ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

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

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 39 – Julho/Agosto/Setembro de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

OS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS DO NEPOTISMO E A ANÁLISE DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Helton Kramer Lustoza

Procurador do Município de São José dos Pinhais-PR; Conselheiro do Conselho de Contribuintes Municipal; Professor dos cursos de graduação e especialização da PUC-PR, Universidade Tuiuti do Paraná e ABDconst; Professor-instrutor do COTEF-RJ e ESA-OAB; Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB-PR; Mestre em Direito Constitucional pela UNIBRASIL, com estudos na UFPR; Especialista em Direito Tributário; Pesquisador integrante do grupo de estudos Justiça Tributária e Atividade Econômica da PUC-PR.

I. A EXISTÊNCIA DE UMA POSTURA ÉTICA NO EXERCÍCIO DO PODER PÚBLICO.

Atualmente a sociedade vive em um período em que as referências de se avaliar as condutas humanas parece ter se enfraquecidas diante de tantos problemas sociais. O aumento do poderio econômico e a excessiva ânsia pelo consumismo têm causado mudanças significativas nos modos de se conceber condutas dentro da sociedade.

Observe-se que nas últimas três décadas o discurso político era da construção de um país justo e democrático, no qual os cidadãos teriam participação em todas as decisões e atos do poder público. No entanto o que se verifica é um país mergulhado na miséria, falência das instituições pública e injustiças sociais. E quanto ao exercício das atividades públicas tem-se detectado a dificuldade em se implantar uma conduta ética de forma a valorizar as boas gestões dos bens públicos. E o que se testemunha é o esvaziamento de instituições que não conseguem mais corresponder aquele fim para o qual foram criadas, qual seja: o interesse público.

Para a filosofia a ética pode ser compreendida como uma ciência que avalia a conduta humana, analisando o ato do ser perante seus semelhantes, sendo que sua prática seria a atuação tendo em vista o bem e a felicidade dos homens. Para Cláudio Souto*: "todo indivíduo normal tem uma idéia, certa ou errada, daquilo que deve ser feito. Em toda sociedade encontramos uma área de conduta que se situa na categoria do que deve ser. E para o cumprimento das várias condutas pertencentes a esta categoria, existe um conhecimento, ou seja, uma idéia de como*

se deve fazer"[1]. Pode-se notar que o homem sempre foi cercado por preceitos e valores, sendo que por essas condições se julgava o agir humano. Por isso, que a "*ética, mais do que um discurso, é um modo de fazer as coisas, um modo de decidir*"[2], ou seja, é a noção de que a conduta correta foi praticada.

A ética assumiu a feição de ser uma apreciação das normas da conduta humana, o que levou ela se tornar mais importante do que a moral, pois enquanto esta caracteriza as regras que o homem deve seguir numa sociedade, a ética é mais abrangente, ela fornece juízos de valores, que são utilizados para julgar o comportamento humano diante das regras sociais. Nesta mesma linha, o professor Adolfo Sanchez Vazquez define a ética como "*a teoria que pretende explicar a natureza, fundamentos e condições da moral, relacionando-a com necessidades sociais dos homens*"[3].

Pela adoção do sentimento ético, busca-se a prática do bem e repulsa ao mal, visualizando a simpatia ou o menosprezo da boa ou má conduta de outrem. Essa repulsa pelo mal comportamento reflete-se por uma censura de conduta, por ter sido violado a ordem que ela considerava boa ou aceitável pelo meio social.

Um dos primeiros pensadores a organizar essas questões é Aristóteles, que classificou as virtudes como a justiça, a amizade e os valores morais, sendo que estes derivam dos costumes e servem para promover a ordem social. A idéia aristotélica de ética é a prática de boas condutas direcionadas a felicidade (vida digna), sendo que ele trabalha a ética em relação à política de maneira subordinada, pois "*os tratados éticos e os tratados políticos pertencem a um mesmo estudo, classificado como política*"[4]. Logo a concepção da prática de condutas éticas estará ligada ao exercício do melhor governo[5], sendo que há necessidade de se manter o hábito como princípio regulador da ação do governante.

Durante a Idade Média houve o predomínio de uma ética cristã, impregnada de valores religiosos, que incorpora as noções gregas de que a felicidade é um objetivo do homem e a prática do bem, um meio de atingi-la. Já na doutrina de Kant pode-se verificar um entendimento de uma ética essencialmente racionalista, onde a razão pura substitui a ética cristã, na qualidade da razão prática[6].

Cabe observar, ainda, que em certo momento histórico começaram a surgir autores a buscar a quebra da ética cristã em relação aos poderes estatais. O primeiro a romper com esses preceitos foi o italiano Nicolau Maquiavel, que defendeu a adoção de uma moral própria ao Estado. Através de seus ideais pregados numa época em que o Estado era vinculado à igreja, esse autor ficou conhecido

---

1 SOUTO, Cláudio et Solange. **Sociologia do Direito**. São Paulo: LTC/USP, 1981.

2 ZAJDSZNAJDER , Luciano. **Ser Ético**, Rio de Janeiro: Gryphus, 1999, p. 21.

3 VAZQUEZ, Adolfo S. **Ética**. Trad. João Dell'Anna, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993, p. 15.

4 RUSS, Jacqueline. **A aventura do pensamento europeu: uma história das idéias ocidentais**. Lisboa: Terramar, 1997, p. 39.

5 *"Estou falando da excelência moral, pois é esta que se relaciona com as emoções e ações, e nestas há excesso, falta e meio termo. Por exemplo, pode-se sentir medo, confiança, desejos, cólera, piedade, e, de um modo geral, prazer e sofrimento, demais ou muito pouco, e, em ambos os casos, isto não é bom: mas experimentar estes sentimentos no momento certo, em relação aos objetos certos e às pessoas certas, e de maneira certa, é o meio termo e o melhor, e isto é característico da excelência. Há também, da mesma forma, excesso, falta e meio termo em relação às ações. Ora, a excelência moral se relaciona com as emoções e as ações, nas quais o excesso é uma forma de erro, tanto quanto a falta, enquanto o meio termo é louvado como um acerto; ser louvado e estar certo são características da excelência moral. A excelência moral, portanto, é algo como eqüidistância, pois, como já vimos, seu alvo é o meio termo. Ademais é possível errar de várias maneiras, ao passo que só é possível acertar de uma maneira (também por esta razão é fácil errar e difícil acertar – fácil errar o alvo, e difícil acertar nele); também é por isto que o excesso e a falta são características da deficiência moral, e o meio termo é uma característica da excelência moral, pois a bondade é uma só, mas a maldade é múltipla"* (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. trad: Mário Gama Kury. 4ªed. Brasília: UNB, 2001, p.42)

