



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE NOMEAÇÃO DE MINISTROS E
SECRETÁRIOS EM RAZÃO DO NEPOTISMO

Pedro Campos de Azevedo Freitas

Rio de Janeiro
2017

PEDRO CAMPOS DE AZEVEDO FREITAS

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE NOMEAÇÃO DE MINISTROS E
SECRETÁRIOS EM RAZÃO DO NEPOTISMO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2017

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE NOMEAÇÃO DE MINISTROS E SECRETÁRIOS EM RAZÃO DO NEPOTISMO

Pedro Campos de Azevedo Freitas

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O espaço de discricionariedade do administrador público não se confunde com um espaço de arbitrariedade. É possível ao Poder Judiciário exercer o controle de atos administrativos no âmbito de discricionariedade do administrador com base no princípio da juridicidade. Dessa maneira, justifica-se o controle de atos de nomeação de pessoas para assumir cargos em comissão e funções de confiança, conforme se revela pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. Embora a jurisprudência e parte da doutrina entendam que não seja possível o controle de nomeação de pessoas para assumirem cargo de agente político, o objetivo deste trabalho é abordar tal possibilidade de configuração. O fundamento para tanto é não configuração de tais cargos como agentes políticos e, principalmente, a interpretação sistemática da CRFB/88 a partir da inelegibilidade do art. 14, §7º, que veda o nepotismo também para tais nomeações, mesmo que sejam encarados como agentes políticos.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Administrativo. Controle dos atos do Chefe do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Nepotismo.

Sumário – Introdução. 1. Fundamento da vedação ao nepotismo no ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da moralidade. 2. Vedação ao nepotismo: a extensão e suas formas. 3. Nepotismo nos cargos políticos: a interpretação constitucional sistemática. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a extensão da vedação ao nepotismo aos atos administrativos de nomeação de cargos políticos, como Ministros e Secretários, e a consequente possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

Nos últimos anos, a população brasileira tem assistido a sucessivos e cada vez mais chocantes escândalos de corrupção de seus “legítimos” representantes, com o suposto

envolvimento de Chefes do Poder Executivo e Parlamentares da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em vista disso, é crescente o movimento para alcançar efetivamente os anseios de moralidade e impessoalidade no exercício da função pública. Embora não se confunda com a “corrupção em sentido estrito”, o nepotismo voltou à tona. Essa prática violadora principalmente do princípio da moralidade administrativa já foi tema principal do noticiário nacional do ano de 2005, com a edição da Resolução nº 7 do CNJ, até 2008, quando foi editada a Súmula vinculante nº 13 pelo STF.

No entanto, o combate à corrupção de uma maneira geral, aliado à busca de maior moralidade no atuar daqueles que exercem a função pública, trazem um tema controverso sobre o limite da possibilidade de controle de atos administrativo em razão do nepotismo: a nomeação de parentes e cônjuges para cargos políticos como Ministros do governo federal e Secretários dos governos estaduais e municipais.

O presente trabalho, assim, enfoca a importância da compreensão sobre o conteúdo da vedação ao nepotismo em toda a administração pública nacional, de modo a zelar principalmente pelo princípio da moralidade administrativa, compreendendo os limites do alcance dessa proibição.

Para melhor compreensão do tema, inicia-se, no primeiro capítulo, pela definição do arcabouço principiológico contido na Constituição Federal de 1988, especificando o princípio da moralidade, e desenvolvimento de um esboço histórico da vedação ao nepotismo no cenário brasileiro recente.

Sucedem-se, no segundo capítulo, no estabelecimento do conceito de nepotismo, enumeração das suas modalidades e definição dos seus limites atuais, tecendo-se comentários sobre o controle judicial exercido sobre os demais Poderes, além do próprio Judiciário.

Por fim, no terceiro capítulo, expõe-se a atual compreensão sobre a não vedação ao nepotismo nos cargos políticos, criticando-a para compreender a possibilidade concreta de controle judicial também para esses casos.

A pesquisa emprega a metodologia do tipo qualitativa, descritiva e bibliográfica, de forma a condensar os conhecimentos já consolidados em doutrina e jurisprudência sobre o tema e a possibilitar o avanço para uma hipótese que até então está fora dos limites de controle.

1. FUNDAMENTO DA VEDAÇÃO AO NEPOTISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Muito se tem falado sobre corrupção e suas diversas formas de manifestação¹. Seja no sentido lato ou no sentido estrito, é certo que o tema ganha grande relevância em um momento conturbado no cenário nacional².

Diversamente do desvio de dinheiro público, outras formas de corrupção no cotidiano³ têm gerado reações da sociedade. Desde notícias sobre compra de votos até estacionar irregularmente em vagas de idosos ou deficientes, as conversas da população são dominadas por esses temas, gerando indignação e reflexão. Também o nepotismo se insere nesse contexto de comoção social pela mudança de paradigma.

