

BREVES NOTAS SOBRE O *NEPOTISMO* E A NORMATIZAÇÃO DO INSTITUTO EM ÂMBITO LOCAL

BRIEF NOTES ABOUT THE “*NEPOTISMO*” AND THE REGULATORY FRAMEWORK OF THE INSTITUTE IN PLACE

Danilo Galan Favoretto

Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Administrativo na mesma Instituição. Advogado em São Paulo. Professor-tutor de Direito Administrativo do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

Resumo: O tema do nepotismo, tão propalado nos dias atuais, ganhou mais força com a edição da Súmula Vinculante nº 13 pelo Supremo Tribunal Federal. Com tal regramento, diversas questões se tornam relevantes, como a aplicação do instituto no provimento de cargos políticos e a possibilidade de normatização da matéria em âmbito local, por meio de lei própria de cada ente federativo. De forma breve, o presente trabalho enfrentará tais temas em busca de uma regra geral para a questão.

Palavras-chave: Direito Administrativo – Cargos Políticos – Nepotismo

Abstract: The theme of nepotism, heralded today, gained more strength with the issue of Binding Precedent nº. 13 by the Supreme Court. With such regramento, several questions are put, as the application of the institute in providing political positions and the possibility of normalization of the matter locally, by each federal entity's own law. Briefly, this work will face such issues in search of a general rule to the issue.

Keywords: Administrative Law – Political Positions – Nepotismo

1. INTRODUÇÃO.

Originalmente a palavra ‘*nepotismo*’ era usada no âmbito das relações do papa com seus parentes na administração eclesiástica. Por esse motivo, o Dicionário Houaiss identifica um *nepote* como “*sobrinho do sumo pontífice*” ou “*conselheiro papal*”¹.

Atualmente, contudo, o termo é utilizado como sinônimo da concessão de privilégios ou cargos no funcionalismo público. Traduz-se, pois, pelo favorecimento de parentes ou amigos próximos, não concursados, ocupantes de cargos de direção, chefia ou assessoramento, em detrimento de pessoas mais qualificadas, especialmente no que diz respeito à nomeação ou elevação de cargos na administração pública direta ou indireta no Executivo, Legislativo e no Judiciário.

A esse respeito e nesse contexto, a manifestação mais emblemática ratificando o novo sentido do termo adveio com o Supremo Tribunal Federal que, em 21 de agosto de 2008, aprovou a 13ª Súmula Vinculante, assim ementada:

SÚMULA VINCULANTE Nº 13

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício em 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.”

Esse enunciado consolidou a tese de que o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, estipulando a obediência obrigatória da Administração Pública, dentre outros, aos princípios da impessoalidade e moralidade, já seria suficiente, por si só, estreme de espécie normativa autônoma, para coibir peremptoriamente a prática do nepotismo.

Exatamente nesse sentido, inclusive, foi o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator da decisão paradigma que deu origem ao verbete sumular ora mencionado, Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, em que destacou que “*embora existam diversos normativos no plano federal que vedam o nepotismo, inclusive no âmbito desta Corte, tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo,*

¹ HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva. [CD-ROM]. 2009.

hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculante, como ensina Gomes Canotilho”.

Enfim, a questão que ora se propõe, como objeto do presente estudo, diz respeito à eventual possibilidade de se admitir ou não, com base na orientação vinculante do Supremo Tribunal Federal, a superveniência de lei, seja estadual ou municipal, que torne mais ampliativa a proibição de nepotismo, no sentido de se aplicar a proibição à nomeação de parentes para cargos políticos, em especial, Secretários de Estado, Municipais ou funções equivalentes.

2. ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA VEDAÇÃO TRAZIDA PELA SÚMULA VINCULANTE N.º 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AOS CARGOS POLÍTICOS.

2.1. Regra.

Neste ponto, mostra-se necessário analisar, com rigor e atenção, o conteúdo dos julgamentos balizadores da edição da Súmula Vinculante n.º 13, providência imprescindível para uma acertada apreensão de seus exatos efeitos e de sua específica extensão no tocante à permissividade de nomeação de cônjuge, companheiro ou outros parentes para o exercício da função de cargos políticos, em especial, Secretários de Estado, Municipais ou funções equivalentes, tema denso e espinhoso, cuja solução jurisprudencial, a nosso sentir, tem priorizado o melhor caminho idealizado pela Constituição.