6 Cf. LIMA, Máriton Silva. **O Direito, a ética e a sua história**. Disponível na internet: www.jus.com.br – 16/05/2008.

como o fundador da ciência política moderna, pela maneira inovadora em que descrevia o Estado e o governo. Para ele, os princípios cristãos naquela época eram inúteis e prejudiciais para o desenvolvimento estatal. Em sua obra "*O Príncipe"*, escrita no século XVI, buscou ilustrar a política renascentista de constituição de um Estado forte e soberano, com a superação da idéia de descentralização do poder. Neste ponto, a ética em Maquiavel se contrapõe a ética cristã, pois enquanto esta se busca basear os atos estatais em uma legitimidade de uma lei divina, para Maquiavel a finalidade das ações dos governantes passa a ser a manutenção do poder e o equilibrio estatal[7], o que leva este autor defender que o governante poderá até usar a mentira se for para o bem do Estado[8].

A obra "O princípe" foi considerada um manual do poder, através da qual pode-se identificar mudanças no modo de se analisar as atuações estatais sob um prisma finalistico e não procedimental, assim surge a frase: "os fins justificam os meios".

O governante para Maquiavel deve criar uma espécie de roupagem, como entende Ronaldo Porto Macedo:

> *E deve ser, assim, um bom simulador, aparentando possuir e valorizar as qualidades que os seus súditos representam como adequadas, e um grande dissimulador, disfarçando a prática das ações recriminadas. Afinal, o decisivo não é o que o principe é, mas o que ele parece ser, pois a política se desenrola no plano das aparências[9].*

O homem que possui a *virtú* para Maquiavel não é mais o mesmo que se concebia em Aristótetes, para o autor italiano, é um conjunto de qualidades de compreensão das circunstâncias e de adaptação às realidades enfrentadas, de modo que atinja as finalidades propostas, independente de romper com a moralidade vigente.

Norberto Bobbio aponta que política e moral têm em comum o campo de aplicação, que é o dominio da ação, mas se diferem entre si quanto a critério de avaliação e justificação. Tendo em vista que "*aquilo que é obrigatório em moral nem sempre é obrigatório na política, e aquilo que é ilícito na política nem sempre é lícito na moral*"[10]. Esse entendimento foi transportado para realidade atual, na medida em que se presencia que a sociedade tem aceito alguns atos ilícitos morais possam ser considerados e apreciados como atos licitos para a politica[11].

Neste ponto que sobrevem as críticas doutrinárias, pois com essa justificativa, o Estado poderia praticar todos os tipos de atos em face dos seus cidadãos ou contra outros Estados com a finalidade de assegurar sua soberania, pois a importância deveria ser dirigida aos objetivos a serem alcançados.

Por isso é possível verificar que as idéias de Maquiavel foram bem aceitas *a priori*, uma vez que se buscava a conservação do poder e a estabilidade estatal. Com o passar do tempo, tais idéias foram sendo questionadas, passando a ser consideradas expressões da hipocrisia política, advindo daí o sentido pejorativo do termo *maquiavelismo,* muito utilizado como sinônimo de práticas antiéticas.

Mas a indagação que se coloca é se os fins justificam os meios (ética maquiavélica), os fins, por sua vez, não precisariam ser justificados?

Max Weber, citado por Bobbio[12], aponta a distinção entre a ética da convicção e a ética da responsabilidade. Enquanto a primeira se justifica sobre algo que está antes da ação, em geral

---

7 ESCOREL, Lauro. **Introdução ao pensamento político de Maquiavel**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 93/101

8 Esse entendimento também é encontrado na doutrina de Platão. Cf. MACEDO JR., Ronaldo. **Curso de Filosofia Política: Do nascimento da Filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 115.

9 MACEDO JR., Ronaldo. **Curso de Filosofia Política: Do nascimento da Filosofia a Kant**..., p. 238.

10 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política e as lições dos clássicos**. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2000, p. 173.

11 Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política e as lições dos clássicos**. .. p. 177.

12 Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política e as lições dos clássicos**. .. p. 195.

qualquer mandamento prescritivo que influi de forma determinante no cumprimento da ação, a segunda serve-se de algo que vem depois da prática da ação, com base no resultado proposto.

Por isso, tanto se debate acerca da atuação política, tendo em vista que atualmente ela se baseia somente numa ética da responsabilidade, ou seja, apenas se avalia o resultado das ações praticadas, deixando esquecida a análise dos meios utilizados.

Apesar de serem extremamente criticadas na teoria, as idéias de Maquiavel aparecem mais vivas do que nunca na realidade política brasileira, uma vez que no Brasil é difícil de afirmar que existiu uma postura ética estável. Desde o descobrimento das terras "tupiniquins" pelos portugueses, o território brasileiro foi sempre utilizado para exploração financeira, passando assim uma figura do enriquecimento desmedido em detrimento das regras sociais. Atualmente é difícil discutir os problemas nacionais, sem tocar na palavra ética. O professor Máriton Silva afirma que "*é impossível formular as leis do comportamento, sem ter a clareza sobre a natureza humana que a ética proporciona; essas leis serão diversas, caso se tenha o homem como simples animal, sem alma espiritual, e caso, ao contrário, se admita que é chamado à imortalidade numa vida além-túmulo*"[13]. Compartilhando com esse raciocínio, Henrique Cláudio de Lima Vaz, em sua obra Ética e Direito, defende que "*parece difícil admitir que uma teoria do ethos no sentido filosófico da sua justificação ou fundamentação racional possa desaparecer do horizonte cultural da nossa civilização, a menos que desapareça a própria filosofia e a civilização venha a mudar de alma e de destino*"[14].

Muitas pessoas ficam refletindo sobre essa problemática, tentando achar a gênese, e o porquê, em tão pouco tempo se agravaram tanto as relações humanas sem ao menos se pensar nas crises sociais, ampliando os vazios da insegurança pública e privada dos cidadãos, é ai que surge o interesse de racionalmente compreender este novo paradigma. As pessoas não se sentem mais satisfeitas pelos atos honestos que praticam, a sociedade gira em torno dos poderes e elites financeiras. A falta de princípios morais causa conseqüências intermináveis, onde encaminham o país para as mãos dos detentores do poder.