Embora não haja consenso sobre a sua origem etimológica⁴, o sentido denotativo⁵ de nepotismo é “favorecimento a parentes ou amigos”. Genericamente, portanto, não há uma vinculação do instituto ao setor público ou privado, tampouco há uma única forma de manifestação.

O conceito debatido no presente trabalho é, entretanto, específico. O nepotismo abordado é o favorecimento a parentes ou amigos realizado no âmbito da administração pública, direta ou indireta, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Não é difícil perceber que essa prática é de longa data, remontando aos tempos do descobrimento⁶.

A título de exemplo, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União⁷ fornece o seguinte conceito:

¹ O GLOBO. *Confira 15 práticas de corrupção cotidianas*. Disponível em: <http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/confira-15-praticas-de-corrupcao-cotidianas/nao-dar-nota-fiscal-21135.html#description_text>. Acesso em: 04 abr. 2017.

² BRASIL. Ministério Público Federal. *Entenda o caso*. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

³ BARBA, Mariana Della. *Lista aponta 10 'práticas de corrupção' do dia a dia do brasileiro*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121024_corrupcao_lista_mdb.shtml>. Acessado em: 04 abr. 2017.

⁴ RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a sv 13. *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, Rio Grande do Sul, Ano I, n. 2, abr./jun., p. 121-142, 2014, p. 123.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 7. Ed. Curitiba: Positivo; 2008. p. 576.

⁶ ROCHA apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 12*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 05 abr. 2017. p. 20

⁷ BRASIL. *Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-publico/nepotismo/perguntas-e-respostas#nepo1>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

[...] a prática pela qual um agente público usa de sua posição de poder para nomear, contratar ou favorecer um ou mais parentes, sejam por vínculo da consanguinidade ou da afinidade, em violação às garantias constitucionais de impessoalidade administrativa.

Assim, é perceptível que esse conceito sugerido é bem mais restrito que aquele genérico. Seja pelo fato de referir-se somente às relações no âmbito da administração, seja por estabelecer quais formas de manifestação de nepotismo estão abrangidas.

A postura social frente ao tema mudou gradualmente com o passar do tempo. Além de moralmente mais reprovável, há exemplos de vedações legais ao nepotismo que remontam ao tempo do Império⁸ e outras mais recentes, como a Lei nº 8.112/91⁹.

Atualmente, o nepotismo é uma prática vedada. Sua proibição, no entanto, não é expressa na CRFB/88, mas decorre de interpretação dos princípios da moralidade e da impessoalidade, insculpidos no art. 37¹⁰. Ambos são princípios constitucionais setoriais¹¹, caracterizados pela sua aplicação específica e limitada à administração pública.

O princípio da impessoalidade, como constata José dos Santos Carvalho Filho¹², deve ser entendido como “a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial”. Como decorrência do princípio geral da isonomia, a impessoalidade deve ser observada tanto na igualdade formal e material – a administração deve dispensar o mesmo tratamento para as pessoas em idêntica situação jurídica e tratamento diferenciado quando houver distinção razoável no caso concreto – quanto no atendimento do interesse público – vedando-se o tratamento diferenciado em razão de interesse particular do administrador em favorecer certas pessoas ou em prejudicar outras.

Ao seu lado, está o princípio da moralidade. Marçal Justen filho¹³ apresenta-o como a “exigência de compatibilidade da atividade administrativa com os valores éticos

⁸ O art. 38 da Lei de 1º de outubro de 1828 enuncia “Nenhum Vereador poderá votar em negocio de seu particular interesse, nem dos seus ascendentes, ou descendentes, irmãos, ou cunhados, enquanto durar o cunhadio. Igualmente não votarão aquelles, que jurarem ter suspeição.” In. BRASIL. *Lei de 1º de outubro de 1828*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-1-10-1828.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁹ O art. 117, inciso VIII, da Lei n. 8.112/1990 estabelece que: “Art. 117. Ao servidor público é vedado: (...) VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil”. In. BRASIL. *Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 326.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 20-22.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 203.

genericamente considerados” e entende que “exige (...) que assegure a toda a comunidade a obtenção de vantagens justas”. Nesse mesmo sentido, Carvalho Filho¹⁴ compreende-o como a imposição “que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar em sua conduta”.

Dessarte, é compreensível que tal princípio imponha ao administrador atuar como um “bom administrador”, ou seja, realize seu mister pautado na boa-fé, honestidade e em busca única e exclusivamente ao atendimento do interesse público.

Não se pode olvidar que o Neoconstitucionalismo¹⁵, fruto do pós-positivismo, se caracteriza, principalmente, pela atribuição de força normativa às constituições, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. A identificação das normas constitucionais como normas jurídicas – regras ou princípios – possibilitou, além de ser parâmetro de validade e de interpretação das normas infraconstitucionais, a aplicabilidade direta e imediata da constituição¹⁶.