O debate quanto à autonomia do Executivo para atos de nomeação avançou bastante com a decisão do já citado Recurso Extraordinário n. 579.951-4/RN, envolvendo a discussão sobre a possibilidade de parentes do Prefeito ou de Vereadores serem nomeados para o cargo de Secretários Municipais. Após intensas altercações, os Ministros entenderam que, em tese, essa faculdade configuraria ato eminentemente político, razão pela qual, não se aplicaria a vedação prevista no preceito 37 da CF ou o verbete vinculante n.º 13. Aliás, atuando como vogal, o Ministro Ayres Britto destacou que o governo seria mais do que a Administração Pública, porque incorporaria ingrediente político. Prosseguiu ainda, consignando que o artigo 37 versaria sobre cargos e funções singelamente administrativas, não de cargo político tal qual o de Secretário Municipal, classificado como agente de poder.

Inclusive, a interpretação dada pelo Pretório Excelso distinguindo os cargos de natureza administrativa e os cargos de natureza política, para fins de incidência da vedação prevista na SV n.º 13, pode ser bem resumida em trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski em outro precedente jurisprudencial que menciona o paradigma já citado:

“No julgamento do RE 579.951/RN, acima citado, o Plenário desta Casa enfrentou situação semelhante à deste caso. Fazendo distinção entre cargo estritamente administrativo e cargo político, declarou nulo o ato de nomeação de um motorista, mas considerou hígida a nomeação daquele que ocupada o cargo de Secretário Municipal de Saúde, não apenas por ser um agente político, como também por não ter ficado evidenciada a prática do nepotismo cruzado, nem a hipótese de fraude à lei. Acompanhei, nesse aspecto, o entendimento da douta maioria”. (Rcl 6702 MC-AgR/PR, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 04.03.2009)

Enfim, fato é que, no caso específico do julgamento do RE 579.951/RN, o STF entendeu que o cargo de Secretário seria de natureza política não se inserindo, pois, nas vedações impostas pela referida SV n.º 13. Aliás, é também o que se lê do Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 6.650-PR, Tribunal Pleno, rel. Ministra Ellen Gracie, julgado em 16/10/2008, que, inclusive, menciona novamente o precedente paradigma do Plenário sobre o assunto, com a seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE No 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 no 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido.”

E, no mesmo diapasão, tem decidido de forma reiterada o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se lê do recente acórdão proferido nos autos do Reexame Necessário n.º 0264444-49.2009.8.26.0000-Vinhedo, Rel. Des. Aroldo Viotti, da 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 21/05/13, com citação de jurisprudência da mesma Corte, e com a seguinte ementa:

“Ação Popular. Prefeito Municipal que por meio de portaria interna nomeou sua esposa como Secretária da Administração Municipal, em afronta ao princípio que veda o nepotismo na Administração Pública. Sentença de improcedência. As nomeações de agentes políticos, como é o caso de Secretário da Administração

Municipal, não se encartam na vedação ao nepotismo consagrada na Súmula Vinculante 13 do STF. Recurso oficial, único interposto, improvido.”

Assim, como se depreende dos precedentes citados, pela interpretação da jurisprudência atual, tendo por base posição externada pelo Supremo Tribunal Federal, como regra e em tese, não se aplica a Súmula Vinculante n.º 13 para a nomeação de cargos de natureza política, assim entendidos os de Secretários de Estado ou Municipais, por exemplo.

Todavia, diz-se que se trata de uma regra, vez que, como não poderia deixar de ser, neste caso também devem ser observadas algumas peculiaridades passíveis de servir como exceções aptas a desdizer a regra.

2.2. Exceções.

Apesar do posicionamento sedimentado no sentido da inaplicabilidade, como regra, das vedações ao nepotismo para os cargos políticos, vale ressaltar que no próprio julgamento paradigma realizado pelo STF a maioria dos julgadores adotou a linha mencionada, mas com reservas e diante das especificidades exclusivas do precedente, abstendo-se de endossar a absoluta impossibilidade de ocorrência de nepotismo na aludida nomeação.

Nos termos pontuados pela Ministra Cármen Lúcia, de início o caso versaria sobre agentes com regime jurídico realmente diferenciado, o que, contudo, não excluiria o aproveitamento e eventual aplicabilidade da vedação da SV n.º 13 como amparo a hipóteses destoantes dos princípios mais caros à Administração Pública.

