculado**

   b. cargo de **provimento condicionado**

   c. cargo de **provimento livre**

Embora mais fiel à riqueza do texto Constitucional Brasileiro, a nova classificação não deve ser interpretada de forma literal ou sem temperamentos. Há sempre algum grau de vinculação em todo provimento de cargo público. **O provimento dos cargos públicos nunca é totalmente livre** (deve observar, em especial, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade e igualdade). O provimento condicionado ora deriva de **ato unipessoal do governante** (sujeito a controle ou confirmação posterior) ora exige prévio (e restritivo) **ato de escolha de outros atores institucionais** (listas tríplices, sêxtuplas etc). A homogeneidade em cada categoria é algo enganosa.

De qualquer forma, interessa registrar que o **vício do nepotismo pode incidir tanto no provimento de cargos em comissão quanto no de cargos de provimento condicionado**. É óbvio que o aumento do grau de discricionariedade da escolha eleva o risco de favorecimento pessoal injustificável. **O nepotismo é vício residente na ponderação discricionária.** No nepotismo o agente público deixa de realizar a **ponderação exclusiva dos interesses públicos relevantes** para incluir na estrutura do processo decisório administrativo a **tutela de interesses familiares e pessoais estranhos ao bem comum (*res publica).***

Não há como cogitar de nepotismo na hipótese de cargos de provimento vinculado. Se o concurso público é válido, a aprovação de parentes do governante não importa em qualquer suspeição de nepotismo. O que não significa que atos subsequentes incidentes sobre a carreira do agente nomeado, manejados a partir de competência discricionária, não possam por em causa o vício do nepotismo, a exemplo de cessões generosas e promoções sem critério material legítimo que beneficiem parentes da autoridade administrativa.

Os cargos públicos submetidos a sufrágio popular são também cargos públicos de provimento vinculado. A classificação destes cargos como cargos políticos considera a natureza das funções a serem exercidas e não a forma do

provimento. A eleição é um processo seletivo válido para definição impessoal de mandatários da coletividade. Os eleitos podem possuir parentes no serviço público; se há elegibilidade, a posse dos eleitos é válida e legítima. É ato vinculado. É confusão classificar os cargos políticos como terceiro tipo de cargo, ao lado dos cargos em comissão e dos cargos efetivos, a partir do critério da forma de provimento.

Não há conceituação pacífica de **agentes políticos ou cargos políticos**.

Para HELY LOPES MEIRELLES os "agentes políticos são os **componentes do Governo nos seus primeiros escalões**, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação **para o exercício de atribuições constitucionais**", bem como as "**demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais**, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário". Na categoria, bastante ampla como se pode ver, inclui o autor os Chefes do Poder Executivo, seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e os representantes diplomáticos (2003:75). Para o autor, os agentes políticos se caracterizariam pela **plena liberdade funcional**, desempenhando suas atribuições **sem submissão à hierarquia administrativa**, devendo sujeição apenas aos graus e limites constitucionais de suas respectivas funções. Exercitam "prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas especificas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhe são privativos" (2003: 76).

Os agentes políticos (e consequentemente os cargos políticos) são conceituados de forma **mais restrita** por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO como os "**titulares dos cargos estruturais à organização política do país**, ou seja, ocupantes dos [cargos] que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do poder" (2012: 251). Seriam agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo (Ministros e Secretários), os Senadores, os Deputados federais e estaduais e os Vereadores. Os agentes políticos se caracterizariam por manter **liame de natureza política**, independente de habilitação profissional ou técnica, e por serem erigidos a representantes da sociedade a partir da **qualidade de cidadãos**, respondendo ainda pela formação da "vontade superior do Estado" (2012: 252).

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, realizando o registro fiel das duas posições doutrinárias, adere ao conceito mais restrito, destacando ser este preferível. Segundo a autora, "a ideia de agente político liga-se, indissoluvelmente, à de **governo** e à de **função política**, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo)" (2012: 582). A função política compreende, segundo a autora, basicamente as "atividades de direção e as colegislativas, ou seja, as que implicam a fixação de metas, de diretrizes, ou de planos governamentais" (2012:582). A autora recusa incluir na categoriza de agentes políticos os membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, por não exercem funções de governo, mas reconhece que atualmente há

uma “tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos” (2012:583). Afirma que os primeiros podem ser incluídos na categoria de agentes políticos se redefinida a função política no sentido de “exercício de uma parcela da soberania do Estado”, a “função de dizer o direito em última instância” (2012:583). Neste sentido, cita a posição do STF no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi relator o Ministro NERI DA SILVEIRA, que se referiu aos magistrados como “agentes políticos, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica” (DJ 12/04/2002). Mas no tocante aos membros do Ministério Público, afirma MARIA SYLVIA que a inclusão na categoria de agentes políticos tem sido justificada pelas funções de controle que lhe foram atribuídas a partir da Constituição de 1988, mas não identifica nisso relevo suficiente para alterar a sua categorização como agentes administrativos, equivalente aos demais servidores estatutários (2012:583).

Lamentavelmente, encontro dificuldades em seguir qualquer das duas orientações expostas. A primeira orientação parece excessivamente ampla; a segunda, excessivamente restritiva. Não é suficiente que se exercite função pública com ausência de subordinação direta para que se tenha agente político; é necessário que a atividade possua dimensão política, no sentido radical e original do termo, é dizer, **refira-se diretamente aos destinos da polis e ao poder soberano do Estado**. Funções administrativas exercidas com independência, sem subordinação hierárquica, mas que não expressam qualquer poder soberano do Estado e não possuam existência necessária, não devem arrastar seus titulares para o conceito de agentes políticos (v.g., os dirigentes de Agências Reguladoras, os reitores e os integrantes de colegiados consultivos etc.). Por outro lado, parece também excessiva restrição afastar os membros da magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas do conceito de agentes políticos, pois cada um deles, de diferentes formas, exercitam função de soberania, com independência, regime jurídico peculiar e regime de responsabilidade igualmente diferenciado em relação aos demais agentes administrativos. Não por acaso a Constituição Federal prevê, expressamente, o julgamento desses agentes por crime de responsabilidade em diferentes disposições (Art. 52, II, 85, V, 102,I, c, da CF, regulamentadas pelas Leis 7.106/1983 e 1.079/1950). Não é por acaso também que os Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas possuem as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça ou dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais, conforme o caso (Art. 73, §3º, CF). Não é sem razão que a Constituição Federal considera crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra a Constituição Federal, com destaque para o “livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação” (Art. 85, II, CF). Não é sem propósito que a Constituição atribui ao Chefe do Ministério Público a **iniciativa de lei** para a criação e extinção de cargos e serviços auxiliares no Ministério Público, a definição de sua política remuneratória e os planos de carreira (Art. 127, §2º, CF) e exige deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo para destituição dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Território (Art. 128, §4º, CF). É por reconhecer nessas funções especial caráter político, por fim, que a Constituição atribuiu ao Senado Federal o encargo de aprovar, previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição; Ministros do

Tribunal de Contas da União, indicados pelo Presidente da República, e do Procurador-Geral da República (Art. 52, III, CF).

O Ministério Público, por seu Procurador-Geral, quando opina pelo arquivamento de inquérito policial, não exercita prerrogativa exclusivamente administrativa, mas função soberana, na medida em que a decisão é incontrastável pelo Poder Judiciário, ressalvada a hipótese de ilegalidade ou abuso de poder. Mesmo nestes casos, entrega-se novamente a deliberação do ***jus persequendi*** do Estado ao Ministério Público.

Neste cenário, considero agentes políticos todos os **agentes públicos que exprimam prerrogativas de soberania, a partir de vínculo profissional ou político, investidos por eleição, nomeação ou delegação, e sujeitos a restrições, deveres e responsabilidades especiais enumeradas e disciplinas na Constituição Federal.** Se acrescentarmos a esses atributos o da **plena independência funcional**, presente no regime jurídico de vários agentes políticos teríamos de retirar do conceito, por exemplo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais, entre outros agentes, o que parece igualmente exagerado, considerando diversas disposições constitucionais de destaque (v.g, Art. 76; 29, 84, II; 87; 91, VIII e Art. 102, I, c, todos da CF).

Portanto, considero **legítima a distinção entre cargos políticos e cargos meramente administrativos**. Em termos conceituais, a partir de dispositivos constitucionais relativos ao provimento, confirmação e permanência no cargo, regime de retribuição, incompatibilidades, deveres e responsabilidades, é possível extrair peculiaridades para caracterizar o regime jurídico dos titulares de cargos políticos. **O erro é considerar essa categoria unifome**. Não há uniformidade. Há cargos **político-administrativos e cargos político-representativos ou funcionais**. Nos primeiros os agentes são investidos por designação unipessoal da autoridade superior, o provimento é precário e livre, enquanto nos segundos os agentes são investidos por sufrágio, popular ou corporativo (isto é, realizado pelos próprios pares do investido) ou por concurso público, isto é, possuem provimento vinculado ou condicionado, definitivo ou a termo (exercem mandato). São situações completamente distintas, que exigem tratamento jurídico diferenciado. Nos primeiros cabe sempre avaliar a legitimidade da designação por eventual nepotismo ou favorecimento indevido, isto é, cabem sempre as restrições antinepotismo (ex. cargos de Ministros de Estado, secretários estaduais e municipais); nos demais, por definição, nunca cabe cogitar de nepotismo, quando se tratar de provimento vinculado (nomeados por concurso público ou eleitos por sufrágio direto) ou cabe apenas de forma residual ou limitada quando se entregar à autoridade o exercício de discricionariedade reduzida em decisão final de processo de provimento condicionado (escolha discricionária de agente a partir de lista de candidatos formada originalmente por outros órgãos ou quando se tratar de designação de agentes sujeita a aprovação por órgão diverso).