Dessa forma, esses princípios não são meros fundamentos constitucionais dos quais as leis concretizarão seus preceitos. Esses princípios não podem ser identificados como normas não autoaplicáveis¹⁷, em que seria necessária lei que concretizasse seu conteúdo para que tivessem eficácia.

Embora sejam compreendidos como normas de texto aberto, configurando mandados de otimização¹⁸ em que se objetiva um fim público, sem a indicação dos meios a serem utilizados, os princípios possuem uma estrutura interna que se subdivide em núcleo e área não nuclear. Esta é a área de conformação do legislador ordinário sobre os limites de aplicação e, por isso, seus efeitos são considerados indeterminados. De outro modo, o núcleo refere-se a todos os efeitos determinados e lógicos decorrentes do princípio¹⁹, possuindo um comando objetivo e de aplicação direta – tal qual uma regra.

É dessa área nuclear dos princípios da moralidade e da impessoalidade que decorre a norma de vedação ao nepotismo. Não se faz necessária qualquer norma legal que estabeleça tal vedação, pois a própria norma constitucional – princípio – possui efeito de proibir tal

¹⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 22.

¹⁵ BARROSO, op. cit., p. 266.

¹⁶ Ibid., p. 198.

¹⁷ Ibid., p. 213.

¹⁸ Ibid., p. 204-212.

¹⁹ Id. Ação declaratória de constitucionalidade: vedação ao nepotismo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, nº 4. Dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-4-DEZEMBRO-2005-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2017. p. 11.

conduta. O fato de o legislador ordinário tratar do instituto com contornos mais específicos somente reforçará o que a norma constitucional já impõe.

Com base nisso e aprofundando o tema, Luís Roberto Barroso²⁰ nos mostra que os princípios, tal qual as regras, são dotados de eficácia jurídica que pode ser direta, interpretativa e negativa. Esta última pode ser sintetizada como o efeito de “paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão”, estando também os atos jurídicos administrativos sujeitos ao seu efeito.

O Supremo Tribunal Federal²¹, por mais de uma vez, já se pronunciou nesse sentido. Invalidou atos administrativos praticados em violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade com base no princípio da juridicidade, que permite o controle da validade e legitimidade desses atos. No julgamento do RE 579951²², na sistemática da repercussão geral, estabeleceu o raciocínio expressamente.

Especificamente em relação à vedação ao nepotismo, o STF se pronunciou no julgamento da ADC 12²³, em 20 de agosto de 2008. Por unanimidade, foi declarada a constitucionalidade da Resolução nº 7/05 do CNJ, sendo firmado o entendimento de que a norma proibitiva do nepotismo tem fundamento e aplicação direta da Constituição Federal, estando a resolução meramente declarando-a.

Posteriormente, com o intuito de deixar claro o conteúdo da vedação constitucional, editou a Súmula vinculante nº 13²⁴, em 21 de agosto de 2008. Por essa, explicitou que a norma decorrente dos princípios da moralidade e impessoalidade prevista na CRFB/88 vincula todas as administrações, seja direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal.

²⁰ Id. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 319.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 23.789-5 MARANHÃO*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86021>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 579.951-4 Rio Grande do Norte*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 12*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº. 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

2. VEDAÇÃO AO NEPOTISMO: A EXTENSÃO E SUAS FORMAS

Conforme já explanado, o STF nos julgamentos da ADC 12 e do RE 579951, ambos pelo Tribunal Pleno, identificou que a vedação ao nepotismo decorre do texto constitucional a partir da interpretação e aplicação direta dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, localizados no art. 37, *caput*, da CRFB/88.

Identificou também que não é necessária legislação ordinária que discipline a matéria dado que a norma constitucional é autoaplicável. Não afastou, no entanto, a possibilidade de o legislador elaborar normas específicas sobre o tema²⁵²⁶.

Em seu sentido mais amplo, o nepotismo pode ser encarado como qualquer violação do princípio da moralidade administrativa e da impessoalidade na gestão administrativa, pois seu significado seria de “favorecimento a parentes ou amigos”. Abarcaria, por exemplo, as possibilidades de benefício em licitações e em contratações diretas (inexigibilidade ou dispensa de licitação) das sociedades em que parentes de servidores públicos (vitalícios, efetivos ou de cargo em comissão) sejam sócios. Nesse sentido, a Resolução nº 7 de 2005 do CNJ veda tal contratação no art. 2º, incisos V e VI e §§3º e 4º, além de no art. 3º, bem como o faz o Decreto nº 7.203 de 2010 no art. 3º, §3º, e no art. 7º, aplicável à administração pública federal.