Não tardou para essa ressalva voltar à tona. Quando da análise do já citado Ag. Rg. na Cautelar na Recl n.º 6650-9, o Ministro Ricardo Lewandowski, assentou ser fundamental o exame caso a caso para verificar, a luz dos elementos fáticos concretos, a existência de duas exceções aptas a ensejar ofensa à Súmula Vinculante n.º 13, consubstanciando-se, por consequência, em atos contrários a probidade administrativa e passíveis de anulação e responsabilização, quais sejam: (i) se houver fraude à Lei e/ou violação a Princípio e (ii) nepotismo cruzado.

Na insuperável lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, violar um princípio, ou seja, conspurcar contra um mandamento nuclear de um sistema, *"é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento*

obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".².

Portanto, qualquer nomeação em afronta aos princípios previstos no art. 37 da CF/88, assomados daqueles meramente exemplificativos espelhados na Lei n.º 8.429/92 e outros quiçá consequentes, explícita ou implicitamente, do ordenamento pátrio, será inválida e ensejará ataque na via judicial.

No condizente a fraude à lei, é imperioso conceber serem inúmeros *"os meios ou processos de que lançam mão os infratores das normas jurídicas, a fim de se subtraírem ao seu império... Estes meios ou processos vão da violação direta, pura e simples, sem rodeios ou subterfúgios, às formas mais sutis, disfarçadas, ocultas e mascaradas, de maneira a dificultar a aplicação da lei..."³.*

Por estes ângulos, é plenamente possível se deparar com uma situação onde o parente do Prefeito, nada obstante nomeado para o cargo de Secretário Municipal, atue, de fato, em insidioso desvio de função ou violação a princípio, na qualidade de mero assessor em comissão do alcaide. A apuração deste desvio, principiológico ou fraudatório, pode decorrer de indícios, tanto legislativos (atribuições exclusivas de puro assessoramento aos Secretários Municipais), quanto casuísticos (demonstração de que o nomeado não exerce de fato as funções que lhe foram cominadas).

A segunda tela de antijuridicidade promana da incidência de nepotismo transversal ou cruzado (*p.ex.: Prefeito "A" nomeia filho de vereador "B" em troca de nomeação de seu parente "C" pelo vereador "B"*), passível de demonstração por via de provas, ainda que indicativas. Obviamente, em subversões de tal jaez devemos sempre ter que *"a Lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso, o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente, porém tão viciada quando a outra. Isto sucede exatamente quando a Administração, em nome do exercício de atividade discricionária, vai além do que a lei lhe permitia e, portanto, igualmente ofende"⁴.*

² *Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 30ª ed., 2013, p. 54.*

³ *LIMA, Alvino. A fraude no direito civil. São Paulo: Saraiva, 1965.*

⁴ *Celso Antônio Bandeira de Mello. Ob.cit., p. 981-982.*

De forma a solidificar o entendimento acima externado, merece destaque a contundente e importante decisão proferida pelo STF, na qual, enfrentando a insurgência de parentes de Prefeito, nomeados como Secretários e retirados do cargo por supostas práticas de nepotismo, estabeleceram-se os seguintes contornos sobre a questão:

*"De fato, a não-aplicação da Súmula 13 ao caso concreto resulta dos elementos fáticos postos à consideração do julgador. Em nenhum momento esta Corte pré-excluiu a aplicação da Súmula Vinculante 13 aos agentes políticos. A vedação ao nepotismo é a todo cargo e função de confiança. No caso dos cargos de natureza política, a nomeação de parentes pode ser tolerada desde que realizada sem fraude a lei ou princípio... A referida súmula deixa claro ser manifestamente inconstitucional os atos que, praticados com desvio de finalidade, objetivam frustrar a imperiosidade dos princípios regentes da administração. No caso presente, conforme farta demonstração decorrente da prova documental acostada aos autos, ficou perfeitamente demonstrado o desvio de finalidade... Sem prejuízo de nova apreciação por ocasião do julgamento do mérito, parece-me que o acórdão reclamado está em consonância com o disposto na Súmula Vinculante 13. Os fatos relatados efetivamente indicam violações graves aos princípios da moralidade e da impessoalidade. Neste juízo cautelar, não verifico razão para aplicar a exceção do agente político..."*⁵

Dessa forma, como se observa, é de todo incorreto afirmar que o Supremo Tribunal Federal admite, de forma irrestrita e livre de quaisquer questionamentos, a nomeação de parentes para cargos políticos, em especial, Secretários de Estado, Municipais ou funções equivalentes. Isto porque, a devida investigação de seus precedentes leva às seguintes conclusões, apresentadas de forma breve e sintetizadas:

- (i) O verbete sumular n.º 13 do STF se aplica aos casos de livre nomeação em cargos de comissão envolvendo a prática de nepotismo;
- (ii) Pouco importa perquirir sobre a capacidade técnica do nomeado para a assunção da função, porquanto o verbete resguarda a isonomia e moralidade em seus lindes mais amplos e irrestritos, influenciada pela ótica de supremacia da probidade administrativa;
- (iii) *A priori*, não incide o óbice em relação à nomeação de familiares dos Chefes do Executivo na qualidade de Secretários de Poder, eis que os mesmos ostentariam a virtual qualidade de agentes políticos adstritos a um regime administrativo diferenciado de vínculo estatal; e

⁵ STF. Ministro Joaquim Barbosa na Medida Cautelar em Reclamação n.º 9098, julgada em 16/11/2009. Com as mesmas ressalvas em relação à Súmula Vinculante n. 13: Rcl 9075 MC, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em 05/10/2009, publicado em 13/10/2009 e Rcl 8452, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 03/10/2009, publicado em 19/10/2009.

(iv) Todavia, a abstrata previsão do item anterior não impede que os pormenores fáticos de um processo possam indicar a utilização espúria da nomeação de familiares para cargos adstritos a agente político como máscara ilícita de um reprovável nepotismo, ensejando a nulidade judicial do ato e responsabilização dos envolvidos por fraude à lei, violação a princípios ou troca de favores na modalidade cruzada.

3. SOBRE A POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO MAIS ABRANGENTE DA MATÉRIA ENVOLVENDO NEPOTISMO POR ENTE FEDERATIVO MUNICIPAL.

Neste tópico, travar-se-á a análise da possibilidade de Município estipular uma regulamentação mais abrangente, por meio de lei, a respeito da incidência dos efeitos da proibição do nepotismo, além daqueles já constantes da redação da Súmula Vinculante n.º 13, englobando vedação à mencionada prática também para os casos de cargos políticos.

Como exemplo prático – mas que servirá como modelo-paradigma para se analisar hipoteticamente e em tese qualquer situação envolvendo regulamentação mais abrangente do nepotismo – traz-se a previsão constante da Lei Orgânica do Município de Lins, cidade do interior do Estado de São Paulo, especificamente no *parágrafo único* do artigo 80-A, que, nos seguintes termos, aduz:

“Art. 80-A - É vedada a nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores, ou de servidor da mesma pessoa jurídica, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública Municipal direta e indireta, inclusive fundacional, dos poderes Executivo e Legislativo, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, por violar a Constituição Federal.

Parágrafo único: A vedação prevista no “caput” deste artigo é extensiva à nomeação para cargos políticos das autoridades mencionadas”.

Da leitura do dispositivo, sobremaneira de seu parágrafo único, percebe-se, portanto, que no Município de Lins encontra-se vedada a prática do nepotismo também nos casos de nomeação de cargos políticos, aí entendidos os componentes do Secretariado Municipal.

Tal vedação, como cediço, é mais ampla do que a contida na Súmula Vinculante n.º 13 do C. Supremo Tribunal Federal, e, conforme já visto, pela interpretação pacífica do Supremo Tribunal Federal, como regra não se aplica para a nomeação de cargos de natureza política, assim entendidos os de Secretários, por exemplo.

Ocorre que, como também já mencionado alhures, referida súmula encontra guarida, em especial, nos Princípios da Moralidade e Impessoalidade, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, e não em nenhum outro dispositivo constitucional expresso ou em lei infraconstitucional. Dessa forma, tem-se em nível nacional o patamar mínimo de vedação de nomeação para cargos públicos de livre provimento e exoneração.

No exemplo em discussão (o qual, reitera-se, servirá como modelo hipotético de análise para qualquer situação envolvendo regulamentação mais abrangente do nepotismo) a matéria do nepotismo é clara e literalmente tratada na Lei Orgânica Municipal, trazendo norma mais ampla do que a existente em nível nacional e estadual. Em outras palavras a norma infraconstitucional municipal foi além da interpretação sumular, expandindo, no âmbito da localidade em que vigora, o campo de configuração do nepotismo, para alcançar também cargos políticos.