No Jornal da Tarde, Denise Frossard, transcreveu algo que retrata um momento trágico da sociedade brasileira: *"(...) a corrupção leva o cidadão a perder a fé nas suas instituições e quando isto acontece, ele se torna cínico ou rebelde. E isto é um golpe de morte na democracia e na estabilidade que ela significa"*[15]. São situações assim que ensinam a população aplaudir os golpistas, pelo sucesso das gestões públicas, transformado-os em líderes de uma sociedade adoentada e sem forças próprias para escapar do "coma político". Rui Barbosa, magistralmente, já previa no começo do século passado, que chegaria um momento em que as pessoas *"(...) de tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto"*[16].

Tornou-se comum, administradores do patrimônio público que se dizem representantes de uma nação, subirem ao poder com o escopo de desviar verbas, que deveriam servir para melhorar a condição de vida da sociedade. Entretanto esse montante vai servir para fortalecer sua imagem política ou até para proporcionar o bem estar particular de algumas pessoas.

Importante notar enquanto o poder era absoluto, em que não havia distinção entre ele e a autoridade pública, não havia uma exigência ética dos atos estatais, até porque todo soberano era um considerado como virtuoso, chegando ao poder não por um direito, mas pelo fato de ser considerado melhor do que os outros[17].

Somente com a instituição do Estado de Direito é que houve a concepção de um "*Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à protecção, garantia e realização efectiva dos direitos*

---

[13] ***LIMA, Máriton Silva.*** *O Direito, a ética e a sua história****. ...***

[14] VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e Direito**. Org. de Claudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 63.

[15] FROSSARD, Denise. Citado por Borges, Luiz Otávio. **Estado e corrupção, comentários dispersos** - www.observatoriodaimprensa.com.br. 2003

[16] Barbosa, Rui. **Obras Completas, Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Senado Federal. v. 41, t. 3, 1914, p. 86

[17] Cf. CHAUÍ, Marilena. *In*. **Ética**. Adauto Novaes (org). São Paulo: Companhia das letras. 1992, p. 366.

fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado"[18]. Neste momento quebra-se, ao menos teoricamente, o cenário político visto anteriormente, em que a figura do governante era vista como uma espécie de superioridade, o que deixava claro ser incompatível a vinculação deste com princípios limitadores da administração estatal. Até então o governante não tinha seu poder limitado, o que possibilitava que a sua vontade arbitrária fosse imposta à medida da ausência de possibilidades de defesa judicial dos particulares. Entende Jorge Reis Novaes[19] que o conceito de soberania de um lado servia de cobertura para a assunção de poderes absolutos pelo Monarca e, posteriormente, recorre-se à idéia de polícia compreendida como direito de o Príncipe intervir em todos os domínios no interesse do bem público em nome do Estado. O Estado de Direito representou a institucionalização de limites ao Estado. Em outras palavras, o Estado de Direito é aquele no qual os mandatários políticos são submissos às leis promulgadas, deixando no passado, ao menos teoricamente, àquela monarquias absolutas de direito divino.

Portanto, o condicionamento correto das condutas estatais, a partir do Estado de Direito, passaria a ser limitado e regulamentado pela lei, de forma que se privilegiou o controle do poder pelo primado da legalidade.

II. PRINCÍPIO DA MORALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Após uma reflexão da importância da ética durante o exercício do poder público se mostra necessário iniciar o presente capítulo com a seguinte indagação: será que o Direito está sujeito à crítica moral? Ou somente uma norma legal poderá definir o que seja moral para atos estatais?

O próprio conceito de Estado de Direito vem a denotar a racionalização do Estado que se dava com a limitação do poder e a proteção individual dos cidadãos. Ocorre que em sua primeira fase (pós Revolução Francesa), na égide do Estado Liberal, nota-se uma separação entre o Direito e a Moral, tendo em vista a implantação de um apreço excessivo à legalidade.

Para Kant era necessária uma separação entre Estado-Moral, assim explica Jorge Reis Novaes:

> *Kant confronta-se com o velho problema das relações entre Moral e Direito e resolve-o no sentido de uma separação, e mesmo de uma antítese, entre as duas instâncias. Se para a moral o que interessa é a determinação interior da acção do homem, aquilo que o leva a agir, para o Direito é só o aspecto físico, a componente externa, que é relevante*[20].

Isso significa que de um lado o direito estuda o aspecto externo da pessoa, a ação atingindo a esfera de outrem, o que faz essa ciência se conformar com a análise da mera legalidade, ou seja, a simples concordância do ato com o comando legal. Por outro lado a lei moral vai analisar o aspecto interior da ação do homem, aquilo que o leva a agir em determinado sentido, englobando o cumprimento ético.

Durante a égide de um Estado legalista não foi possível uma análise pura da moral como norma jurídica, pois não havia uma correlação entre as duas ciências dentro do sistema jurídico. Para

---

18 NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra edit. 1987, p. 17.

19 Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**...., p. 29

20 NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**. ..., p. 58

Hans Kelsen[21] o direito não precisa estar condicionado à moral para valer como tal, devendo apenas estar condicionado a critérios de validade jurídica, que o próprio Direito fornecia a resposta.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o pensamento constitucionalista surgiu como uma proposição verdadeira de promover uma volta aos valores morais, uma tendência de reaproximação entre a ética e o direito[22]. O ideal democrático fez com que houvesse um pensamento concretista dos direitos regentes das relações estatais, inclusive da moralidade, princípio que veio expresso no artigo 37 da Carta Magna. Por exemplo, quando a lei maior dita que "*perderá o mandato o Deputado ou Senador, cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar*", isso significa que o parlamentar infringiu alguma norma ética perante aquela casa legislativa. Isso demonstra a importância que o Direito reserva para os ideais éticos, o que deve ser implementado na prática. Tanto é assim que os julgadores continuamente fazem referência a princípios éticos e morais para resolver questões postas a julgamento perante o Poder Judiciário, mostrando uma concepção axiológica a respeito das relações jurídicas.

É de suma importância o Direito absorver princípios éticos no ordenamento, pois adverte Ronald Dworkin[23] que é preciso que conteúdos humanistas sejam inseridos nas normas jurídicas, com a finalidade de fundamentá-las e lhes garantir obediência espontânea.

Isso denota que cada vez mais o Direito está superando a interpretação estritamente técnico-formal, buscando uma hermenêutica mais crítica preocupada com os problemas práticos da sociedade, isso faz com que se abandone aquela conhecida dualidade entre a corrente positivista e jusnaturalista[24]. É a partir desta concepção que percebe-se que – uma vez, o Direito, sendo um fenômeno cultural, construído historicamente pela experiência na vida social - comprova o fiel comprometimento dele para com os princípios éticos. Tanto é assim que a própria Constituição Federal de 1988 traz expressamente a necessidade que os agentes públicos observem a moralidade durante o exercício do poder. Contudo, Maurício Antonio Lopes[25] aponta dois pontos fundamentais que causam incertezas na aplicação do princípio da moralidade administrativa: imprecisão no conceito deste princípio, o que gera uma norma de conduta vaga (conceito aberto) e na interpretação da situação fática, acaba sendo absorvido pelo princípio da legalidade.