No sentido jurídico e mais específico, nepotismo é compreendido como o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego na administração pública, direta ou indireta, em detrimento da avaliação de mérito, objetiva, impessoal e isonômica, para o exercício da função pública. Com vistas a explicitar qual seria essa vedação propriamente, o STF editou a Súmula vinculante nº 13, nos seguintes termos:

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.

²⁵ Nesse ponto, o STF no Julgamento do RE 570392, pelo Tribunal Pleno, reconheceu que a iniciativa de lei sobre nepotismo na administração pública não é privativa do Chefe do Poder Executivo.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 570392 Rio Grande do Sul*: Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7797457>>. Acesso em: 23 out. 2017.

Embora a segurança jurídica exija a delimitação dos casos em que se dá tal vedação, o STF não pretendeu esgotar todas as hipóteses fáticas nesse enunciado²⁷. Isso é percebido tanto pelos debates durante a sessão para aprovação do enunciado da súmula vinculante²⁸, quanto pela própria jurisprudência do STF em julgados posteriores²⁹³⁰.

É percebido, portanto, que a Súmula vinculante nº 13 tão somente faz referências ao provimento de cargo em comissão e de função de confiança. No entanto, o instituto da vedação ao nepotismo é aplicável, via de regra, nas relações da Administração Pública com seus Agentes Públicos de direito³¹.

Desse modo, os Agentes Públicos de direito podem ser: (i) agentes políticos; (ii) servidores públicos; e (iii) Particulares em colaboração.

Os Agentes Políticos “são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público”³². São caracterizados, via de regra, por serem investidos na função pública por meio de eleição e pela transitoriedade do mandato eletivo. Como são o objetivo principal do presente artigo, serão tratados pormenorizadamente no próximo capítulo.

Os Particulares em colaboração são grupo heterogêneo de particulares que executam certas funções públicas especiais, configurando verdadeiro *múnus* público³³. Por ser um grupo variado, o vínculo jurídico prévio com o Estado dependerá de qual particular se esteja falando³⁴.

²⁷ É impossível que um único enunciado curto preveja todas as hipóteses fáticas em que há violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Nem mesmo a legislação, da forma mais pormenorizada possível, traria todas as possíveis hipóteses de violação dos princípios administrativos. Isso é bastante perceptível ao se analisar a art. 2º, IV, da Resolução nº 7 de 2005 do CNJ e o art. 3º, II, Decreto nº 7.203/2010, que estabelecem que há violação da vedação ao nepotismo na hipótese de contratação de servidor temporário. Esses casos, por exemplo, não estão previstos na redação da súmula vinculante nº 13.

Essa análise, portanto, é deixada para o caso concreto com todas as suas peculiaridades. Isso é tão claro que o art. 8º do Decreto nº 7.203/10 estabeleceu que os casos omissos na legislação demandarão análise particular.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Debate e aprovação da Súmula vinculante nº 13*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13__Debates.pdf>.

Acesso em: 09 set. 2017.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 31697*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5568219>>. Acesso em: 09 set. 2017.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 15451*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569813>>. Acesso em: 09 set. 2017.

³¹ Os Agentes Públicos podem ser de direito ou de fato, conforme tenham ou não vínculo jurídico com o Estado para o exercício da função pública. A vedação ao nepotismo está voltada para a formação de vínculo entre o Estado e o Agente Público de direito, pois a atuação do Agente Público de fato decorre da prática de atos sem qualquer vínculo formal dessa pessoa com o Estado.

³² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 620.

³³ *Ibid.*, p. 621.

³⁴ Os Mesários das eleições e os Jurados do tribunal do júri são escolhidos em razão do vínculo de cidadania. Os Titulares de cargos de notas e de registro não oficializados (art. 236 da CRFB/88) tem seu vínculo precedido por

Por fim, servidores públicos “são todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das funções públicas de natureza autárquica”³⁵.

Na esteira das lições de Marçal Justen Filho³⁶, o art. 37, II, da CRFB/88 estabelece como regra que a investidura em cargo público ou emprego público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, sempre de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei ordinária. Dessa forma, tutelou de maneira expressa o princípio da moralidade administrativa, da impessoalidade e da isonomia, estabelecendo critério objetivo para ingresso de pessoas como servidores públicos. Como exceção, há os casos de nomeação para cargo em comissão no próprio art. 37, II, da CRFB/88 e de servidores temporários no art. 37, IX, da CRFB/88.

É perceptível, portanto, que a CRFB/88, em vista de tutelar a moralidade, a impessoalidade e a isonomia, estabeleceu critérios objetivos para o ingresso de uma pessoa como Agente Público de direito. Para os casos dos Servidores públicos há o concurso público e para os particulares colaboradores há licitação ou até mesmo concurso público.