Pois bem. Cediço é que o artigo 37, inciso I, da Constituição Federal dispõe que “*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*”. Outrossim, o artigo 39, § 3º da Carta Política acrescenta que “*lei poderá instituir requisitos diferenciados para admissão no cargo quando a sua natureza o exigir*”. A Constituição do Estado de São Paulo, por sua vez, também aborda a matéria, reproduzindo aquela previsão em seu artigo 115, inciso I.

Ocorre que, nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, aí entendidas as questões afetas aos seus servidores, de modo que a Constituição lhes confere atribuição para legislar, dentre outros, sobre os critérios para provimento dos cargos de livre nomeação e exoneração.

E, nessa linha, foi exatamente o que fez o parágrafo único do artigo 80-A da Lei Orgânica Municipal, dispondo expressamente sobre a matéria, e prescrevendo que não é possível, no Município de Lins, a prática do nepotismo no que tange a nomeação para cargos políticos. Dita Lei Municipal disciplinou, em maior detalhe, portanto, aspectos da vedação ao nepotismo, procurando traçar os parâmetros do conceito que são próprios do Município.

Assim, a princípio e em teoria, estando dentro da competência legislativa municipal, pode ele instituir situação mais gravosa para nomeação dos cargos políticos. E, havendo na Lei Orgânica

a proibição expressa de nomeação de familiares do agente político superior, competirá o chefe do Poder Executivo o dever de assim não proceder, em homenagem ao Princípio da Legalidade.

Todavia, considerando o contexto narrado, a questão que convém avaliar é se o conceito de nepotismo poderia ou não “*variar conforme a localidade*”, de modo a possibilitar, a cada ente federativo municipal, estabelecer condições para a sua configuração diferenciadas de um padrão geral previamente estabelecido e aceito medianamente pela sociedade.

Sobre o tema, de se frisar que não nos parece razoável pensar, por mais que seja da competência municipal dispor sobre assuntos de interesse local e de que possa fixar quesitos para o ingresso em cargo junto à Administração, que alguém possa enquadrar determinada admissão no serviço público como favoritismo em um lugar e negar tal conceito em outro, mesmo estando diante do mesmo fato, por conta da diversidade de previsões legais aplicáveis à espécie. Um exemplo seria um servidor em 4º grau de parentesco ser condenado por nepotismo em uma cidade e assim não ser considerado em outra.

O conceito de nepotismo, ou de moralidade e impessoalidade (que estão assentados no artigo 37, *caput*, da CF e são aplicáveis a toda Administração Pública, a nível federal, estadual e municipal), não demonstra e/ou permite regionalidades, devendo ser tido como um conceito ampla e nacionalmente aceito, sob pena de configurar-se uma inconstitucionalidade, em especial porque se está a tratar de matéria que implica restrição de direitos ao ingresso no serviço público e graves consequências pessoais para os enquadrados na vedação.

Nessa linha, parece ser esse o caminho que se tem trilhado pelos nossos Tribunais, em especial o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tem-se, a exemplo, o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 0196970-22.2013.8.26.0000, onde Lei do Município de Assis, de iniciativa do Poder Legislativo, que estendia a vedação do nepotismo para parentes até o quarto grau, foi julgada inconstitucional por exorbitar em suas funções legiferantes. Note-se:

*DIREITO CONSTITUCIONAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
LEI MUNICIPAL PROIBIÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE PARENTES ATÉ O
QUARTO GRAU, NAS LINHAS RETA E COLATERAL, CONSANGUÍNEOS E
AFINS, DO PREFEITO, VICE-PREFEITO MUNICIPAL, SECRETÁRIOS
MUNICIPAIS, VEREADORES E DOS DIRETORES DE AUTARQUIAS,
EMPRESAS PÚBLICAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DE ASSIS,
PARA CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO OU CARÁTER
TEMPORÁRIO INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA A LIMITAÇÃO
IMPOSTA (IMPOSSIBILIDADE DE NOMERAR-SE PARENTES ATÉ O 4º GRAU)
IMPLICA NUMA DISFARÇADA INTERFERÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO NA*

LIVRE ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO, NÃO AUTORIZADA PELO ARTIGO 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES) ADEMAIS, POR CONTAR O MUNICÍPIO EM QUESTÃO COM UMA PEQUENA DENSIDADE DEMOGRÁFICA, A LIMITAÇÃO IMPOSTA DIFICULTA A CONTRATAÇÃO DE PESSOAS QUALIFICADAS PARA OS CARGOS COLOCADOS À DISPOSIÇÃO POR FIM, O EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO ESTABELECE O LIMITE DE ATÉ TERCEIRO GRAU NA SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 13, PAUTOU-SE EM CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE QUE VÃO AO ENCONTRO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSTANTES NO ARTIGO 37, "CAPUT", DA CARTA MAGNA AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N.º 306, DE 15 DE OUTUBRO DE 2013, DO MUNICÍPIO DE ASSIS.