Portanto, se desejarmos elaborar uma classificação dos cargos públicos quanto à natureza das funções, um quadro mínimo deveria conter as seguintes distinções:

a) cargos administrativos

b) cargos políticos

   a. cargos político-administrativos (designação por provimento livre e precário)

   b. cargos político-representativos ou funcionais (designação por provimento condicionado ou vinculado, definitivo ou a termo).

A dificuldade de precisar o conceito de agente político (e, consequentemente, de cargo político) deve servir como advertência à criação de distinções entre essa categoria de cargos e a de cargos administrativos em geral, sem base direta na Constituição quanto ao regime jurídico dos agentes neles investidos. Não é o caso de recordar aqui todo o debate que foi suscitado sobre a aplicação aos agentes políticos da ação de improbidade administrativa, sob o argumento de estarem submetidos à legislação especial, que versa sobre os crimes de responsabilidade e não à Lei 8.429/1992 (NEVES e OLIVEIRA, 2012: 46-53). Por isso, sem presumir tratamento mais favorável ao provimento discricionário de cargos político-administrativos que o texto Constitucional não realizou, tenho como sem qualquer base constitucional as ressalvas que ao largo da Súmula Vinculante n. 13 vem sendo admitidas para afastar o controle da designação de parentes no provimento de cargos político-administrativos.

O fato de a Constituição Federal dispor ser o Poder Executivo exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (Art. 76, CF), denota que a função desses auxiliares possui direta relevância política, mas não importa em qualquer imunidade quanto aos deveres de atuação impessoal, moral, igualitária, eficiente do Chefe de Estado na designação desses agentes de natureza político-administrativa.

Em uma República, exige-se do Chefe de Estado, em particular, mas não apenas dele, conduta exemplar, é dizer, paradigmática para os seus subordinados, obsequiosa do interesse público e não do interesse privado. Se o estatuto dos servidores da União, em norma singela, reproduzida em diversos outros diplomas legais no país, veda ao servidor público “manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil” (Art. 117, VIII, da Lei 8.112/90), como aceitar, apenas pelo relevo das missões desempenhadas pelos Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, que o Chefe do Poder Executivo possa realizar por designação discricionária exatamente o mesmo comportamento reprimido pela norma estatutária?

É útil recordar, nesse passo, FÁBIO KONDER COMPARATO sobre as bases do regime republicano:

> “A essência do regime político republicano encontra-se na distinção entre o interesse próprio de cada um em particular e o bem comum de todos, com exigência de

> este se sobreponha sempre àquele. Os indivíduos podem viver isoladamente em função do interesse particular. É a ideia expressa pelos pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII, com a fórmula do 'estado da natureza'. Mas a convivência política exige o respeito superior ao interesse comum de todos os membros do grupo social ('o estado civi')"(2006: 617-618).

Ora, respeitar o interesse comum, dirigir-se ao interesse público, exige do agente público republicano a adoção de critérios igualitários e de mérito no acesso aos cargos públicos de sua livre escolha, em qualquer estrato do Poder, dentro do Estado. Todos são iguais em uma República, são cidadãos, com cargas públicas e direitos iguais. **A proteção de privilégios de origem familiar na intimidade do Estado é a antítese do regime republicano**.

No mesmo sentido, associando República e a ideia de oportunidade equitativa de acesso aos cargos públicos, escreveu J.J. GOMES CANOTILHO:

> A 'forma republicana de governo' recolhe e acentua a ideia de 'antiprivilégio' no que respeita à definição dos *princípios e critérios ordenadores do acesso à função pública e aos cargos públicos.* De um modo geral, a forma republicana de governo prefere os critérios da *electividade, colegialidade, temporariedade* e *pluralidade,* aos critérios da designação, hierarquia e vitaliciedade. Note-se que subjacentes a estes critérios estão outros princípios pressupostos pela forma republicana de governo como, por exemplo, os princípios da liberdade, da igualdade e do consenso. A mais moderna formulação do princípio da igualdade de acesso aos cargos públicos aponta para a ideia de **oportunidade equitativa:** a garantia do justo valor das liberdades políticas significa que este valor, seja quais forem as posições sociais e econômicas dos cidadãos, tem de ser aproximadamente igual, ou, no mínimo, suficientemente igual, no sentido de que too tenham uma oportunidade equitativa de ocupar cargos públicos e de influenciarem o resultado das decisões políticas" (2002: 229-230).

Diante de tudo isso, fica a perplexidade: quais argumentos o Supremo Tribunal Federal adotou para fundamentar um tratamento diferenciado, em tema de nepotismo, entre cargos puramente administrativos e cargos administrativos de natureza política. É o tópico seguinte.

5. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE NEPOTISMO E NEPOTISMO EM CARGOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS

O Supremo Tribunal Federal foi o responsável por enunciar, em caráter vinculante, em agosto de 2008, norma restritiva ao nepotismo nos três Poderes da República, válida em toda a Federação. Conquanto existissem diversas previsões legais expressas reprimindo o nepotismo com anterioridade à Súmula, a exemplo da Lei 8.112/90, art. 117, VIII; Lei 9.421/96, Art. 10; Lei 9.953/00, Art. 22, semelhantes inclusive em conteúdo ao disposto na Resolução n. 7, de 18.10.2005, do Conselho Nacional de Justiça, e da Resolução n. 1, de 07.11.2005, do Conselho Nacional do Ministério Público, foi apenas com o julgamento da ADC 12, Relatada pelo Min. CARLOS AYRES BRITTO, e a edição da Súmula Vinculante n. 13 que mudanças reais passaram a ser percebidas. A repressão ao nepotismo existia nos livros e nas leis, mas não na vida. Era objeto de tolerância e de expedientes protelatórios, muitas vezes sendo utilizado o próprio Poder Judiciário para assegurar a ineficácia das normas que vedavam a sua prática.

Nos Estados-membros, com alguma frequência após a Constituição Federal de 1988, normas de repressão ao nepotismo foram elevadas ao primeiro plano do ordenamento estadual. Mas eram igualmente objeto de resistência e descumprimento. Ineficazes, portanto.

Treze anos antes da edição da Súmula 13, em 13 de dezembro de 1995, o Estado do Rio Grande do Sul editou a Emenda Constitucional n° 12, com a seguinte redação:

> Art. 20 - A investidura em cargo ou emprego público assim como a admissão de empregados na administração indireta e empresas subsidiárias dependerão de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos de provimento em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração.
>
> (....)
>
> § 4° - Os cargos em comissão destinam-se à transmissão das diretrizes políticas para a execução administrativa e ao assessoramento.
>
> § 5° - Os cargos em comissão não podem ser ocupados por cônjuges ou companheiros e parentes, consangüíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau:
>
> I - do Governador, do Vice-Governador, do Procurador-Geral do Estado, do Defensor Público-Geral do Estado e dos Secretários de Estado, ou titulares de cargos que lhes sejam equiparados, no âmbito da administração direta do Poder Executivo;
>
> II - dos Desembargadores e Juízes de 2° grau, no âmbito do Poder Judiciário;
>
> III - dos Deputados Estaduais, no âmbito da Assembleia Legislativa;

> IV- dos Procuradores de Justiça, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça;
>
> V - dos Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiros, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado;
>
> VI - dos Presidentes, Diretores-Gerais, ou titulares de cargos equivalentes, e dos Vice-Presidentes, ou equivalentes, no âmbito da respectiva autarquia, fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, empresa pública ou sociedade de economia mista.

A norma constitucional gaúcha foi objeto de impugnação e dessa arguição surgiu a primeira veemente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre nepotismo. Trata-se da ADI 1521-4, julgada em 12/03/1997, publicada apenas no D.J. DE 17. 03.2000, em que foi relator o MIN. MARCO AURÉLIO MELLO. A ação havia sido proposta pelo Procurador Geral da República, a partir de representações que lhe foram dirigidas pelo presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Procurador Geral de Justiça do Estado, sob o argumento de que a disciplina uniforme estabelecida na norma referente ao preenchimento de cargos em comissão estaria em colisão com a autonomia de cada um dos órgãos constitucionais referidos para disciplinar o provimento dos próprios cargos em comissão.

O Relator da ADI 1521-4, Min. MARCO AURÉLIO, em seu voto destacou o princípio da isonomia na Constituição Federal, tanto no art. 5º quanto no art. 37 da Carta, recordou a necessidade de prestigiar o mérito como fórmula para assegurar a eficiência na Administração Pública, e considerou ao final que a norma atacada rendeu homenagens aos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia e do caráter obrigatório do concurso público, razão pela qual poderia estabelecer a disciplina uniforme e abrangente dos três Poderes na matéria.

A cultura do patrimonialismo, presente na história brasileira, também foi destacada pelo Ministro MARCO AURÉLIO em seu voto na ADI 1521-4, nos seguintes termos:

> “Tênues 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 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, quer 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."