No entanto, esses critérios possuem exceções em que fica acentuado o papel da discricionariedade do administrador. São os casos de contratação direta (sem licitação) e os casos em que não há concurso público para ingresso como servidor público (cargo em comissão e servidor público temporário³⁷). Nessas duas hipóteses é que se analisa a atuação da vedação ao nepotismo decorrente diretamente dos princípios constitucionais³⁸.

Conquanto seja mais abrangente, a vedação ao nepotismo tal qual estabelecida na Súmula vinculante nº 13 do STF abrange justamente esses dois casos: a escolha do Servidor

concurso público. As concessionárias e permissionárias de serviços públicos tem seu vínculo estabelecido por meio de licitação prévia.

³⁵ Ibid., p. 624.

³⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 953.

³⁷ Há a possibilidade de identificação de nepotismo na contratação de servidor público temporário. Em situação de atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da CRFB/88, a contratação de servidor temporário também estará limitada pela vedação ao nepotismo, o qual não estará caracterizado quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo (não é concurso público, mas um processo seletivo simplificado). Tanto é assim, que há previsão nesse sentido no art. 2º, IV e §2º, na Resolução nº 7 de 2005 do CNJ e do art. 3º, II, do Decreto nº 7.203/10.

³⁸ A discricionariedade administrativa para a contratação direta esbarra no arcabouço principiológico do art. 37, *caput*, da CRFB/88, e, portanto, também na vedação ao nepotismo. Mesmo que inexigível ou dispensada a licitação, serão aplicáveis os princípios da moralidade e impessoalidade, impondo a justificativa da escolha do contratado com base em motivos concretos e objetivos. A juridicidade impede a transmutação da discricionariedade administrativa em arbitrariedade, vinculando as escolhas do administrador também ao interesse público, restringindo o âmbito do puro subjetivismo.

público vitalício ou efetivo que exercerá a função de confiança (gratificada) e do particular (que não é previamente servidor público) que for nomeado para cargo em comissão³⁹.

Particularmente em relação ao conteúdo estrito dessa súmula vinculante, é importante salientar que ficou estabelecido um critério objetivo para identificação do nepotismo. Esse se dará no caso de autoridade administrativa competente para a nomeação ou que possa exercer influência para tal nomeação (exercendo ascendência hierárquica sobre aquele que possua essa competência) nomear seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau⁴⁰.

Neste ponto é preciso destacar as duas modalidades de nepotismo existentes⁴¹: (i) nepotismo direto; e (ii) nepotismo cruzado ou recíproco ou transverso.

O nepotismo direto se dá propriamente no caso de uma autoridade administrativa nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau para cargo em comissão ou função de confiança sob sua subordinação. Além disso, fica configurado quando a autoridade administrativa, mesmo não tendo competência para nomear, exerce ascendência hierárquica sobre a pessoa que tem tal competência. Exemplo da primeira situação é Ministro que nomeia seu filho para seu assessor e da segunda situação é o Ministro que exerce ascendência hierárquica sobre seu chefe de gabinete para que este nomeie o filho dele, Ministro, como assessor.

O nepotismo cruzado (recíproco ou transverso) se dá no caso de ajuste prévio entre duas autoridades administrativas com competência pra nomeação para cargos em comissão e função de confiança para exercerem escolhas combinadas em que cada uma nomeará o familiar da outra. Exemplo disso seria “o parente da autoridade ‘A’ seria nomeado pela autoridade ‘B’ e o parente da autoridade ‘B’ seria nomeado pela autoridade ‘A’⁴².

Cumprido destacar, por fim, que a jurisprudência⁴³ identificou quatro requisitos objetivos (que devem ser compreendidos como hipóteses fáticas) trazidos pela Súmula

³⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 953.

⁴⁰ Entretanto, não é a pura existência de relação familiar nos moldes da súmula que identifica a proibição. A vedação ao nepotismo não se presta a excluir os familiares de uma autoridade administrativa da atuação como agentes públicos, mas se presta a preservar a isonomia na escolha da pessoa com maior capacidade técnica para ocupar posição na administração pública. Caso o Agente público não tenha competência para nomear nem tenha ascendência hierárquica para exercer influência na nomeação ou seja de hierarquia inferior ao cargo em comissão a ser ocupado por seu familiar (art. 4º, II, do Decreto nº 7.230/2010), não haverá presunção de nepotismo.

⁴¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 645.

⁴² É nesse sentido que a Súmula vinculante nº 13 estabelece ao prever como vedada a nomeação direta e compreendida também “o ajuste mediante designações recíprocas”.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 807383 AgR Santa Catarina*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13327817>>. Acesso em: 10 set. 2017.

Vinculante nº 13 do STF, quais sejam: (i) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante (nepotismo direto); (ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada (nepotismo direto); (iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante (nepotismo direto); e (iv) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada (nepotismo cruzado).