(TJ-SP - ADI: 01969702220138260000 SP 0196970-22.2013.8.26.0000, Relator: Xavier de Aquino, Data de Julgamento: 05/02/2014, Órgão Especial, Data de Publicação: 21/03/2014).

Ante o exposto, parece que o Poder Judiciário tem trilhado o caminho de que o conceito de nepotismo não deveria “variar conforme a localidade”, sendo que os precedentes judiciais parecem apontar para a impossibilidade de ente federativo municipal estipular uma regulamentação mais abrangente a respeito da incidência dos efeitos da proibição do nepotismo, além daqueles já constantes da redação da Súmula Vinculante n.º 13, em especial, no que concerne a vedação também para os casos de cargos políticos,

Aliás, aproveitando o ensejo, interessante lembrar que eventual questionamento quanto à constitucionalidade de lei municipal perante o Tribunal de Justiça Estadual que carregue consigo a ampliação do conceito de nepotismo não se poderia se basear simplesmente no quanto fixado na precitada Súmula do STF. Isso, por haver entendimento de que o parâmetro do controle de constitucionalidade pela via abstrata, concentrada e direta de lei ou ato normativo municipal é a Constituição Estadual, conforme artigo 125, § 2º, CF, razão pela qual se afiguraria indevido o seu contraste meramente com Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, como observação adicional, mas, novamente, não menos importante, vale frisar que outras maiores discussões que tem sido levadas ao Poder Judiciário encabeçam a discussão sobre a legitimidade para iniciativa de projetos de lei que visam regulamentar o conceito de nepotismo em cada esfera de governo, dado o conflito entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido tramita no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, Recurso Extraordinário que objetiva fixar a natureza jurídica da norma instituidora do regramento do nepotismo, ou seja, se a iniciativa do projeto de lei seria de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, *in verbis*:

“Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos termos seguintes: “CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. CARGOS PÚBLICOS. RESTRIÇÃO À INVESTIDURA EM CARGOS COMISSIONADOS. ‘NEPOTISMO’. LEI DE INICIATIVA DO LEGISLATIVO LOCAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.

1. Embora constitucional, materialmente, a restrição à investidura de parentes em cargos em comissão, banindo o chamado ‘nepotismo’, conforme proclamou o STF (ADIn 1.521-4-RS, Rel. Min. Marco Aurélio), tratando-se de matéria respeitante ao regime jurídico dos servidores do Município, a iniciativa do processo legislativo competente, consoante o modelo nacional, obrigatório para Estados e Municípios (ADIn 872-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), ao Chefe do Executivo. 2. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE” (fl. 70).

2. O Recorrente alega que o acórdão recorrido teria contrariado os arts. 5º, inc. XIII, 29, 37, caput, I e II, e 125 da Constituição da República.

3. A matéria constitucional cuidada refere-se à natureza jurídica da regra legislativa municipal cujo objetivo é impedir a prática do nepotismo no âmbito da Administração Pública local. O Tribunal a quo entendeu que se trataria de alteração do regime jurídico dos servidores públicos, matéria sobre a qual o Prefeito teria competência exclusiva para iniciar o processo legislativo. O Recorrente, por sua vez, sustenta que a lei municipal apenas definiria limites à atuação dos poderes públicos, razão pela qual não haveria vício de iniciativa.

4. Entendo que o tema, além de transcender aos interesses das partes, apresente relevância necessária para o reconhecimento da repercussão geral.

5. Pelo exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário, em razão do pleno atendimento do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil e submeto-a à apreciação dos Pares deste Supremo Tribunal”

(RE 570.392-RG/RS, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 29.11.2007).

A iniciativa legiferante, pois, a nosso ver – não obstante o posicionamento firmado pela douta Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da já mencionada ação direta de inconstitucionalidade nº 0196970-22.2013.8.26.0000, distinguindo entre requisitos e condições para o ingresso no serviço público, inclinando-se pela existência de competência concorrente entre os Poderes Executivo e Legislativo nesse segundo caso – é do Chefe do Poder Executivo, a quem compete fixar parâmetros e requisitos/condições para admissão de pessoal da Administração Pública. Mas, salienta-se e reitera-se, a matéria ainda pende de discussão, em sede de repercussão geral, ainda em tramitação junto à Corte Suprema.