A maioria do Tribunal acompanhou o Ministro Relator para negar a liminar neste ponto da ação, sendo admitida liminar apenas quanto à extinção direta e imediata de cargos de confiança determinado na emenda gaúcha. No principal, a Corte considerou legítima a disciplina uniforme de restrição ao nepotismo em todos os poderes do Estado, porque em sintonia com os princípios vigentes da Constituição Federal. Os Ministros ILMAR GALVÃO e CARLOS VELLOSO, e, em parte, os Ministros OCTAVIO GALLOTTI e NÉRI DA SILVEIRA, no entanto, embora igualmente sensíveis ao tema do nepotismo, ficaram vencidos, pois propugnavam a exclusão da incidência da norma quando a escolha do ocupante de cargo em comissão recaísse sobre servidores efetivos.

Explicou com clareza a opinião minoritária o Ministro ILMAR GALVÃO:

> "Outra dificuldade que estou vislumbrando diz com a extensão da vedação ao âmbito de todo o Poder.
>
> Vale dizer que, mantida a norma, a ofensa ao princípio da isonomia vai verificar-se em sentido inverso, atingindo, no primeiro caso, servidores efetivos, para impedi-los de preencher cargos de confiança próprios de sua situação funcional, e, no segundo, parentes até segundo grau de pessoas com as quais não terão nenhum relacionamento funcional e de cuja influência não dependeu a sua escolha.
>
> Sobre esses pesará como que uma maldição. O tio Desembargador poderá, por exemplo, exercer o seu cargo por 20, 30 anos, e durante esse período ficarão condenados ao não-exercício de qualquer cargo da espécie, que constitui o coroamento da carreira funcional.
>
> As leis federais, quando tratam dessa matéria, consignam invariavelmente a ressalva: no âmbito do órgão e não no âmbito do poder."

A resposta a este questionamento foi dada pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

> "A República impõe sacrifícios. Há uma restrição constitucional muito mais grave do que esse de alçar, o parente próximo - e friso "*próximo*" porque a norma reduziu a proibição a parentes até segundo grau - a cargos em comissão no âmbito do Poder respectivo. Muito mais séria, com efeito, são as inelegibilidades por

> casamento, parentesco ou afinidade do art. *14,* § 7°, da Constituição, que importam numa verdadeira suspensão de um direito político básico, a capacidade de eleição passiva, quando a investidura em cargos eletivos não depende da vontade do parente, mas de uma eleição popular." (votou com o relator).

Em momento algum da ADI 1521 foi debatida a distinção entre cargos em comissão puramente administrativos e cargos políticos ou cargos político-administrativos. O debate central foi sobre a exclusão dos servidores efetivos do alcance da norma restritiva e sobre a extensão da limitação a apenas o órgão em que atuasse a autoridade nomeante ou todo o Poder. A decisão tomada admitiu que fossem incorporados na restrição os servidores efetivos e que a limitação fosse abrangente a Poderes, não sendo circunscrita a um único órgão. O mérito da decisão foi acentuar que os princípios republicanos da isonomia, da moralidade no trato com a coisa pública, da impessoalidade da administração, da eficiência administrativa constituíam fundamento direto para o estabelecimento de restrições à livre nomeação de parentes a cargos em comissão em todos os Poderes, autorizando ainda o tratamento uniforme.

A decisão na ADI 1521 não inibiu que o nepotismo nos cargos públicos continuasse a proliferar no país, inclusive no Poder Judiciário. A situação frequentemente era teratológica. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em 24/09/2008 decidiu Petição n. 1576-3-Roraima, para reconhecer a suspeição de todo o Tribunal de Justiça de Roraima na instauração de sindicância e posterior afastamento de magistrado estadual que havia proferido decisões contra o nepotismo de desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado. Contrariados os interesses dos desembargadores, o Tribunal de Roraima determinou o afastamento do magistrado de primeiro grau de suas funções por insubordinação, excesso de linguagem e atitude desrespeitosa! O Supremo Tribunal acolheu a exceção, da relatoria do Min. NELSON JOBIM, publicada apenas no D.J. 18.02.2000*,* sem entretanto tecer considerações maiores sobre o tema nepotismo e suas implicações em matéria de responsabilidade das autoridades nomeantes.

O tema somente regressou ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 23.780, do Maranhão, julgado em 28/9/2005, da relatoria do Min. JOAQUIM BARBOSA (D.J. 03.03.06). Tratava-se de designação de servidora pública da Secretaria de Educação para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16 Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. A corte recusou a legitimidade da nomeação. Na ementa da decisão, afirma-se explicitamente que "a proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o principio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder."

A ação foi movida pela servidora. Ela havia sido cedida pela Secretaria Estadual de Educação para o Tribunal Regional do Trabalho em agosto de 1989 para exercer cargos em comissão. Em 13/10/1994, foi nomeada para o cargo de Diretora da Secretaria de Coordenação do Programa de Assistência aos Servidores

(PRÓ-SOCIAL). Após denúncia feita ao Tribunal de Contas da União, a nomeação foi considerada ilegal, por ser a servidora irmã do vice-presidente do TRT da 16ª.Região, situação que violaria o disposto no art. 10 da Lei 9.421/1996 e a Decisão 118/1994 do órgão pleno da Corte de Contas. Em 28/03/1994, de fato, o Diário Oficial da União havia publicado a Decisão 118/1994-TCU, a qual proíbe a contratação de cônjuges ou parentes consanguíneos ou afins, até terceiro grau, de juízes em atividade ou aposentados há menos de cinco anos.

No julgamento do MS 23.780, o Tribunal denegou à unanimidade a segurança, considerando violada a Lei 9.421/1996 e o princípio da moralidade, expresso no art. 37 da Constituição Federal. Não debateu em momento algum a distinção no tratamento dos cargos em comissão meramente administrativos e os cargos políticos ou político-administrativos. Muito pouco se tratou do próprio tema nepotismo. É relevante destacar que o Tribunal não fez no julgamento da segurança também qualquer menção ao decidido na ADI 1521 em que havia debatido mais extensamente a matéria. Nada obstante, foi o MS 23780, como a ADI 1521, considerado um dos precedentes imediatos da Súmula Vinculante 13.

O tema nepotismo adquire destaque especial no Supremo Tribunal apenas com as contestações e ações dirigidas à declaração de constitucionalidade da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional da Justiça, que vedou a prática do nepotismo nos Tribunais de todo o país. O fato revela que as normas anteriores, em particular a Lei 9.421/1996, restrita ao Poder Judiciário da União, possuíam eficácia reduzida.

Provocado o Supremo Tribunal a confirmar a constitucionalidade da Resolução n. 7/2005, coube ao Min. CARLOS BRITTO a relatoria da Ação Direta de Constitucionalidade n. 12, cuja liminar foi julgada 16/02/2006, com publicação no D.J. 01.09.2006. A análise do cabimento da liminar foi o mais extenso e aprofundado debate na Suprema Corte sobre a questão do nepotismo até hoje. O julgamento definitivo da ADC 12 não animou a Corte a novos debates ou aprofundamentos. Foi sem novidades. Por isso, vale resumir o quanto debatido por ocasião da apreciação da liminar, com pequenas considerações sobre o julgamento definitivo da ação.

A ADC 12 foi proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, tendo como patrono o ilustre advogado LUIS ROBERTO BARROSO, em prol da Resolução n° 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que *"disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências".* A resolução arrimava-se na competência constitucional do CNJ para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (inciso II do § 4º do art. 103-B da CF/88). O Conselho extraira do art. 37, da Constituição Federal, em particular do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, a vedação ao nepotismo, que não deveria mais ser admitido no âmbito do Poder Judiciário. A ação declaratória não foi admitida, no entanto, quanto ao art. 3º da Resolução n. 7, pois, em 06/12/05, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n° 09/05, alterando substancialmente esse dispositivo da resolução n° 07/2005, que passou a adotar a seguinte redação:

> "Art. 3° É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação".

De saída, o Relator da ADC 12, Min. CARLOS AYRES BRITTO, reconheceu ao CNJ a competência para editar atos normativos primários, a partir do disposto no art. 103-B da CF, com redação dada pela EC 45/04. Segundo o relator, diante das competências estabelecidas na lei maior, "negar a esse Conselho o poder de aplicar imediatamente a *Constituição-cidadã,* tanto em concreto como em abstrato, seria concluir que a Emenda 45 homiziou o novo órgão numa fortaleza de paredes intransponíveis, porém fechada, afinal, com a mais larga porta de papelão. Metáfora de que muito se valia o gênio ético-libertário de Geraldo Ataliba para ensinar como não se deve interpretar o Direito, notadamente o de estirpe constitucional."

Na sequencia, admitiu o Relator que a Resolução n. 7 do CNJ, contra o nepotismo no Poder Judiciário, concretizava princípios constitucionais de regência abrangentes de toda a atividade administrativa do Estado, tais como:

a) o **princípio da impessoalidade**, pela necessária "separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que 'não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio':

   "Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado 'nepotismo'. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do 'cruzamento' (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor)"

b) o **princípio da eficiência**, que "postula o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho". O nepotismo, na dicção do Relator, prejudica a necessária isenção do administrador para avaliar a capacitação profissional do familiar nomeado, fiscalizar e exigir resultados, punir o servidor eventualmente faltoso.

c) o **princípio da igualdade**, "pois o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre

assim) . Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carrear para os núcleos domésticos assim favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social".

A inobservância dos três princípios referidos, segundo o Relator, por si caracterizaria a violação do princípio da moralidade administrativa, razão pela qual não destacou esse princípio de modo especial na fundamentação de seu voto. Donde concluir o relator, que a Resolução n. 7, estabelecia legitimamente restrições à nomeação e exoneração de cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Restrições que, a rigor, seriam as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, "dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade, sobretudo."