3. NEPOTISMO NOS CARGOS POLÍTICOS: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SISTEMÁTICA

Conforme já mencionado, há a incidência, em regra, da vedação ao nepotismo para a nomeação de agentes públicos de direito. No entanto, a incidência dessa vedação aos agentes políticos merece maior análise.

Inicialmente, é preciso ressaltar que o STF tem jurisprudência – que pode se dizer pacífica⁴⁴ - no sentido de que não é aplicável a vedação ao nepotismo – e, por consequência, a Súmula vinculante nº 13 – aos agentes políticos⁴⁵. Excepcionalmente, o próprio tribunal reconhece possível a anulação do ato de nomeação desses agentes caso fique comprovada fraude à lei, nepotismo cruzado ou a absoluta inaptidão e completo despreparo pela falta de qualificação técnica necessária ao desempenho das funções do cargo a que foi nomeado.

O fundamento básico dessa posição do tribunal se dá pela diferenciação entre a espécie dos agentes políticos e os demais agentes públicos. Nos julgados que serviram de base para a criação da súmula vinculante nº 13, o STF chegou à conclusão de que é possível ao Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal nomear seus cônjuges, companheiros e parentes para os cargos políticos, especificamente no caso de Ministros e Secretários, pois estes seriam “cargos políticos”, não meramente “cargos estritamente administrativos”.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RcL 26303 TA Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000316422&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁵ Essa posição do Colendo Tribunal Superior vem se consolidando desde os julgamentos da ADC 12 e do RE 579.951.

Prevalece doutrinariamente⁴⁶ que os agentes políticos são aqueles a quem incumbem as competências políticas fundamentais do Estado, criando e executando os melhores meios para que o ente público atinja seu fim, qual seja, o bem comum. O que caracteriza, portanto, é o desempenho de função política⁴⁷ no sentido de serem os formadores da vontade e forma de atuação do Estado.

A multiplicidade de maneiras de organizar a administração e as infinitudes de nomes que podem ser atribuídos aos cargos somente possibilitam a caracterização geral dessas agentes. A identificação desses agentes, portanto, deve ser feita caso a caso, já que é controversa e impossível uma previsão genérica sobre quais cargos exercem funções políticas.

Por excelência, no entanto, é possível elencar como agentes políticos os Chefes do Poder Executivo em nível Federal, Estadual, Distrital e Municipal –Presidente da República, Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Prefeito – e os integrantes do Poder Legislativo – Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores.

Esses agentes têm por características comuns: a transitoriedade do exercício da função pública, marcadamente pela limitação temporal dos mandatos eletivos, e o fato de serem alçados a tais cargos por meio do voto popular em eleições.

A Jurisprudência⁴⁸ reconheceu, ainda, que os Ministros e os Secretários, auxiliares diretos dos Chefes do Poder Executivo, também são agentes políticos. Embora não tenham a mesma relação com o exercício da função pública e vinculação com a representatividade decorrente de eleição direta pelo povo, esses cargos são componentes da cúpula do Poder Executivo e compõem o governo exercido pelo Presidente, Governadores e Prefeitos.

Em relação à análise da vedação ao nepotismo aos agentes políticos, é preciso ressaltar que a sua importância se dá justamente em relação aos Ministros e Secretários. A escolha dos Chefes do Poder Executivo ou dos integrantes do Poder Legislativo passa primeiramente pelo filtro da eleição direta pela população e pelas demais regras constitucionais e legais sobre inelegibilidades, possuindo tratamento próprio que dispensa a aplicação da súmula vinculante nº 13. Além disso, as inelegibilidades do art. 14, § 7º, da

⁴⁶ Não se pode olvidar da posição de Hely Lopes Meirelles para o qual são agentes políticos os integrantes do “primeiro escalão” da administração, abrangendo todos os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), além do Ministério Público. Adota, portanto, um conceito amplo de agente público, o qual não é agasalhado pela maioria da doutrina. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 80.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 892.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RcL 7590*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7236608>>. Acesso em: 26 set. 2017.

CRFB/88 já são expressão do próprio princípio republicano, que abarca a moralidade, impessoalidade e igualdade, evitando-se a apropriação do público pelo privado.

A análise da aplicação seja da vedação ao nepotismo de maneira ampla, seja do enunciado da súmula vinculante nº 13 se dá, portanto, em relação aos Ministros e Secretários, já que são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, decorrendo exclusivamente da discricionariedade deste.

Dessa forma, como são escolhidos unicamente pelo Chefe do Poder Executivo respectivo, sem qualquer procedimento anterior que garanta a lisura da escolha, tal qual ocorre nos cargos em comissão e função de confiança já tratados, há controvérsia sobre a incidência da vedação ao nepotismo.