Para Hely Lopes de Meirelles, sintetizando as lições de Maurice Hauriou, a moralidade administrativa não pode ser interpretada como sinônimo de legalidade, ou seja, não se pode dizer que atendido ao propósito da lei estaria atendido principio da moralidade:

> *(...) E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – non omne quod licet honestum est. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao*

---

21 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 103.

22 Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Disponível na Internet: http://www.buscalegis.ufsc.br. Acesso: 19/07/2009.

23 Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492

24 "*O crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, apresentando-se o direito efetivo como o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas e considerações pragmáticas de natureza social e política, moral e econômica*" (PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Trad. Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 392).

25 Cf. LOPES, MAURICIO Antonio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p.27.

> *agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum*[26]*.*

Em outras palavras, "*enquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração*"[27]. Isso, segundo Juarez Freitas[28], deixa claro que a moralidade administrativa deve ser vista como um princípio autônomo que exige que os atos administrativos venham a ser contemplados à luz da lealdade e da boa-fé para com a sociedade, buscando praticá-los com o maior rigor e objetividade possível.

O que acontece é que "*a idéia de moralidade administrativa nasceu vinculada à de desvio de poder*"[29], sendo este classificado em excesso de poder e desvio de finalidade. O desvio de finalidade ocorre quando "*o agente busca fins diversos do interesse público ou pratica o ato com motivos estranhos ao interesse público, seja por móvel pessoal (interesse privado, espírito de vingança ou perseguição), político (favorecimento ou eliminação de adversário), de terceiro (favorecimento de interesse particular em detrimento de outro, salvo se a atividade desse particular coincide com o interesse público) ou público diverso (distinto daquele previsto na regra de competência do fim específico)"*[30]*.*

Fica claro que o administrador público deverá observar uma conduta proba no exercício do cargo público, sendo que sua atuação, além de regulamentada pela lei (princípio da legalidade), também estará sob a observância da moralidade. O princípio da moralidade administrativa, ao contrário do que defendem alguns doutrinadores, não é vago, ele auxilia na interpretação da conjugação dos demais princípios sob o caso concreto. Tanto é assim que a professora Carmem Lúcia Rocha defende que os demais princípios devem passar por uma leitura do princípio da moralidade antes de aplicação no caso concreto:

> *O princípio da moralidade administrativa tem primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exigem no sistema de Estado Democrático de Direito no*

---

[26] "*A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto.(...)" (*MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 79).

[27] DELGADO, José Augusto. **O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988**. BDjur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9917>. Acesso em: 17 set. 2007.

[28] Cf. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67/68.

[29] LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. ..., p.28.

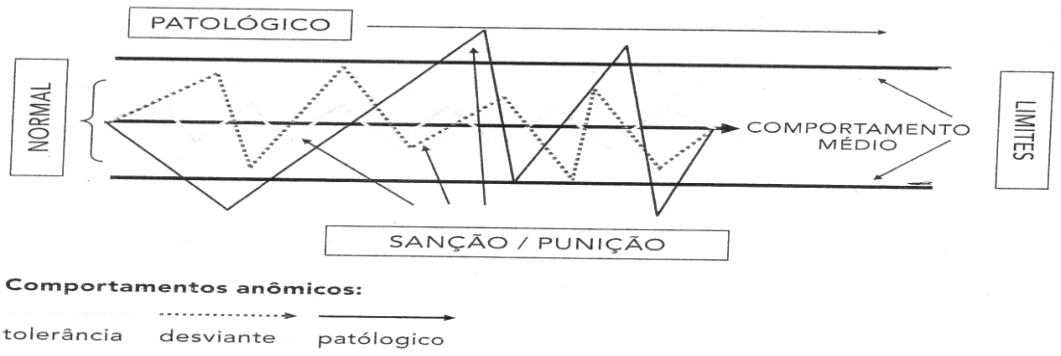
[30] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo:Saraiva, 2001, p. 26.

presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa [31].

Assim, o princípio da moralidade administrativa, como todo princípio, não poderá ser interpretado de forma isolada. Ele se compreenderá a partir de um conjunto de princípios, como o da impessoalidade, lealdade, probidade, imparcialidade, publicidade e razoabilidade, etc. Um bom exemplo disso é a exigência constitucional de que toda *"publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos"* (art. 37, § 1º CF). A lógica é de que os atos estatais não estejam vinculados à vontade pessoal do administrador, mas sim estejam pautadas em razões de ordem impessoal e objetivamente direcionadas ao direito de informação.

Interessante notar o posicionamento de Maria Sylvia Di Pietro[32] quando defende a aproximação da moral comum perante a moralidade administrativa. O que indica que será considerado "*bom administrador – aquele que usando de sua competência legal se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Há que se reconhecer, assim, as fronteiras do licito e do ilícito, do justo e do injusto nos seus efeitos*"[33].

Para compreender melhor as fronteiras da moralidade administrativa pode-se contar com a contribuição de Émile Durkhein, quando este autor defende que existe uma linha média de comportamento aceita pela sociedade, sendo que as ações serão sancionadas na medida em que se afastam dessa média comportamental esperada. Mas sempre há uma tolerância permitida pela consciência coletiva de um pequeno afastamento da média aceita pela sociedade, como pode ser compreendido na seguinte ilustração[34]:



O entendimento de Durkheim ajuda a compreender que a ação humana segue um padrão médio de comportamento, sendo que em toda sociedade existe um nível de tolerância, mas que uma vez ultrapassado este nível não restam dúvidas de que

[31] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 213/214.
[32] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 79.
[33] LOPES, MAURICIO Antonio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. ..., p.36.
[34] ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia Jurídica: fundamentos e fronteiras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 83/85.

tal conduta deve ser sancionada. Isso contribui para entender que a moralidade administrativa construída numa ambiente social também possui uma delimitação, sendo que ao momento em que o agente público ultrapassar essas barreiras também estará passível de punição.

O entendimento de que a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum tem ocasionado uma série de distorções na Administração Pública, de modo que o reconhecimento desta separação apenas demonstra a ratificação da doutrina de Maquiavel. E ainda, alerta Maria Sylvia Di Pietro que é essa "*moral paralela da Administração Pública um problema crucial de nossa época, por deixar sem qualquer sanção atos que, embora legais, atentam contra o senso comum de honestidade e justiça*"[35].