Afastou igualmente o questionamento de a Resolução n. 7/2005 violar a separação de Poderes e até mesmo o princípio federativo, admitindo que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário, sendo que este apresenta compostura nacional, perfeitamente compatível com o caráter estadual de parte de sua estrutura.

Votou ao final o Relator pela procedência da ação, com ressalva da necessidade de emprestar-se interpretação conforme o grau de parentesco por afinidade da Resolução n. 7/2005, do CNJ, que alcança o terceiro grau, enquanto o Código Civil estabelece que o parentesco por afinidade limita-se ao segundo grau, não alcançando o cunhadio. Votou também para o Tribunal cominar a suspensão, até o exame de mérito da ADC, do julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução n° 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; obstar que juízes e Tribunais proferissem decisões que impedissem ou afastassem a aplicabilidade da mesma Resolução n° 07/2005, do CNJ; e a suspensão, com eficácia ex tunc, dos efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.

O voto do Relator foi acompanhado pela ampla maioria do Tribunal, a partir de percursos discursivos variados, mas não discrepantes dos fundamentos do voto inaugural do Min. CARLOS AYRES BRITTO.

Na sequencia, o Ministro EROS GRAU averbou que a Resolução n. 7/2005, do CNJ, não feria a "separação dos poderes", aludindo o que havia votado no julgamento da ADI n. 3.367, posto que o Judiciário apresenta caráter nacional e o CNJ é um dos órgãos do Poder Judiciário. O seu voto foi centrado no debate do alcance do princípio da legalidade na Constituição Federal e na compatibilidade da resolução com um "conceito relativo de legalidade", fundado no artigo 5º, II, da Constituição Federal. Para o Ministro EROS GRAU, a Constituição ora exige um conceito absoluto de legalidade (reserva da lei) ora contempla um conceito relativo (reserva da norma, sendo esta decorrente da lei). No segundo caso a norma tanto pode ser legal quanto regulamentar ou regimental. E, na espécie, para o Ministro EROS GRAU foi a própria Constituição, no inciso I do § 4º do seu artigo 103-B, que atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça o exercício da função normativa regulamentar. Votou pela concessão da liminar, acompanhando o relator, sem nada acrescentar sobre o tema nepotismo.

Sobre o tema do nepotismo, no entanto, que é o centro dessas considerações, destaco no voto do Min. JOAQUIM BARBOSA, a afirmação de que a Resolução n. 7 não era persecutória, por discriminar parentes, uma vez que o §I DO ART. 2º. excepciona os ocupantes de cargo de provimento efetivo nas carreiras judiciárias, admitidos por concurso público. Salientou o ministro, também, caber à Corte Constitucional o papel de estreitar o fosso que às vezes existe entre a sociedade e o microcosmo jurídico, que ao criar suas próprias realidades, às vezes fomenta hipocrisias e tolera certa "moralidade manca", avessa à moralidade coletiva. Em suas palavras:

> "0 Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma **moral coletiva,** pois ele reflete um conjunto de **crenças e valores** profundamente arraigados, que emanam da **autoridade soberana,** ou seja, do **povo.** Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se **grave sintoma** de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva.
>
> Para além dos argumentos puramente jurídicos, inúmeros neste caso, é essa função corretiva e restauradora de uma moral coletiva que o STF expressará nesta jornada, caso venha a ser declarada a constitucionalidade da norma do CNJ."(grifos do original).

O Ministro CEZAR PELUSO, por seu turno, enfatizou que o nepotismo era prática perniciosa ao interesse público, que pode frustrar a escolha dos mais competentes e, portanto, "o fim público da discricionariedade em prover cargos de confiança". Destacou o princípio da impessoalidade, cujos traços substanciais importariam, por um lado, em coibir o exercício do poder voltado a favorecer ou a prejudicar pessoas, e, por outro, impedir o personalismo no exercício desse poder mediante atos de promoção pessoal. Esse princípio, no primeiro aspecto, "sublinha o dever de preenchimento dos cargos públicos *sine ira et studio,* significando vedação de privilégios e, também, de perseguições pessoais. E, no segundo, a autopromoção."

O Ministro NELSON JOBIM enfatizou que o Tribunal não deveria fazer ressalvas ao grau de parentesco contemplado na Resolução n. 7/2005, do CNJ. Para o Ministro NELSON JOBIM, "a questão do parentesco definida no Código Civil é para efeitos civis e, aqui, visa-se a vigência absoluta do princípio da impessoalidade. Não teremos a impessoalidade efetiva se deixarmos em aberto - como o Conselho fechou - a possibilidade da nomeação dos chamados parentescos por afinidade; porque a impessoalidade será rompida exatamente por esse caminho". A sua posição, neste tópico, contou com o apoio imediato do Min. CEZAR PELUSO e foi também acompanhada pelo Relator, Min. CARLOS BRITTO, que ajustou o próprio voto nesta parte.

O Ministro GILMAR MENDES, em seu voto, destacou que a vedação ao nepotismo decorria diretamente dos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, não se podendo invocar a indeterminação semântica desses princípios para exigir mediação legislativa necessária a sua plena efetividade:

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

A Ministra HELLEN GRACIE, em breves considerações, descreveu o "nepotismo como uma das formas mais visíveis de ofensa ao princípio da moralidade administrativa", recordando ainda trechos de manifestações dos ministros CELSO DE MELLO e MAURÍCIO CORRÊA por ocasião do julgamento da cautelar da ADI 1.521, da relatoria do Min. MARCO AURÉLIO. Destacou o pioneirismo do próprio Supremo Tribunal Federal, ao fazer incluir, em 1985, no seu Regimento Interno, norma proibitória de nomeação de parentes para cargo em comissão ou função gratificada em Secretaria ou Gabinete, de cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer um dos Ministros em atividade (Arts. 355, § 7º e 357, par. único, do RISTF), exemplo que foi seguido no Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que havia integrado. Para a Ministra Hellen Gracie, o julgamento da ADC 12 permitia ao Tribunal reafirmar "o princípio da igualdade ao rejeitar que seja o berço, não o mérito pessoal o fator determinante de acesso aos cargos públicos".

O Ministro MARCO AURÉLIO renovou o seu posicionamento contrário ao nepotismo, expresso no julgamento da ADI 1.521-4/RS, de que fora Relator, mas destacou que considerava impróprio o manejo da ação declaratória de constitucionalidade na hipótese por não reconhecer competência legiferante ao Conselho Nacional de Justiça. Para o Min. MARCO AURÉLIO, o § 4ª do artigo 103-B da Constituição Federal não atribui ao CNJ poder normativo, razão pela qual indeferia as medidas acauteladoras propostas pelo Relator. Foi o único voto divergente, porém limitado ao aspecto instrumental ou processual da causa.

O Ministro CELSO DE MELLO alinhou-se à maioria, reconhecendo competência ao Conselho Nacional de Justiça para formular a Resolução n. 07/2005. Em seu voto, acentuou a alta relevância do princípio da moralidade como pressuposto de validade dos atos administrativos, recordando decisão anterior da Corte em que fora relator (ADI 2661 MC/ MA):

> **"**O *PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO*

> *DE CARÁTER ETICO-JURÍDICO - CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS.*
>
> *- A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que regre a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.*
> *- 0 princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...)."* (RTJ 182/525-526, Rei. Min. CELSO DE MELLO, Pleno**)**

O Ministro CELSO DE MELLO recordou também o seu voto no julgamento da ADI 1.521/RS, Rei. Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 173/424, 439),para reafirmar que "a concepção republicana de poder mostra-se absolutamente incompatível com qualquer prática governamental tendente a restaurar a inaceitável teoria do Estado patrimonial". Segundo o Ministro, a Resolução n. 7, do CNJ, era fiel ao **o sentido real** da idéia republicana, **que não tolera** práticas e costumes administrativos **tendentes a confundir** o espaço público **com** a dimensão pessoal do governante, **em claro desvio** de caráter ético-jurídico." Encerrou com síntese forte, já antes verbalizada durante o julgamento da ADI 1521/RS:

> "0 fato é um só, Senhor Presidente: quem tem o poder e a força do Estado, em suas mãos, não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. 0 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"

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, decano à época na Corte, destacou em seu voto a existência de controvérsia relevante, pressuposto do cabimento da ADC, em face do número de ações judiciais instauradas nos diversos estados da Federação, muitas delas com provimento liminar impeditivo da eficácia da Resolução n° 7, do Conselho Nacional de Justiça. Além de reconhecer a competência normativa do CNJ, acentuou que a questão mais delicada era a dos provimentos anteriores à proibição. Não reconheceu qualquer impedimento a eficácia imediata da Resolução n. 7/2005, especialmente por cuidar-se de "cargos de investidura precária", a afastar a "existência de direito adquirido à sua permanência". Para o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, "em princípio, a vedação de nomeação de determinadas pessoas implica - em principio, repito - a vedação de continuidade de

ocupar o cargo respectivo." Destacou que diversos tribunais, quando da aprovação do art. 10 da Lei 9.241, que ele mesmo havia proposto ao Congresso Nacional, restritiva ao nepotismo, enunciaram que a lei não alcançava os provimentos já efetivados, o que lhe pareceu equivocado e fator que reduziu a eficácia da lei. Mas não havia à época órgão de unidade central de administração do Judiciário, como o CNJ, para sustentar orientação contrária a esta tese redutora adotada pelos Tribunais. Saudou também o reconhecimento pelo Relator e pela Corte da legitimidade da extensão do parentesco adotado na Resolução n. 7/2005, destacando que "não há conceito constitucional de parentesco ou da extensão do parentesco. Por isso, a uma norma infraconstitucional válida é dado atribuir, para determinados efeitos, conceitos diversos daquele insculpido no Código Civil". Para o Ministro PERTENCE, por fim, "a impessoalidade em que entendo alicerçar-se, com solidez, a resolução questionada é, a meu ver, derivação não só da ideia de República como da ideia de igualdade, que é um dos valores fundamentais da própria República".