Conforme já se falou, a posição do STF é no sentido de que não há tal incidência para os cargos políticos (salvo para casos especiais⁴⁹), somente aplicando-se para os cargos estritamente administrativos.

Dessa maneira, há duas possibilidades para que seja revertido o entendimento: (i) a compreensão de que os Ministros e Secretários não são cargos políticos em si; ou (ii) a compreensão de que mesmo os cargos políticos, em que não há eleição direta popular ou precedência de procedimento isonômico, objetivo e impessoal (como concurso público), há a vedação ao nepotismo decorrente da interpretação sistemática do texto constitucional.

A primeira opção é possível desde que se adote um conceito ainda mais restrito de agentes políticos. Seria possível, assim, adotar a classificação de Marçal Justen Filho⁵⁰, entre “Agentes políticos” e “Agentes não políticos”. Estes últimos são compreendidos da seguinte maneira:

Os agentes não políticos são aqueles investidos de funções estatais que não compreendem, na sua essencialidade, poderes de natureza política. É inquestionável que os agentes não políticos exercem uma função que também apresenta alguma natureza política, no sentido de que todo sujeito que atua como órgão estatal, sob vínculo de direito público, é um representante do povo. Mas a natureza das atribuições desses agentes é mais acentuadamente vinculada à aplicação do direito e à promoção de atividades necessárias à satisfação dos direitos fundamentais. Sua função essencial não consiste em identificar e traduzir a vontade do povo, nem em formular as decisões fundamentais inerentes à soberania.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 968674 AgR Santa Catarina*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13336627>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 898.

Percebe-se que os Ministros e Secretários estão mais próximos dos Agentes não políticos do que dos Agentes políticos. Sua característica mais próxima destes é a transitoriedade da sua atuação, pois está aliada à confiança depositada pelo próprio detentor do mandato eletivo (este sim o verdadeiro agente político).

De outra forma, nada mais são que uma espécie de cargo em comissão a que o Chefe do Poder Executivo deposita sua estrita confiança, escolhidos por livre nomeação, demissíveis *ad nutum*. São agentes não políticos, pois não são representantes diretos do povo (não são eleitos) e realizam atuação de assessoramento do Chefe do Poder Executivo na respectiva pasta que ocupem.

Assim, compreendendo que são agentes não políticos, estariam incluídos na classificação do STF como “cargos estritamente administrativos”, ou seja, estariam abarcados justamente pela vedação ao nepotismo.

Mesmo que assim não se entenda e se mantenha a compreensão de que são agentes políticos, é devida a incidência da vedação ao nepotismo, conforme analisa a segunda opção.

Seus cargos, como já mencionado, são de livre nomeação e destituição pelo Chefe do Executivo, ou seja, há uma discricionariedade do agente público nomeante na escolha das pessoas para ocuparem tais cargos. Essa discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, pois o princípio da juridicidade é uma limitação impedindo a transmutação em arbitrariedade administrativa⁵¹.

O STF analisou a questão no RE 579.951, afastando a incidência do princípio da moralidade do art. 37 da CRFB/88, compreendendo que há disposições próprias na CRFB/88 para tratar dos Ministros (e, por simetria, dos Secretários estaduais, distritais e municipais). Mesmo que se afirme que tais cargos não são estritamente administrativos, não estando subordinados ao art. 37 da CRFB/88, há que se interpretar a CRFB/88 de maneira sistemática e coesa.

A CRFB/88 estabelece que o Brasil é uma democracia representativa, ao prever no art. 1º, parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Além disso, adota a

⁵¹ Em razão da força normativa dos princípios, a Constituição Federal impõe limites ao exercício de competências discricionárias. Dessa forma, não se sustenta a tese de que o art. 37, II, parte final, da CRFB/88 atribui ao administrador competência discricionária incondicionada para prover e exonerar os cargos em comissão e as funções de confiança. Essa suposta discricionariedade se traduziria em competência arbitrária que violaria toda a evolução do direito administrativo, como a vinculação de todas as competências à realização do interesse público e a vedação de escolhas derivadas do puro subjetivismo do administrador.

forma republicana de governo, da qual decorre o princípio republicano⁵² que norteia toda a CRFB/88. Assim, a República Federativa do Brasil é uma democracia representativa em que o Povo detém todo poder e atribui por meio do voto a legitimidade para que certas pessoas atuem em seu nome.

Não se pode perder de vista que a escolha de Ministros de Estado – e por simetria de Secretários – somente se dá em relação aos brasileiros maiores de vinte e um anos e que estejam no exercício dos direitos políticos, conforme o *caput* do art. 87 da CRFB/88. Dentre os direitos políticos, está o direito político de ser votado, âmbito do qual surgem as inelegibilidades.

Nesse sentido, há que se perceber uma situação completamente inusitada pela não incidência da vedação ao nepotismo à nomeação de Ministros e de Secretários: a inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da CRFB/88.