Se o exercício da função pública deve observar as regras de boa administração é evidente que deve existir um atendimento aos princípios éticos da sociedade. Para que exista uma boa administração, entende Antônio José Brandão, que é preciso "*o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente, - para o bem, entenda-se, - nas situações concretas trazidas pelo quotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são*"[36].

Isso ajuda a compreender que a moralidade administrativa também deve ser interpretada à luz da moralidade comum (social), de modo que a análise dos atos dos agentes públicos seja feita com base em construções tradicionais da sociedade acerca das condutas humanas.

O problema da atual Administração Pública é que o governante tende a misturar as prerrogativas do cargo como uma forma de beneficiar aos seus interesses particulares, como se a sua eleição fosse uma carta branca dada pelo eleitor. Esta atitude além de não possuir fundamento constitucional tem criado uma série de situações que tem levado ao descrédito das instituições públicas.

Max Weber[37] escreveu defendendo que há duas espécies de funcionário: de um lado existe o funcionário patrimonial e de outro o funcionário puro burocrata. Enquanto aquele ingressa no poder público com o objetivo de atender aos seus interesses particulares, o segundo busca o cumprimento de interesses objetivos do Estado, mediante comprometimento com atuação pública. Isso ajuda a compreender melhor o hábito em se conceder favores a parentes que vem impregnado na história brasileira, dirigida para o atendimento de interesses pessoais da classe política que detém o poder. Isso tem sido duramente criticada pela sociedade, sob alegação de que este ato não se adapta com os postulados do Estado Democrático de Direito.

A dificuldade em se assimilar estes postulados constitucionais no direito brasileiro se resume na extrema pessoalidade impressa nas condutas políticas atualmente desenvolvidas. Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra Raízes do Brasil, relatou sua análise sobre o homem brasileiro, que sob sua ótica, deixava transparecer o predomínio de vontades particulares perante as instituições públicas:

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

[35] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. ..., p. 80

[36] BRANDÃO, Antônio José. Citado por GARCIA, Emerson. **A moralidade administrativa e sua densificação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 86, 27 set. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>. Acesso em: 05 ago. 2009.

[37] WEBER, Marx. citado por Holanda, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p 146.

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[38].

A partir de escândalos do poder relatados pela mídia, a sociedade tem cada vez mais demonstrado um descrédito em face da Administração Pública, sendo que este fato é extremamente prejudicial para uma sociedade democrática.

Para reverter o atual quadro ético em que se vive atualmente, primeiramente, os cidadãos devem entender que o patrimônio público pertence a todos (*Res pública*), e um bem que pertence a alguém deve ser cuidado e fiscalizado por esse alguém. Então os primeiros problemas a serem corrigidos são os relativos ao Estado, através de uma forte fiscalização em cima dos administradores, pois quem são eles, senão funcionários do povo. Pois, ainda que se presenciem inúmeros casos de imoralidade no poder público, não se pode aceitar que todo o político brasileiro seja corrupto e de que não existe mais solução a este problema. Nestas horas de angústia é salutável relembrar os memoráveis ensinamentos de Rui Barbosa quando afirmou que:

O Brasil não é isso. É isto. (...) O Brasil é este comício imenso de almas livres. Não são os comensais do erário. Não são as ratazanas do Tesouro. Não são os mercadores do Parlamento. Não são as sanguessugas da riqueza pública. (...) Não são os corruptores do sistema republicano. São as células ativas da vida nacional. É a multidão que não adula, não teme, não recua, não deserta, não se vende. É o povo, em um desses movimentos seus, sem que se descobre toda a sua majestade[39].

Atualmente o direito criou uma série de meios de resgatar o espírito ético no setor público, como por exemplo, o orçamento participativo previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Acesso as informações públicas e Estatuto das Cidades, garantindo uma maior transparência na aplicação dos recursos públicos, sendo que de um lado visa combater a imoralidade dos gestores e de outro é incutir na cultura popular a utilização desses meios de maneira eficiente (ativismo político).

Dessa forma, o princípio da moralidade administrativa é utilizado como baliza para análise dos atos dos gestores públicos, distinguindo o bom do mau governante: "*bom governo é aquele de quem persegue o bem comum, mau governo é aquele de quem persegue o bem próprio*"[40].

III. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA CONTRATAÇÃO DE FAMILIARES PARA CARGOS COMISSIONADOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Após a implantação do Estado Democrático de Direito aumentaram as discussões acerca dos mecanismos de garantia de uma postura ética dos agentes públicos. Os privilégios e favores ilegais concedidos autoritariamente pelos representantes políticos não se sustentam mais perante o ordenamento jurídico.

---

38 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p 146.

39 BARBOSA, Rui. **A questão social e política do Brasil**. Disponível na internet: www.casaruibarbosa.gov.br. Acesso: 02/02/2009.

40 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política e as lições dos clássicos**. .. p. 201.

Com o constitucionalismo e o amadurecimento democrático o cidadão ganhou poderes para efetuar um controle dos atos públicos, mas que muitas vezes este controle popular se torna insuficiente frente às complexidades que se presencia na organização do poder público.

A sociedade ideal na figura de Aristóteles era de que o cidadão tivesse uma preparação para escolher seus representantes, ora, quem iria votar deveria ter qualificação, ou seja, "*uma escolha acertada somente é possível aos que sabem*"[41], o que não ocorre na modernidade. Diante disso, "*quando o governante não encontra limites no mero relacionamento com os cidadãos e as organizações da sociedade, caberá ao direito impor tais direitos*"[42]. É o que corre no Brasil atualmente, pois se presencia um total desprezo da exigência de condutas éticas e um total menosprezo pelos controles exercidos pela opinião pública. É diante desse cenário, que Sérgio Buarque de Holanda entende que "*a escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias*"[43].

Um assunto que tem sido debatido nos meios jurídicos é a respeito da nomeação de parentes para cargos em comissão. Algumas dúvidas surgem, como se esse ato encontraria algum óbice dentro do ordenamento jurídico? Há uma definição jurídica do que seria nepotismo?

Com a constitucionalização dos princípios administrativos pelo artigo 37, em especial o da impessoalidade, moralidade e eficiência, acirrou o debate acerca da impossibilidade da nomeação de parentes para os chamados cargos em comissão e funções de confiança no âmbito estatal.