No encerramento da sessão, o Ministro NELSON JOBIM fez relatos de diversas tentativas, na década de 80, para inclusão nos projetos de lei em curso na Câmara dos Deputados de cláusulas antinepotismo, frequentemente sem sucesso. Recordava, dialeticamente, que os tribunais estaduais que no questionamento da Resolução n. 7/2005 invocavam o princípio da legalidade, como barreira para a eficácia da resolução, eram exatamente os titulares da iniciativa de lei requerida, a que sempre se furtaram, salvo raras exceções. Esse comportamento revelava o grau de patrimonialismo ainda existente no poder judiciário, onde ainda se confundia, usando a expressão do Ministro CARLOS BRITTO, o "tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos", na contramão do "inseparável conceito de que administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia."

Em momento algum dos debates da ADC 12-MC, nas 124 páginas do ata de julgamento, recolhe-se qualquer distinção entre cargos em comissão exclusivamente administrativos e cargos em comissão de natureza política ou político-administrativas. O mesmo se pode dizer depois de ler as 47 páginas da sessão de julgamento final da ação, que ocorreu em 20/08/2008 (DJe n° 237 Divulgação 17/12/2009 Publicação 18/12/2009). Na sessão de 20/08/2008, participaram da votação final, sem terem participado da votação da medida cautelar, os Ministros MENEZES DIREITO, CÁRMEN LÚCIA E RICARDO LEWANDOWSKI. O primeiro nada acrescentou sobre o tema nepotismo, cuidando da higidez da Resolução n. 7/2005 enquanto ato normativo. O mesmo não se pode dizer do voto da Ministra CÁRMEN LÚCIA e o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

A Ministra CÁRMEN LÚCIA, em seu voto, enfatizou o princípio republicano, destacando ainda passagens da história brasileira que revelam que a questão do nepotismo é contemporânea do descobrimento do Brasil, tendo desembarcado em terras brasileiras nas primeiras navegações aqui chegadas. Recordou que já em 1828, o art. 38 da Lei de 10 de outubro, buscava restringir o alcance da vício:

> "Nenhum vereador poderá votar em negócio de seu particular interesse, nem dos seus ascendentes ou descendentes, ou cunhados, enquanto durar o cunhadio. Igualmente não votarão aqueles que jurarem suspeição".

Ao final de seu voto, **acentou que sequer seria necessário invocar os princípios expressos do Art. 37 da Constituição para reconhecer a ilicitude constitucional do nepotismo, bastando invocar o princípio republicano**:

> "Nem precisaria haver princípio expresso - quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa - para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. I[a], da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República."

O Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, por sua vez**,** enunciou que comungava com os demais Ministros o entendimento que os "princípios que estão inseridos no *caput* do artigo 37, sobretudo o princípio da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, são auto-aplicáveis no que diz respeito à vedação ao nepotismo". Registrou ainda que faria outras considerações mais detalhadas sobre o tema no voto que proferiria, na mesma sessão, no julgamento do RE 579.951.

De fato, na mesma sessão do julgamento final da ADC 12, em 20/08/2008, o Tribunal colocou em pauta o julgamento do RE 579.951, o último dos precedentes relevantes da Súmula Vinculante 13. **É neste julgamento que pela primeira vez, no curso dos debates, fora do voto do Relator, surgirá a distinção entre cargos políticos e políticos administrativos quanto a incidência das regras antinepotismo.**

No RE 579.951-4-RN, relatado pelo Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/08/2008 (DJe-202, 23/10/2008, publicação 24/10/2008), o tema nepotismo é enfrentado fora dos domínios do Poder Judiciário. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que, julgando apelação em ação declaratória de nulidade de ato administrativo, entendeu não existir qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na nomeação de Elias Raimundo de Souza e Francisco Souza do Nascimento para o exercício, respectivamente, dos cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e de motorista, embora fossem, o primeiro, irmão de vereador, e, o segundo, do Vice-Prefeito do Município de Água Nova daquele Estado. O aresto atacado considerou inaplicável a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça ao Executivo e ao Legislativo, assentando que a vedação à pratica do nepotismo no âmbito desses poderes exigia a edição de lei formal específica. O Ministério Público do Rio Grande do Norte interpôs o remédio extraordinário por considerar que a decisão do tribunal local contrariou o princípio da moralidade administrativa, previsto no art. 37 da CF, recusando dar-se aos seus incisos II e V uma interpretação isolada.

Em 28/3/2008, o Relator do RE 579.951-4-RN submeteu à Corte manifestação reconhecendo a existência de repercussão geral do tema constitucional debatido nos autos, o que foi aceito, conforme publicação no DJe de 15/5/2008.

Em seu voto, no julgamento do RE 579.951-RN, o Min. RICARDO LEWANDOWSKI destacou que a corte havia reconhecido na ADC 12-MC a constitucionalidade da resolução n. 7/2005, do CNJ e, embora a eficácia do julgamento tenha se circunscrito ao Poder Judiciário, diversos pronunciamentos foram no sentido de que a força normativa da vedação ao nepotismo decorria diretamente dos "princípios abrigados no art. 37, *caput,* da Constituição, tendo a dita Resolução apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos da vedação ao nepotismo que são próprios à atuação dos órgãos jurisdicionais". O Ministro Relator não apenas subscreveu essa orientação, constante da própria ementa do ADC 12-MC, como destacou que, sobretudo a partir da EC 19/1998, reduziu-se ao máximo "a discricionariedade do administrador público no tocante ao preenchimento dos cargos em comissão e de confiança, restringindo o provimento destes últimos exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo. Quanto aos primeiros, estabeleceu que eles se destinam apenas a *"atribuições de chefia, assessoramento e direção"*, determinando, ainda, que um percentual deles fosse preenchido por servidores de carreira." Invocando MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, assentou que "a atuação do administrador, ainda que, em muitos casos, esteja em consonância com o sentido literal da lei, caso se revele ofensiva à moral, aos bons costumes, ao poder-dever de probidade, às idéias de justiça e eqüidade e ao senso comum de honestidade, estará em evidente confronto com o princípio da moralidade administrativa." No caso, porém, recusou dar provimento integral ao pedido do recorrente, por não encontrar bases para determinar que o Município de Água Nova se abstivesse também de contratar qualquer pessoa jurídica, cujos sócios mantivessem relação de parentesco com parentes de ocupantes de mandato eletivo ou cargo em comissão no Município. Ao final do seu voto, conhece o recurso, "dando-lhe parcial provimento, declarando nulo o ato de nomeação de Francisco Souza do Nascimento. Considero hígida a nomeação do agente político Elias Raimundo de Souza, em especial por não ter ficado evidenciada a prática do nepotismo cruzado, acompanhando, nesse aspecto, o entendimento da douta maioria." No voto original, o Relator não esclarece porque deixou de glosar o agente político, ou porque condicionou a glosa ao reconhecimento de nepotismo cruzado.

Durante os debates, porém, respondendo ao Ministro MARCO AURÉLIO MELLO o Relator afirma que havia proposto também a glosa à nomeação do agente político, irmão de Vereador do Município de Água Nova, designado para Secretário de Saúde. O Ministro MARCO AURÉLIO, em divergência, afirma considerar impróprio aplicar a cabeça do art. 37 da Constituição aos agentes políticos, o que ocorreria na espécie (p.1908). O debate que se seguiu no julgamento do RE 579.951-RN , envolvendo também o Ministro CARLOS AYRES BRITTO, contém o núcleo de todo o debate até hoje existente no Supremo Tribunal Federal sobre a distinção agentes políticos e cargos em comissão puramente administrativos. Por isso, permito-me uma transcrição literal:

> "**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - De início, excluo o provimento do recurso, uma vez que o conhecimento já está assegurado porque adentramos a matéria de fundo.
> Desprovejo-o quanto ao secretário de saúde. Entendo que não podemos, a partir do disposto na cabeça do artigo 37 da Constituição Federal, glosar a escolha. E haveria, ainda, a problemática a que se referiu Vossa Excelência:

o parentesco não é com o titular, não é com o vice-prefeito, não é com alguém ligado ao Executivo, como servidor ou agente político, mas com um vereador. Não adentro o que seria a promiscuidade Executivo/Legislativo. Fico apenas na tese segundo a qual não cabe a glosa, o provimento quanto ao agente político.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência me permite um aparte? Ao longo do meu voto, eu disse exatamente isto: essa questão há de ser apreciada em cada caso concreto, conforme Vossa Excelência está fazendo. Quer dizer, o Ministério Público atuará em cada caso concreto e verificará se houve, ou não, ofensa aos princípios do artigo 37.
Vossa Excelência, certamente, diz estar havendo, pelo que estou entendendo, ofensa em parte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Creio que poderíamos avançar quanto à obrigação de não fazer.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Marco Aurélio, impressionou-me o fato de que a inicial deste recurso extraordinário dá a entender que houve, realmente, uma troca política; há um contexto, como se diz, de um franciscano "toma-lá-dá-cá". Então, parece-me que, neste caso concreto, embora se possa admitir, em tese, que o parente possa ocupar um cargo de Secretário, configurou-se o ilícito.