4. CONCLUSÃO.

Enfim, considerando tudo o quanto foi exposto, impõe estabelecer, de maneira sucinta e sem qualquer pretensão de esgotar o debate sobre a matéria ora objeto de debate, algumas premissas conclusivas acerca dos tópicos tratados no presente trabalho.

Nesse sentido:

(I) *'Nepotismo'*, em sua acepção atual, significa o favorecimento ou patronato de familiar ou grupos familiares no âmbito público (leia-se, Poder Judiciário, Legislativo e Executivo), mediante facilitação de nomeações em comissão ou por designação de funções de confiança em detrimento dos vetores axiológicos consagrados no ordenamento jurídico pátrio; sendo expressamente vedada sua prática nos termos da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal.

(II) Após análise do conteúdo dos julgamentos causadores da edição da Súmula Vinculante n.º 13, e após intensas altercações entre seus Ministros, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível, em tese, a nomeação de cônjuge, companheiro ou parentes de Chefes do Executivo para o exercício da função de cargos políticos, em especial, Secretários de Governo.

(III) Todavia, em que pese a interpretação da jurisprudência atual, vale ressaltar que no julgamento paradigma realizado pelo STF a maioria dos pares adotou essa linha com reservas e diante das especificidades exclusivas do precedente, abstendo-se de endossar a absoluta impossibilidade de ocorrência de nepotismo na aludida nomeação; sendo essencial e fundamental, pois, o exame caso a caso para verificar, a luz dos elementos fáticos concretos, se houve fraude à lei, violação a princípio ou nepotismo cruzado, qualificando-as como exceções aptas a ensejar a anulação do ato por ofensa à Súmula Vinculante n.º 13.

(IV) Diante dos princípios da legalidade, impessoalidade e da moralidade, e na linha da tendência jurisprudencial no sentido de não se admitir que lei venha a tornar mais ampliativa a proibição de nepotismo nos termos ora debatidos, entendemos que o conceito de nepotismo não deve “variar conforme a localidade”, de modo que cada ente municipal pudesse estabelecer condições para a sua configuração que não atendam a um padrão geral, medianamente aceito pela sociedade. Não nos parece razoável pensar, por mais que seja da competência municipal dispor sobre assuntos de interesse local e de que possa fixar quesitos para o ingresso em cargo junto à Administração, que alguém venha enquadrar determinada admissão no serviço público como favoritismo em um lugar e negar tal conceito em outro, mesmo estando diante do mesmo fato, por conta da diversidade de previsões legais aplicáveis à espécie. Não parece, enfim, ser essa a teleologia constitucional do artigo 37, donde aquele o preceito retira seu fundamento, sendo certo que a justificativa que o enreda não demonstra regionalidades, devendo ser tido sob as vestes de um conceito ampla e nacionalmente aceito, sob pena de configurar-se uma inconstitucionalidade, em especial porque se está a tratar de matéria que implica restrição de direitos ao ingresso no serviço público e graves consequências pessoais para os enquadrados na vedação, que não merece interpretação ampliativa desregrada e sujeita a vicissitudes desta ou daquela localidade.

5. REFERÊNCIAS:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 30ª ed., 2013.

HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva. [CD-ROM]. 2009.

LIMA, Alvino. A fraude no direito civil. São Paulo: Saraiva, 1965.

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 6.650-PR, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 16.10.2008.

Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Reclamação n.º 9098, Ministro Joaquim Barbosa, j. 16.11.2009.

Supremo Tribunal Federal. Rcl 6702 MC-AgR/PR. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 04.03.2009.

Supremo Tribunal Federal. RE 570.392-RG/RS, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 29.11.2007.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.951-4/RN. Relator Ministro Ricardo Lewandowisk, j. 24.10.2008.

Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 13, aprovada em 21 de agosto de 2008.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ADI - SP 0196970-22.2013.8.26.0000, Relator: Xavier de Aquino. Data de Julgamento: 05/02/2014, Órgão Especial, Data de Publicação: 21/03/2014.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Reexame Necessário nº 0264444-49.2009.8.26.0000-Vinhedo, Rel. Des. Aroldo Viotti, da 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 21/05/13.