Para se compreender a essência da discussão tem-se que inicialmente definir como funciona e o que justifica a existência dos cargos de confiança. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, II, define que "*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*". Em outras palavras, a regra seria a investidura do cargo mediante concurso público, mas há situações em que pelo perfil político poderá o cargo ser

41 ARISTÓTELES. **Política**. 5 ed. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 97

42 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 746.

43 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. ..., p. 146.

ocupado mediante indicação, o que se justifica até pelo fato da existência de áreas estratégicas do governo que demandariam a ocupação por pessoas de confiança, comprometidas para com os ideais políticos do novo governante.

Para Odete Medauar[44] o cargo em comissão pode ser entendido como aquele que possui o aspecto de temporariedade e confiança, sendo que este cargo é ocupado por alguém que desfruta da confiança daquele que nomeia. Se ocorrer a quebra da confiança ou a substituição da autoridade que o nomeou, em regra o ocupante do cargo de confiança não permanece, entendimento compartilhado por José Afonso da Silva[45].

A disciplina do cargo de confiança é delineada pelo inciso V do artigo 37 da Constituição Federal de 1988[46], em que impõe somente uma condição: de que a lei vem definir o percentual mínimo de servidores de carreira que irão preencher os cargos de confiança, que serão as atribuições de "direção, chefia e assessoramento".

Pode-se perceber que o artigo 37, incisos II e V da Carta Magna permitem que a escolha do ocupante do cargo em comissão seja livre e sem concurso, sendo que o critério de seleção é a confiança, restringida esta liberdade tão somente quando a lei vier a impor os limites mínimos de indicação de servidores estáveis para tal cargo.

Diante de uma interpretação da norma constitucional acreditou-se na possibilidade de que a livre nomeação poderia englobar a escolha de qualquer pessoa, inclusive parentes para ocuparem cargos em comissão, até porque nada mais lógico de que confiança pode ser um conceito que se leva a pensar primeiramente em família. Com base nisso, entende Rodrigo Andreotti Musetti que "*aqueles que pretendem impor critérios que não o critério constitucional da livre escolha para nomeação de cargos de confiança ou em comissão, em verdade, desejam suplantar a Constituição da República do Brasil, desrespeitando o Poder Constituinte e colocando em risco a qualidade do serviço público e a sustentabilidade político-administrativa do Poder Público*"[47], sendo que a carta constitucional em nada proibiu a escolha de familiares para cargos em comissão.

---

44 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 297/298.

45 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 660.

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

47 MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **O nepotismo legal e moral dos cargos em comissão da Administração Pública**. Disponível na Internet: www.uj.com.br – Acesso em 25/07/2009.

É de se levar em conta que a carta constitucional, quando previu a existência de cargos em comissão destinados às funções de chefia, direção e assessoramento, definindo estes como de livre nomeação e exoneração, era para obter uma eficiência administrativa mediante a execução por pessoas que estejam diretamente comprometidas com o plano governamental do nomeante do cargo.

O ato administrativo de nomeação deve estar acompanhado de um de seus elementos indispensáveis que é a finalidade, ou seja, deixar evidente qual é o resultado que se quer alcançar com a prática do ato, que deve estar sempre atrelado ao interesse público, sob pena de anulação da conduta administrativa praticada, conforme dispõe o artigo 2º da Lei nº 4.717/65. No entanto, esta tarefa não é simples, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro "*a grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo o desvio de poder comprova-se por meio de indícios*"[48].

A impossibilidade de se analisar o desvio de poder pela índole subjetiva não impede que o controle da Administração Pública seja feito pelo aspecto objetivo, conjugando os fatos praticados pelos agentes públicos à luz dos princípios constitucionais. Tem-se que compreender que as nomeações de cargos em comissão, como todo ato estatal, devem atender aos preceitos constitucionais.

Mesmo não sendo proibidas expressamente em lei, as nomeações de familiares para cargos em comissão, denominado de nepotismo, foram questionadas perante os órgãos judicantes estatais, sob alegações de que esta prática não encontraria fundamento constitucional, até pelo contrário, estaria ofendendo o princípio da moralidade administrativa.

Uma primeira decisão paradigmática a respeito do tema foi tomada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em que editou a Resolução nº 7/05. Essa resolução proibiu expressamente a nomeação para cargos em comissão ou funções gratificadas de cônjuge (ou companheiro), parente em linha reta ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive, de membros de tribunais, juízes e servidores investidos em cargos de direção, ou assessoramento, estendendo-se a vedação à ofensa por via oblíqua, concretizada pelo favorecimento recíproco, ou por cruzamento. Cabe esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, reconheceu a constitucionalidade da

[48] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 199.

mencionada resolução ao argumento de que se encontra em completa sintonia com os princípios esculpidos no artigo 37 da Constituição. Eis trecho do acórdão:

> *(...) os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado* [49].

Interessante notar que o Supremo Tribunal destacou que a nomeação de cargos em comissão não pode ser interpretada de forma isolada, pois, seguindo diretrizes do princípio interpretativo da unidade da constituição, nenhum direito constitucional é absoluto, deve-se levar em conta outros princípios existentes como da impessoalidade, eficiência e igualdade.

Em outra situação, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca desta matéria, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 579951/RN[50], em que se discutia a contratação de parentes no Município de Água Nova. Neste julgamento o Pretório Excelso confirmou o entendimento anterior, reafirmando que os princípios constitucionais da Administração Pública são auto-aplicáveis, dispensando legislação infraconstituiconal para regulamentar esta matéria. Neste mesmo julgamento o Ministro Carlos Ayres Brito comentou que a decisão do Supremo *"é a confirmação de que não vale mais confundir tomar posse 'no cargo' com tomar posse 'do cargo', como se fosse um feudo, uma propriedade privada, um patrimônio particular"*.

Com os julgamentos a respeito do tema, o STF decidiu editar a Súmula Vinculante n. 13, com o seguinte teor:

> *A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*

A referida súmula vinculante vem expressamente a proibir o nepotismo nas nomeações de cargos comissionados, sendo constatado quando da relação de parentesco entre o agente nomeante e o nomeado. Essa medida vem a impedir que as escolhas sejam fundamentadas no vínculo subjetivo do parentesco.

A questão da impessoalidade deve ser trabalhada de uma forma de controle constante da Administração Pública, a fim de combater de forma eficaz a "apadrinhamento administrativo". Nesta

---

[49] STF - ADC 12-mc, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Julgamento: 16/02/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

[50] EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão (RE 579951 / RN Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Julgamento: 20/08/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

linha, o Superior Tribunal de Justiça considerou que a união estável, também reconhecida como unidade familiar, pode ser considerada para efeitos de identificar ofensa ao princípio da impessoalidade[51].