0 SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas não se diz quem teria sido nomeado por indicação do vereador, para a Câmara de Vereadores, visando a atender o troca-troca. Não está dito, não há esclarecimento e não está no acórdão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Quando proferi voto na ADC n.12, entendendo - e a Corte concordou - que os princípios do artigo 37 eram extensíveis a toda a Administração Pública, tive em conta a própria expressão "Administração Pública", porquê esses princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, etc vêm num contexto não de governo, não de poder político, mas de Administração Pública, ou seja, para exercício da atividade administrativa. A Administração Pública, aqui, parece-me, é segmento do governo. O governo é mais do que a Administração Pública, porque incorpora ingrediente político.

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 n 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. Louvo o magnífico voto do Ministro Ricardo Lewandowski, de um conteúdo atualíssimo, que nos brindou a todos, porém, para travar uma discussão um pouco mais focada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Vossa Excelência daria provimento, mas em menor extensão: apenas quanto ao motorista.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Em menor extensão, só quanto ao motorista.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Até porque a jurisprudência consolidada desta Casa é no sentido de que cargo técnico, como é o de motorista, não pode ser objeto de cargo em comissão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Estão confundindo o cargo de direção com cargo de direção de um carro. Não tem nada a ver uma coisa com a outra"

Seguiram-se os votos dos Ministros MENEZES DIREITO, CARMEM LÚCIA, EROS GRAU, CARLOS AYRES BRITTO, todos no sentido de reconhecer o provimento parcial e acompanhar a divergência para glosar apenas a nomeação do motorista, irmão do Vice-Prefeito do Município.

A Min. CÁRMEM LÚCIA adiantou comentário ao quanto dito pelo Ministro CARLOS BRITTO, recordando que alguns cargos de governo são também cargos da administração pública, a exemplo dos cargos de direção e assessoramento. Seguiu a divergência, mas afirmou não se comprometer com a tese de não haver nepotismo em cargos políticos, porque "essas contratações cruzadas são fórmulas de nepotismo vedadas constitucionalmente, então não me estou comprometendo, de modo algum, em dizer

qualquer cargo de estrutura de Poder, porque se pode criar um exatamente para determinado partido dar apoio a um prefeito e votar uma lei, e, nesse caso, coloca-se alguém, o irmão de um deles para Secretário. Nessa situação, realmente penso que haveria inconstitucionalidade".

Em seu voto, o Min. CARLOS AYRES BRITTO seguiu a divergência, mas acentuou que ao introduzir a distinção entre cargos políticos e cargos administrativos quanto ao provimento não pretendeu afirmar que os princípios do artigo 37 - legalidade e moralidade - não se aplicam aos dirigentes superiores de toda a Administração Pública. Afirmou que "os cargos referidos no inciso V do artigo 37 são apenas os singelamente administrativos; são cargos criados por lei, não são nominados pela Constituição". Para o Ministro CARLOS AYRES, "o Chefe do Poder Executivo é livre para escolher seus quadros de governo, mas não o é para escolher seus quadros administrativos, porque dentre os quadros administrativos estão os cargos em comissão, os cargos de provimento efetivo e as funções de confiança."

Abre-se novo debate entre os Ministro CARLOS BRITTO, RICARDO LEWANDOWSKI E CARMEN LÚCIA, rico em provocações e fundamental para a compreensão de nosso tema:

> **O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)** - Ministro Carlos Britto, eu concordo com a tese de Vossa Excelência, e, realmente, fiquei preocupado ao redigir o voto com essa situação. É que eu fiquei impressionado com o que se veiculou na inicial, onde ficou demonstrado, a meu ver, um tráfico de influência, digamos assim, uma relação promíscua entre a Câmara e o Executivo.
>
> Eu estou apenas a imaginar, eminente Ministro Carlos Britto, sem querer discordar de Vossa Excelência, e até trazendo à baila uma situação muito comum nos pequenos municípios: o Prefeito coloca sua esposa como Secretária Municipal, coloca o filho em outra secretaria; coloca o sobrinho em outra. Como ficaríamos.
>
> **O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** – Desgraçadamente acontece isso.
>
> **O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)** - E o que aconteceria? Isso seria lícito?
>
> **0 SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Mas está formando os seus quadros de governo. Ou seja, o inciso V do artigo 37 não se aplicaria.
>
> **O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)** - Então, por isso é que eu preferi dizer, eminente Ministro, que cada caso concreto deverá ser avaliado à luz da proibição do nepotismo que emana do

artigo 37, *caput,* um pouco na linha do que colocou a Ministra Cármen Lúcia. Eu fico com certo receio de assentarmos, com todas as letras, que, em se tratando de Secretário Municipal, que é um cargo político de livre nomeação, enfim, de confiança do prefeito, tal atitude seria lícita. Amanhã, se ele colocar a esposa em um "cargo chave" de Secretária de Governo, isso seria lícito à luz da proibição do nepotismo, do princípio da moralidade? Isso acontece no cotidiano deste grande Brasil.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Carlos Britto, essa liberdade não me parece absoluta. Ministro Ricardo Lewandowski, porque teria de haver limites, não é isso? Não existe liberdade absoluta em espaço algum, senão o governante poderia escolher apenas os seus familiares para todos os cargos. E por ser cargo político, isso seria permitido? De modo algum.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Carlos Britto, eu não estou discordando de Vossa Excelência, apenas temo afirmar essa tese com todas as letras. Como eu examinei o caso concreto achei melhor decidir em sentido contrário ao proposto por Vossa Excelência no tocante ao cargo político.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência ficou temendo pelas consequências práticas, não é?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Sem dúvida. Mas eu louvo a preocupação de Vossa Excelência.

A ressalva dos cargos políticos, no entanto, não pareceu convencer a todos. Além da Min. CARMEN LÚCIA, que não se comprometeu com a tese, o Min. CEZAR PELUSO alinhou-se com a divergência, mas ressalvou que tinha dúvida em reconhecer a aplicação do princípio aos cargos políticos. Considerou, entretanto, que no caso concreto o fundamental era a dificuldade que encontrava em ligar o nomeado ao nomeante, o que seria essencial para caracterizar infringência ao princípio da impessoalidade. Se houvesse nos autos prova de nepotismo cruzado, isto é, que o Prefeito tivesse nomeado, como secretário, o irmão do Vereador e este, na Câmara Municipal, nomeado um parente do Prefeito, reconheceria violação do princípio da impessoalidade e inconstitucionalidade. Mas não era o caso.

O Min. CELSO DE MELLO, em longa e contundente manifestação, repetindo em essencial o voto proferido no julgamento do ADC 12 , reafirmou o seu 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"(grifo nosso). Não obstante essa manifestação, que considerou o nepotismo infringente da ética republicana em qualquer nível, seguiu o voto do Relator, que a esta altura já havia reajustado o seu voto para excluir o agente político da glosa, aderindo à orientação inicialmente divergente.

Por fim, votou o Min. GILMAR MENDES (Presidente da Corte) para igualmente acompanhar o Ministro-Relator, no voto ajustado, afirmando que também " já tinha intuído a necessidade de uma ressalva em relação às funções de natureza eminentemente política. É tradição mundial - a situação de John e Bob Kennedy - e, no próprio plano nacional, muitas vezes parentes ou irmãos fazem carreiras paralelas e estabelecem um plano eventual de cooperação - temos governadores e secretários de Estado -, sem que haja qualquer conotação de nepotismo. Parece-me que devemos, então, ter cuidado quanto à fixação. Mas isso não foi objeto de maior consideração. A vinculação há de ser com o titular ou titulares do cargo de que se cuida na relação com a Administração.'"

No mesmo dia em que foi encerrado o julgamento do ADC 12 e do RE 579.951, 20/08/2012, o Min. RICARDO LEWANDOWSKI pediu a palavra para apresentar proposta de súmula vinculante, base a partir da qual foi redigida em plenário a Súmula Vinculante n. 13. Apresentou como precedentes para fundamentar o cabimento da súmula o quanto decidido pelo Tribunal na ADC 12, no RE 579.951, no MS 23.780, incorporando ainda, após provocação do Min. MARCO AURÉLIO, também o precedente estabelecido na ADI 1521-MC (DJ DE 12/03/1997). A proposta continha a seguinte redação:

> "A proibição do nepotismo na Administração Pública, direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independe de lei, decorrendo diretamente dos princípios contidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal".

Durante os debates que se seguiram à apresentação da proposta, que se prolongaram para a sessão seguinte, em momento algum a distinção agentes políticos e agentes meramente administrativos foi novamente ventilada. Debateu-se a extensão do conceito de parente, a necessidade ou não de indicar vínculo direto com a autoridade nomeante ou admitir vínculo também com outro agente ocupante de cargo de direção, a conveniência de se referir expressamente o nepotismo cruzado, entre outros temas. A redação final da Súmula Vinculante 13, como se sabe, recebeu redação bastante distinta da proposta original, tendo sido aprovada na sessão do dia 21/08/2008 (DJE Nº 214/2008, DIVULGAÇÃO: 11/11/2008; PUBLICAÇÃO: 12/11/2008):

> "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."