Essa previsão é muitas vezes encarada como a vedação ao cônjuge, companheiro e parente em linha reta, colateral e afins até o segundo grau em se candidatar. Todavia, há que se perceber que a inelegibilidade é também uma vedação à atuação do Povo.

As inelegibilidades, mesmo que sejam uma restrição da capacidade eleitoral passiva de um determinado cidadão, são uma limitação constitucional ao poder do próprio povo de exercer a capacidade eleitoral ativa. Nenhum cidadão alistável poderá votar em uma pessoa que se insira na hipótese do art. 14, §7º, da CRFB/88, ou seja, o povo não poderá votar no cônjuge, companheiro e parente em linha reta, colateral e afins até o segundo grau do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Assim, se essas pessoas não poderão se candidatar para serem representantes diretos do Povo e se esse mesmo Povo não pode atribuir a essas pessoas o cargo de representante dele mesmo, como poderia o Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital ou Municipal – que nada mais é que um representante do Povo – possuir a prerrogativa de nomear essas pessoas para cargo de Ministro ou de Secretário. É uma questão de poderes implícitos, em que se àquele que pode o mais (“o povo”) é vedado, com muito mais razão é vedado ao que pode o menos (“o Chefe do Poder Executivo eleito”).

⁵² O princípio republicano importa em separação estrita entre o público e o privado, proibindo-se quaisquer práticas que levem a captura da máquina estatal por interesses privados, particulares, fora do interesse público primário.

O princípio republicano, portanto, aliado à ideia de democracia representativa e à interpretação sistemática da constituição, estabelecem a vedação ao nepotismo mesmo para os cargos de Ministro ou Secretário, ainda que sejam compreendidos como agentes políticos. Mesmo que a vedação não tenha fundamento na aplicação do art. 37 da CRFB/88, a aplicação da inelegibilidade do art. 14, §7º, da CRFB/88 fundamenta a vedação ao nepotismo no âmbito de nomeação de Ministros e, por simetria, de secretários.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa científica buscou elaborar um panorama sobre a possibilidade de controle judicial de atos administrativos de nomeação de Ministros ou Secretários em razão do nepotismo. A problemática essencial identificada é o confronto entre a interpretação sistemática da CRFB/88 e o atual estágio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, analisou, inicialmente, o cenário atual da sociedade brasileira. Constatou que essa sociedade demanda cada vez mais uma postura da administração pública mais alinhada ao respeito da moralidade. Constatou-se que a separação do Estado das famílias é objetivo da CRFB/88 para todas as interações da administração com os cidadãos. Analisou-se que as relações do Estado com a Sociedade são guiadas por parâmetros impessoais e isonômicos, atendendo ao princípio republicano.

Em seguida, percebeu-se que, mesmo nos casos em que não haja um escrutínio isonômico para a interação do Estado com particulares, será necessária observância da moralidade administrativa. Isso é inconteste desde a edição da Súmula Vinculante nº 13 do STF para os casos dos cargos em comissão e das funções de confiança, em que o preenchimento decorre da discricionariedade do administrador.

Com base nisso, analisou-se o atual estágio da jurisprudência do STF. Expôs-se que, embora os cargos de Ministros e de Secretários sejam considerados agentes políticos, há espaço para consideração em contrário, em que é possível a aplicação da vedação ao nepotismo.

O principal argumento deste trabalho, no entanto, se dá no sentido de que, mesmo que sejam considerados como agentes políticos, a vedação ao nepotismo se impõe. Não terá fundamento no art. 37 da CRFB/88, mas na interpretação sistemática da CRFB/88. Do mesmo modo que não é possível ao Povo votar em parentes do Chefe do Poder Executivo em razão

da inelegibilidade do art. 14, §7º, da CRFB/88, não será possível a esse mesmo Chefe nomear para cargo de Ministro ou de Secretário esses parentes.

O ponto fundamental do argumento é perceber que se, a partir das inelegibilidades previstas no art. 14 da CRFB/88, é vedado ao Povo, detentor de todo o poder político, eleger parentes de Chefes do Poder Executivo naquela circunscrição territorial para cargos de representação direta, também é vedado a esse Chefe do Poder Executivo nomear tais parentes inelegíveis para cargos de Ministro ou Secretários. Isso se aplicará seja no caso de nepotismo direto, seja no caso de nepotismo cruzado.

Dessa forma, a presente pesquisa demonstrou que é possível o controle de atos de nomeação de Ministros e Secretários em razão do nepotismo, não sendo mais justificável, no atual estágio da CRFB/88, o pensamento contrário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 12*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 579.951-4 Rio Grande do Norte*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em: 05 abr. 2017. BRASIL.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a sv 13. *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, Rio Grande do Sul, Ano I, n. 2, abr./jun., p. 121-142, 2014.