Há quem acreditou que após a aprovação da Súmula Vinculante n. 13 a situação estaria resolvida, uma vez que estes instrumentos jurídicos estariam firmando a interpretação de direitos mediante efeito vinculante para o poder público. Ocorre que em novo julgamento, o Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar no Recurso Extraordinário n. 579951 veio a excluir os efeitos da dita súmula vinculante para a nomeação de Ministros e Secretários de Estados e Municípios, o que veio a criar uma regime diferente entre ocupantes de cargos administrativos criados por lei e os cargos políticos. Observe-se a fundamentação do acórdão:

> *O Tribunal deu parcial provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que reputara constitucional e legal a nomeação de parentes de vereador e Vice-Prefeito do Município de Água Nova, daquela unidade federativa, para o exercício dos cargos, respectivamente, de Secretário Municipal de Saúde e de motorista. Asseverou-se, inicialmente, que, embora a Resolução 7/2007 do CNJ seja restrita ao âmbito do Judiciário, a vedação do nepotismo se estende aos demais Poderes, pois decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF, tendo aquela norma apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos dessa restrição que são próprios a atuação dos órgãos jurisdicionais. (...) Frisou-se, portanto, que as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados do art. 37 da CF são auto-aplicáveis, por trazerem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em conseqüência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que transgridam os valores fundantes do texto constitucional. Com base nessas razões, e fazendo distinção entre cargo estritamente administrativo e cargo político, declarou-se nulo o ato de nomeação do motorista, considerando hígida, entretanto, a nomeação do Secretário Municipal de Saúde[52].*

Através desse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Súmula Vinculante somente tem aplicabilidade para o caso de nomeações em cargo em comissão administrativos. Em outras palavras, ficou assentado que o artigo 37, inciso II e V se referem somente a cargos administrativos e não aos cargos políticos, como Ministros e Secretários de Estado.

A essência da discussão está em se definir a perfeita aplicação do princípio da moralidade administrativa no caso de nomeação de parentes para cargo governamental, seja administrativo, seja político, conforme diferenciou os ministros do Supremo Tribunal.

Outra interpretação à Súmula Vinculante n. 13 foi realizada pelo Superior Tribunal de justiça, ao considerar que "*não há nepotismo quando a designação ou nomeação do servidor tido como parente para a ocupação do cargo comissionado ou de função gratificada for anterior ao ato de posse*

---

51 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEPOTISMO. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA-DEFESA. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA PENA DE CENSURA APLICADA A JUIZ DE DIREITO POR NOMEAR O PAI DE SUA COMPANHEIRA PARA O MÚNUS DE PERITO. ART. 41 DA LOMAN. ART. 125, I E III DO CPC. O fato de os despachos saneadores que nomearam o pai da companheira do recorrente serem de natureza judicial e, na hipótese, não terem recebido impugnação por recurso, em nada impede a abertura de processo disciplinar e, ao final, a punição do infrator. (...) É aberrante a nomeação, pelo juiz, de parente, cônjuge, consanguíneo ou afim, bem como de amigo íntimo, como perito do juízo, comportamento esse que macula a imagem do Poder Judiciário, corrói a sua credibilidade social e viola frontalmente os deveres de "assegurar às partes igualdade de tratamento" e "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça" (CPC, art. 125, I e III). Nos termos da Constituição Federal, a união estável é reconhecida como unidade familiar (art. 226, § 3º).13. Recurso Ordinário não provido. (RMS 15.316/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 30/09/2009)

52 STF - RE nº 579951/RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 20/08/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

do agente ou servidor público gerador da incompatibilidade"[53]. Contudo, se o Estado Democrático de Direito não mais admite a personificação do Poder, legitimando mecanismos que venha a impedir que a atividade administrativa seja direcionada à satisfação de interesses particulares, então os institutos do poder público devem passar por uma re-leitura ética (moralidade administrativa). A Administração Pública, com base em preceitos constitucionais, deve cada vez mais buscar uma gestão imparcial, mediante comportamentos neutros com intento a satisfação de interesses sociais. A imparcialidade vai exigir com que o administrador atue desprovido de marcas pessoais e particulares, o que segundo Cármen Lúcia Rocha Antunes[54], mesmo que o individuo escolhido tenha os requisitos exigidos para aquele cargo, se as razões da escolha não forem justificáveis perante o interesse público então se estaria ferindo o princípio da impessoalidade.

Com esse entendimento, se a escolha de determinada pessoa para ocupar o cargo (administrativo ou político), não levou em conta a condição profissional para melhor satisfazer os interesses da sociedade, mas sim, o preponderante foi o nome dessa pessoa, impedindo que outras pessoas, também aptas possam ocupar o mesmo posto, sem dúvida que se tem uma flagrante ofensa, não somente a moralidade administrativa, mas também a outros princípios como o da imparcialidade, isonomia e eficiência.

Se a noção central de moralidade administrativa é o dever de boa administração é essencial que o administrador público tenha o dever de atuar de forma honesta e não transformar o poder público na extensão de seu domicilio.

Rui Cirne de Lima defende a exigência de mão-de-obra qualificada para garantir a eficiência do serviço público, o que, segundo sua opinião, não irá acontecer com a contratação de parentes para cargos públicos:

> *(...) passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para o mundo das realidades empíricas, num ambiente de projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho? Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso.(...) E como impedir que os colegas não-parentes ou não-familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? (...) Para não dizer a confusão mesma entre tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos, na contra-mão do insuperável conceito de que administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia.*[55]

Está claro que o fato de existir familiares em cargos de comissão vai criar uma ofensa ao princípio da imparcialidade e moralidade, visto que situações como o controle de horários, aplicação de penas administrativas e o próprio convívio em ambiente de trabalho vai acabar contaminando as relações administrativas. Ao invés de uma imparcialidade administrativa, estar-se-ia transformando o poder público num aconchegante ambiente parental sem nenhuma legitimidade.

---

[53] DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA. NOMEAÇÃO EM CARGO COMISSIONADO DO PODER EXECUTIVO. POSTERIOR ELEIÇÃO DO IRMÃO PARA DEPUTADO ESTADUAL. NEPOTISMO. NÃO-OCORRÊNCIA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. EMENDA CONSTITUCIONAL PREVENDO EXCEÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 462 do CPC e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a legislação superveniente deve ser considerada pelo julgador ao apreciar a causa. 2. Conforme determina o art. 11, § 5º, da Constituição do Estado de Rondônia, com redação dada pela EC 59/07, não há nepotismo quando a designação ou nomeação do servidor tido como parente para a ocupação do cargo comissionado ou de função gratificada for anterior ao ato de posse do agente ou servidor público gerador da incompatibilidade. 3. Recurso ordinário provido.(STJ. RMS 26.085/RO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2009)

[54] Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 157

[55] LIMA, Rui Cirne. Citado por MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 145/146.

Não se defende uma Administração Pública absolutamente burocrática, mas ao menos se deve exigir uma conduta ética, de modo que não se traga a antiga figura no "Imperador" ou "dinastias" no poder público, através do qual o Estado se transformará, novamente, em um instrumento para concretizar a vontade subjetiva de seu governante.

Para Humberto Ávila "*o princípio da moralidade administrativa estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade das relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos*"[56]. O que demonstra que a escolha de familiares para cargos comissionados e funções de confiança (sejam administrativos ou políticos) não seria leal à sociedade nem a moral pública, pois o favorecimento de cargos não pode ser compreendido como legítimo. Nem mesmo sob o argumento da confiança, pois se entende que a liberdade de escolha encontra limite diante da moralidade administrativa.

Tem-se que entender que existem várias pessoas capacitadas para assumirem os cargos em comissão, inclusive os servidores de carreira. E a nomeação de familiares para cargos comissionados e funções de confiança devem ser proibidas dentro do sistema público, em prol do princípio da moralidade pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade é difícil discutir problema políticos ou jurídicos sem adentrar na seara da ética, pois seria impossível formular normas de comportamento sem ter a clareza sobre a natureza humana que a ética proporciona o que demonstra a proximidade entre a moral e o Direito.

O Estado de Direito representou a institucionalização de limites ao Estado, ou seja, significa que os mandatários políticos são submissos às leis promulgadas, deixando no passado, ao menos teoricamente, àquelas monarquias absolutistas baseadas no direito divino (o rei no antigo regime pensava ter recebido seu poder de Deus e, assim, não admitia qualquer limitação à ele. Assim, a partir do Estado de Direito o poder passaria a ser limitado e regulamentado pela lei, de forma que se privilegiou o controle do poder pelo primado da legalidade e da moralidade da atuação dos agentes públicos.

O princípio da moralidade administrativa não é norma de conceito vazio, mas sim, se vale outros princípios para avaliação da conduta da autoridade pública. Este princípio deve refletir a moralidade comum (social), isto é, aquela aplicada a toda sociedade, para que possa ser utilizado de baliza para análise dos atos dos gestores públicos

O hábito em se conceder favores a parentes que vem impregnado na história brasileira, dirigida para o atendimento de interesses pessoais da classe política que detém o poder atenta contra os postulados do Estado Democrático de Direito. A nomeação de familiares para cargos em comissão, seja o cargo administrativo ou político, ofende frontalmente os princípios constitucionais da Administração Pública, em especial o da moralidade.

Portanto, a nomeação de familiares para cargos comissionados e funções de confiança (administrativos ou políticos) ofende os postulados constitucionais da Administração Pública e não encontra legitimidade para ser exercido dentro da moralidade pública. Também deve haver um aperfeiçoamento dos mecanismos de controle da Administração Pública, a fim de obter a condenação do administrador ímprobo a restituir as despesas com contratação de servidores que, embora tenham trabalhado, o fizeram por força de ato ilegal e inconstitucional. Principalmente no caso de contratação de pessoas que não apresentam qualificação compatível com o cargo ou que deixem de prestar adequadamente o serviço, causando prejuízo ao Erário[57].

---

[56] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

[57] STJ. REsp 1090707/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARISTÓTELES. **Política**. 5 ed. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARBOSA, Rui. **A questão social e política do Brasil**. Disponível na internet: www.casaruibarbosa.gov.br. Acesso: 02/02/2009.

_____. **Obras Completas, Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Senado Federal. v. 41, t. 3, 1914.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, n. 4, dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível na Internet: HTTP://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 14/08/2009.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernindade, teoria crítica e pós-positivismo).** In Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 358.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Disponível na Internet: http://www.buscalegis.ufsc.br. Acesso: 19/07/2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política e as lições dos clássicos**. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2000.

_____. **Dicionário da política.** 10 ed. Trad João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *In*. **Ética**. Adauto Novaes (org). São Paulo: Companhia das letras. 1992.

CONTI, Mario Sergio. **Noticias do planalto: a imprensa e Fernando Collor**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

DELGADO, José Augusto. **O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988**. BDjur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9917>. Acesso em: 05/08/2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESCOREL, Lauro. **Introdução ao pensamento político de Maquiavel**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 1997.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Genisis Editora, 1993.

GARCIA, Emerson. **A moralidade administrativa e sua densificação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 86, 27 set. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>. Acesso em: 05/08/2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia.** Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 141/271.

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

INGENIEIROS, José. **Homem Medíocre**. São Paulo: Editora Edicamp.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LIMA, Máriton Silva. *O Direito, a ética e a sua história****. Disponível na internet:*** **www.jus.com.br** **– *16/05/2008.***

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LOPES, MAURICIO Antonio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MACEDO JR., Ronaldo. **Curso de Filosofia Política: Do nascimento da Filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**, 6º ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 1996.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo:Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994.

_____. **Ética e Direito**. Disponível na Internet: <http://www.jus.com.br> Acesso em: 16/05/2008.

MELLO, Celso Antonio B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo, Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Constitucional Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **O nepotismo legal e moral dos cargos em comissão da Administração Pública**. Disponível na Internet: <http://www.uj.com.br> Acesso em 25/07/2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra editora. 1987.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Trad. Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PLATÃO. **República**. Trad. Ana Lia A. Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. De Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1975.

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

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia Jurídica: fundamentos e fronteiras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RUSS, Jacqueline. **A aventura do pensamento europeu: uma história das idéias ocidentais**. Lisboa: Terramar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000

SOUTO, Cláudio In Solange. **Sociologia do Direito**. São Paulo: LTC/USP, 1981.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e Direito**. Org. de Claudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

VAZQUEZ, Adolfo. **Ética**. Tradução de João Dell´Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

ZAJDSZNAJDER , Luciano. **Ser Ético**, Rio de Janeiro: Gryphus, 1999.

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:

LUSTOZA, Helton Kramer. OS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS DO NEPOTISMO E A ANÁLISE DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. A necessidade de responsabilização estatal por prejuízos causados aos licitantes no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, julho/agosto/setembro de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-39-JULHO-2014-HELTON-LUSTOZA.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.