Aprovada a Súmula Vinculante 13, seguiram-se diversas reclamações, com fundamento no art. 103-A, § 3º, da Constituição da República. Pela medida, havendo contrariedade a determinada súmula ou a sua aplicação indevida por ato administrativo ou decisão judicial abre-se a possibilidade de atuação direta do Supremo Tribunal Federal, que, se julgar a reclamação procedente, pode anular o ato ou cassar a decisão e determinar que outra seja proferida, com ou sem a aplicação da súmula**.** Dentre as reclamações algumas possuem direta conexão com o tema do nepotismo nos cargos político-administrativos.

A **Reclamação 6650 MC-AgR/PR**, Rel. Min. ELLEN GRACIE (DJe-222, 20/11/2008, publicação 21/11/2008), foi interposta por EDUARDO REQUIÃO DE MELLO E SILVA, irmão do Governador do Paraná, ROBERTO REQUIÃO DE MELLO E SILVA, contra decisão do Juízo de Direito da Ia Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR nos autos da Ação Popular 2.424/2008. A decisão impugnada suspendera a posse do reclamante no cargo de Secretário Estadual de Transportes. O reclamante alegou afronta à Súmula Vinculante 13, sustentando que os secretários estaduais, como agentes políticos, não se submeteriam às hipóteses preconizadas na referida súmula. A liminar em favor do reclamante havia sido deferida monocraticamente pelo Min. CEZA PELUSO, em favor do reclamante (DJe-184, 29/09/2008, publicação 30/09/2008). Posteriormente, interposto o agravo regimental, a matéria veio ao Plenário. Suscitava o agravante que a hipótese dos autos configurava uma situação de fraude à Súmula 13, pois o reclamante foi nomeado Secretário dos Transportes com um único objetivo de também acumular a administração da autarquia denominada Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina – APPA, o que veio a se confirma com a edição do Decreto Estadual 3.348/2008. A nomeação do reclamante como Secretário de Transportes teria o objetivo de imunizá-lo contra a incidência da Súmula 13. A Relatora votou pela manutenção da decisão liminar, considerando que o precedente aberto pelo RE 579.951/RN, Rel. Min. Min. RICARDO LEWANDOWSKI (DJE 12.9.2008), autoriza a distinção dos agentes políticos. A questão da nomeação do reclamante para a Autarquia deveria ser analisada quando do julgamento do mérito da reclamação.

Em seu voto, na Recl. **6650 MC-AgR/PR,** o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, teceu considerações moderadora, afirmando:

> "Eu me permitiria fazer uma pequena observação. Por ocasião do julgamento do **leading case** que levou à edição da Súmula 13 estabeleceu-se que o fato de a

> nomeação ser para um cargo político nem sempre, pelo menos a meu ver, descaracteriza o nepotismo. É preciso examinar caso a caso para verificar se houve fraude à lei ou nepotismo cruzado, que poderia ensejar a anulação do ato."

No mesmo julgamento, o Min. MARCO AURÉLIO MELLO registrou ressalvas ainda mais destacadas, questionando o próprio cabimento da Reclamação no caso:

> "Indago: O Verbete Vinculante n. 13 prevê - não cabe interpretar verbete, muito menos a contrario senso e vou esquecer aqui o precedente, a ocupação do cargo público anterior - a possibilidade de nomeação de parente consangüíneo, no segundo grau, para secretaria de Estado? A resposta é negativa. Não se tem, no teor do verbete, qualquer referência a agente político. Aliás versa proibição e não autorização. (...)
>
> Posso entender que o Juízo da ação popular, ao deferir - penso que foi uma ação popular - a liminar que implicou o afastamento, inobservou o teor desse verbete? Não posso, porque cogitou de algo totalmente diverso e, quem sabe, tenha até mesmo considerado o pano de fundo ao qual me referi e que não estou aqui a analisar.
>
> Não posso julgar simplesmente, com queima de etapas, o ato do Juízo. 0 que me cabe perquirir é se houve desrespeito ou não, ao Verbete Vinculante. A toda evidência não houve desrespeito. Dir-se-á que essa matéria foi versada no julgamento do Recurso Extraordinário n 579.951, com acórdão pendente de publicação. Mas caberia reclamação, considerado esse precedente? Não caberia, porque o precedente foi formalizado em processo subjetivo, com muros subjetivos próprios, e um terceiro não poderia evocar o desrespeito à decisão, nesse processo, para pretender, com isso, fulminar ato de órgão investido no ofício judicante. De duas, uma: ou admitimos - e não sei qual será a consequência - uma flexibilização sob o ângulo da adequação da reclamação ou não admitimos e concluímos, cotejando o Verbete n[a] 13 com a decisão que se diz desrespeitosa desse mesmo verbete, que não houve menosprezo. Presidente, porque não posso empolgar o que assentado no Recurso Extraordinário n. 579.951 visando a ter base para a reclamação, já que se trata de processo subjetivo e porque o Verbete n. 13 não versa - e teria que versar expressamente - a possibilidade da nomeação verificada, peço vênia à relatora e àqueles que a acompanharam para prover o agravo interposto.

O Min. MARCO AURÉLIO ficou isolado e vencido em sua posição. A ementa da decisão resume adequadamente o quanto foi decidido:

> AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE N° 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO.
>
> **1.** Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante n° 13, por se tratar de cargo de natureza política.
>
> **2.** Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rei. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008.

A decisão na Recl. **6650 MC-AgR/PR** passou a ser invocada, juntamente com o RE 579.951/RN, como precedente de decisão relevante para diversas outras reclamações na corte. Destaco as seguintes:

A) RCL 7.590/PR, REL. MIN. MENEZES DIREITO, DJE 20/02/2009;

B) RCL 7.834-MC/CE, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJE 07/05/2009;

C) RCL 8.294/SC, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE 1/06/2009;

D) RCL 8.625/MG, REL. MIN. ELLEN GRACIE, DJE- 08/06/2010

E) RCL 10.048-MC/SP – REL. MIN. ELLEN GRACIE, DJE 05/11/2010

F) RCL 8.005/SC – REL. MINISTRO DIAS TOFFOLI, DJE 04/08/2011

G) RCL 10.173/RJ, REL. MIN. AYRES BRITTO, DJE 10/08/2010.

H) RCL 6.938 MC/MG, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA, DJE- 02/09/2011

I) RCL 12.478-MC/DF - REL MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, DJE 08/11/2011

J) RCL 13.347-MC/DF, MIN. AYRES BRITTO, DJE- 17/04/2012.

K) RCL 11.605 MC/SP – REL MIN. CELSO DE MELLO, DJE 02/08/2012

L) Rcl 14.223/GO, Rel Min. DIAS TOFFOLI, DJe 24/09/2012

M) RCL 14549 MC, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE- 02/10/2012

N) RCL 14.316 MC / DF - REL MIN. GILMAR MENDES, DJE 15/10/2012

O) RCL 14.669, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, DJE 15/10/2012

P) RCL 14.497 MC, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA, DJE-205 19/10/2012

Q) RCL 15.040 MC, REL. MIN. TEORI ZAVASCKI, DJE-246 17/12/2012

Sem embargo do número expressivo de decisões, é evidente para o leitor atento, nas decisões mais recentes, que o Tribunal deixou de aplicar de forma singela os precedentes do RE 579.951/RN e da Recl. 6650 MC-AgR/PR.

Atualmente, a simples nomenclatura do cargo não define que o mesmo deva ser considerado cargo político, sendo necessário perquirir a sua "natureza jurídica" e verificar "situações de fraude" e "nepotismo cruzado".

A reação contra abusos parece ter iniciado. Na Rcl. 8.625, por exemplo, a Relatora Min. ELLEN GRACIE, assentou:

> **(...)** O verdadeiro objetivo da edição da Súmula Vinculante 13 foi o de coibir práticas imorais reiteradas e atentatórias à administração pública. Daí a possibilidade de submissão do caso em apreço, nomeações de parentes do prefeito de Araporã para os cargos de Secretários Municipais de Finanças, de Saúde, de Obras, Habitação e Infra-Estrutura e de Trabalho e Ação Social, à vedação imposta na referida súmula, por se tratar de conduta que evidentemente ofende os princípios da moralidade e da razoabilidade.
>
> Não desconheço que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que as nomeações para cargos políticos não se enquadram, a princípio, nas hipóteses elencadas na súmula ora em exame (Reclamações 6.650-MC-AgR/PR, de que fui relatora, Plenário, DJe 21.11.2008; e 7.590-MC/PR, rel. Min. Menezes Direito, DJe 20.02.2009).
>
> Entendo, todavia, que a apuração de supostos casos de nepotismo deve ser realizada, necessariamente, de acordo com cada caso concreto.

Nos casos anteriormente elencados, tratava-se de nomeação de um único irmão de governador para cargo de secretário estadual (Reclamação 6.650/PR) e de nomeação de uma filha de prefeita para cargo de secretária municipal (Reclamação 7.590/PR). No presente caso, entretanto, tem-se uma situação teratológica, em que foram empossados, por livre nomeação, oito parentes para cargos em comissão e de secretário municipal.

Embora os parentes do prefeito de Araporã que ocupavam cargos comissionados em sentido estrito tenham sido exonerados, tal salutar providência não se estendeu àqueles titulares de secretarias municipais, sob o temerário entendimento de que a Súmula Vinculante 13 não se aplicaria a todos os casos que envolvam agentes políticos.

Todavia, caso tal entendimento seja aceito com tamanha largueza, poderemos, em futuro próximo, presenciar o preenchimento da maioria ou até mesmo da totalidade dos cargos de secretário municipal por parentes de prefeitos. Certamente esse não é o espírito da jurisprudência desta Suprema Corte e que a levou a editar a Súmula Vinculante 13. (...)

Não é crível que não exista no Município de Araporã, cuja população é atualmente de seis mil quinhentos e vinte e dois habitantes, um dos municípios mais bem situados econômica e socialmente na próspera região do Triângulo Mineiro, pessoas competentes e capazes para desempenhar tais misteres, além do círculo familiar íntimo de seu prefeito, composto por seu filho, cunhado, irmão e esposa.

A esta Corte foi atribuída a honrosa tarefa de guardiã maior dos princípios e valores da Constituição. Compete-lhe a nobre missão de dizer o direito, em sua última e derradeira acepção. Não pode esta Suprema Corte de Justiça se omitir diante de situações absurdas como a presente, de império do nepotismo, prática repulsiva reiterada eleição após eleição.

Penso que está na hora de esta Suprema Corte coibir esses exageros. A questão da nomeação de parentes para cargos de secretário municipal e estadual deve ser tratada caso a caso, com o objetivo de evitar injustiças e ingerências desproporcionais em relação à livre nomeação para cargos de natureza política.

> A atuação desta Corte deve sempre se balizar pelo bom senso. Entretanto, tem que ser firme ao indicar o norte da moralidade e da idoneidade no desempenho da atividade pública.
>
> Assevere-se, por fim, que, além dos casos absolutamente lineares de desobediência a julgado desta Corte e de invasão da sua competência, a reclamação é cabível quando se aplicam indevidamente as decisões desta Suprema Corte a casos concretos, seja para ampliar-lhes o escopo, seja para restringir-lhes as consequências. Esta concepção do escopo da reclamação encontra respaldo na teoria dos poderes implícitos. É que, ao indevidamente aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal, estar-se-ia, em verdade, desrespeitando-as, por lhes atribuir extensão que não possuem.(...) Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar" (Rcl. 8.625, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 26.4.2010).

Na **RCL 6.938 MC/MG**, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA, DJE-169, 02/09/2011**,** a natureza política dos cargos não evitou a censura judicial:

> (...) **11.** Na espécie vertente, o Município de Fronteira/MG tem nove vereadores. O prefeito nomeou nove parentes de sete desses vereadores que compõem o Poder Legislativo local para ocupar cargos em comissão de natureza administrativa no Poder Executivo municipal. Portanto, a situação dos Interessados parece se subsumir, em princípio, ao que dispõe a Súmula Vinculante n. 13 deste Supremo Tribunal, o que evidencia a fumaça do bom direito apta ao deferimento da medida liminar.
>
> 12. Pelo exposto, sem prejuízo de reapreciação da matéria no julgamento do mérito, defiro a medida liminar para determinar o imediato afastamento de Dalcy da Costa Ferreira, Ana Paula Costa Ferreira, Sérgio Luiz do Nascimento, Patrícia Veraldi, Luiz Fernando Pineis, Fernando Barbosa Miziara, Roberta de Campos F. Toledo, Márcia Rosana Toledo Guerra, Ozangela Márcia de Souza e indefiro o requerimento de liminar em relação à Amal Simbole Campos."

A relativização do quanto decidido pela Corte no RE 579.951 e na medida cautelar na Recl 6.650 tem sido por vezes invocada. Acentua-se cada vez com maior cuidado a necessidade de análise de cada caso, em termos

específicos. É neste sentido o pronunciamento do Min. JOAQUIM BARBOSA, na Rcl 12.478-MC/DF, que considerou sem "justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica" a nomeação de agente ao cargo de Secretário Municipal de Educação:

> "Assim, em linha com o afirmado pelo reclamante, tenho que os acórdãos proferidos por este Supremo Tribunal Federal no RE 579.951 e na medida cautelar na Rcl 6.650 não podem ser considerados representativos da jurisprudência desta Corte e tampouco podem ser tomados como reconhecimento definitivo da exceção à súmula vinculante 13 pretendida pelo município reclamado. Bem vistas as coisas, o fato é que a redação do verbete não prevê a exceção mencionada e esta, se vier a ser reconhecida, dependerá da avaliação colegiada da situação concreta descrita nos autos, não cabendo ao relator antecipar-se em conclusão contrária ao previsto na redação da súmula, ainda mais quando baseada em julgamento proferido em medida liminar. Registro, ainda, que a apreciação indiciária dos fatos relatados, própria do juízo cautelar, leva a conclusão desfavorável ao reclamado. É que não há, em passagem alguma das informações prestadas pelo município, qualquer justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação do parente ao cargo de secretário municipal de educação. Tudo indica, portanto, que a nomeação impugnada não recaiu sobre reconhecido profissional da área da educação que, por acaso, era parente do prefeito, mas, pelo contrário, incidiu sobre parente do prefeito que, por essa exclusiva razão, foi escolhido para integrar o secretariado municipal."

6. CONCLUSÃO

É momento de concluir com uma síntese do quanto vem de ser exposto.

A Súmula Vinculante n. 13 é um avanço no quadro desalentador das práticas políticas brasileiras. Se não bastasse o testemunho dos historiadores, a simples consulta aos numerosos casos referidos neste trabalho sobre nepotismo revela o grau de resistência entre nós à instauração de uma autêntica República. Não é retórica, nem recorte de nuvens, nem moralismo barato. São fatos documentados de apropriação da coisa pública, formação de clãs familiares na intimidade do Estado, concentração de poder político, condutas todas elas incompatíveis com a concepção republicana de exercício do poder.

A análise do tema revelou **contradições** e **insuficiências**:

a) Em primeiro lugar, corretamente, a Suprema Corte debateu a questão do nepotismo destacando o princípio republicano, seus subprincípios e valores, com reconhecimento de sua eficácia e aplicabilidade imediata, independentemente de legislação mediadora; no entanto, quando interpretou as suas próprias decisões e a Súmula Vinculante 13, apegou-se a formulação literal do Art. 37 da Constituição Federal, restringiu a sua atenção aos princípios da administração pública, para igualmente reduzir o alcance de sua censura aos cargos em comissão mais singelos, esquecendo-se que todos os cargos do Estado brasileiro devem submissão ao princípio republicano, que não se expressa apenas pelo enunciado constante da cabeça do Art. 37 e seus incisos;

b) Em segundo lugar, ao identificar, também corretamente, a existência no sistema jurídico de cargos de natureza política, deixou a Suprema Corte de aprofundar a sua análise sobre o regime jurídico desses cargos, precisar as suas subdivisões, para perceber que em vários deles o provimento é vinculado ou condicionado (cargos político-representativos ou político-funcionais), não cabendo em regra falar-se em favoritismo ou nepotismo; em outros, no entanto, nos cargos político-administrativos, cujo provimento é livre e precário, dependentes de decisão unipessoal do governante, a apuração sobre desvio na discrição é sempre cabível, sendo possível cogitar inclusive de situações típicas de desvio de finalidade e ilegitimidade constitucional flagrante;

c) Em terceiro lugar, diante da percepção, igualmente correta, realizada por vários ministros do Supremo Tribunal Federal, que abusos estavam ocorrendo em Estados e Municípios do país na invocação da Súmula Vinculante n. 13, em especial quando conjugada com o precedente do Recurso Extraordinário n. 579.951, para justificar nomeações de número expressivo de familiares a cargos de Secretários de Estado e Secretários Municipais, a Corte preferiu reforçar a técnica da análise caso a caso, de controle de eventual fraude, abuso, desproporção de nomeações, falta de qualificação de agentes, em análise casuística ao invés de simplesmente rever a Súmula, estabelecendo padrões regulatórios mais adequados aos casos que se apresentavam.

O Supremo Tribunal Federal, que nesta matéria ofereceu contribuição inestimável ao aperfeiçoamento de nossas práticas políticas, deve assumir claramente o seu papel regulatório. Deve recusar o casuísmo, pois não é compatível com a sua alta missão, que a Corte, por via de reclamação, exerça o papel de síndico da adequação técnica dos nomeados para cargos políticos, avalie em cada caso a observância de critérios de razoabilidade na composição de ministérios ou do secretariado de unidades da Federação, sempre em atuação pontual, frequentemente errática, que não homenageia a segurança jurídica. Essa orientação vulgariza o papel da reclamação constitucional e coloca em risco a própria eficácia da Súmula Vinculante n. 13, além de fomentar abusos ao não precisar com a clareza necessária a norma vigente.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BELLOW, Adam. **Em Louvor ao Nepotismo**. Trad. Carlos Mendes Rosa. São Paulo: Girafa Editora, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª. Ed. Coimbra, Livraria Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAORO, RAYMUNDO. **Os Donos do Poder: a formação do patronato brasileiro**. 10ª.ed. São Paulo: Globo, 1996. Vol. 1.

GRAHAM, Richard. **Clientelismo e política no Brasil do século XIX**. Trad. Celina Brandt. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2006.

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

MODESTO, Paulo. "Estágio Probatório: questões controversas", In: MODESTO, Paulo e MENDONÇA, Oscar (Org.). **Direito do Estado: novos rumos**. Tomo 2. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ORTEGA Y GASSET, JOSE. **En torno a Galileo: esquema de las crisis**. Madrid, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e 'Res Publica' no Brasil (Traços constitucionais da organização política brasileira). In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org). **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo, Malheiros, 1997.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol 1. 3ª.ed. Trad. De Regis Barbosa e Karen Esabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MODESTO, Paulo. NEPOTISMO EM CARGOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 32, outubro/novembro/dezembro de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-DEZEMBRO-2012-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: