



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – FD

Pedro Paes de Andrade Banhos

A PROIBIÇÃO DO NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Brasília – DF
2016

PEDRO PAES DE ANDRADE BANHOS

A PROIBIÇÃO DO NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

Brasília – DF

2016

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito – FD

PEDRO PAES DE ANDRADE BANHOS

A PROIBIÇÃO DO NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Banca Examinadora:

Prof. Doutor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto – Orientador
FD/UnB

Prof. Mestre Nicolau Dino de Castro e Costa Neto – Examinador
FD/UnB

Prof. Doutor André Macedo de Oliveira – Examinador
FD/UnB

Prof. Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão – Suplente
FD/UnB

Apresentação em: 28 de junho de 2016

Ao meu avô, Antônio Paes de Andrade
(*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Sérgio Banhos e Isabel Paes de Andrade Banhos, por estarem sempre ao meu lado. Nessa jornada – que está apenas começando – foram vocês a minha fonte de inspiração para o que se define como vida. Cada um, com suas particularidades, conseguiu me ajudar a compreender melhor o mundo e a clarear o incerto caminho da juventude. Admiração e felicidade são palavras que descrevem, com precisão, o que sinto por vocês. Muito obrigado.

Agradeço, ainda, ao meu melhor amigo, meu irmão, Tiago Paes de Andrade Banhos. Nossa semelhança, física e comportamental, é tamanha que as diferenças são apenas formas para engrandecer nossa amizade. Tenho enorme admiração por sua pessoa e aprendo, todos os dias, novas perspectivas da vida ao seu lado.

Sou muito grato ao meu orientador, excelente profissional e, acima de tudo, amigo, Professor Doutor Tarcísio Vieira de Carvalho. Os seus ensinamentos, suas brilhantes ideias e seu admirável conhecimento jurídico foram indispensáveis no enfrentamento do presente desafio. Muito obrigado por sua dedicação despendida em toda minha trajetória na Universidade de Brasília (UnB), na orientação nos meus estágios e nas recomendações para os meus próximos desafios acadêmicos e profissionais.

Agradeço à Professora e Historiadora Maria Filomena Coelho, pelas lições históricas sobre o tema, bem como à Patrícia Paes de Andrade e à Marcela Oliveira pela colaboração na revisão do presente estudo. Aos demais amigos e amigas que me apoiaram ao longo da elaboração dessa monografia, muito obrigado.

Agradeço às minhas referências na vida profissional. Ao Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos e a todos os integrantes do escritório Caputo Bastos & Fruet. Com esse time, no meu primeiro estágio, rompi a barreira entre a teoria e a prática, desenvolvi meus conhecimentos, fiz grandes amizades e, sobretudo, descobri os passos para a excelência na advocacia.

Agradeço também ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes e a todos os integrantes de seu Gabinete no Supremo Tribunal Federal, em especial, aos Doutores Sérgio Ferreira Victor, Luciano Felício Fuck, Celso de Barros Correia Neto, Jurandi Borges Pinheiro, Marco Túlio Magalhães, e às Doutoradas Ana Paula Zavarize Carvalhal e Beatriz Bastide Horbach. Vocês me motivaram na busca incessante pelo conhecimento. Foi nesse ambiente inspirador que o Direito Constitucional se tornou minha base, pessoal e profissional, que tanto desejo ver aprimorar com o Mestrado. Desejo, no futuro, ser capaz de transmitir as lições ensinadas por vocês a outros jovens. Muito obrigado pelos debates jurídicos e pela parceria.

Por fim, agradeço ao Professor e amigo, Doutor André Macedo de Oliveira, e a todos os integrantes do escritório Barbosa, Müssnich & Aragão (BMA), em especial ao Giovani Menicucci e à Sarah Roriz. Com vocês, iniciarei, em breve, a digna, honrosa e apaixonante profissão da advocacia. Muito obrigado pela confiança, pelo apoio e pela diária motivação nessa árdua e gratificante tarefa.

Muito obrigado a todos que tive e tenho a oportunidade de conviver na trajetória da vida.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar o conteúdo jurídico do nepotismo na Administração Pública. O fenômeno do nepotismo está arraigado na história e na cultura brasileira e se perpetua no mundo contemporâneo. Em vista desse cenário, busca-se, a partir de uma análise de julgados apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, compreender a construção jurisprudencial que inaugurou o entendimento acerca da vedação ao nepotismo na Administração Pública. Sob a ótica do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do Direito Administrativo, ambos alvos de reflexões no decorrer do estudo, pode-se dizer que a noção contemporânea de vedação ao nepotismo advém da própria Constituição de 1988. Nessa perspectiva, serão pontuadas considerações sobre a Súmula Vinculante n. 13, editada em 2008 pelo Supremo Tribunal Federal, que teve a função determinante de regulamentar as nomeações desenfreadas de parentes para cargos públicos. Nesse sentido, verificar-se-á que a aplicabilidade e o alcance da referida Súmula permanece, até os tempos atuais, revestida de alguma incerteza. Assim, pretende-se examinar, criticar e tecer contribuições para melhor prevenir e combater as práticas nepotistas, tudo em respeito à meritocracia e aos princípios da moralidade, da impessoalidade, da proporcionalidade, do interesse público e da eficiência, sob o prisma do Direito contemporâneo.

Palavras-chave: Nepotismo. Vedação. Nomeação de Parentes. Administração Pública. Súmula Vinculante n. 13. Cargos Administrativos. Cargos Políticos. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This study aims to analyze the legal content of nepotism in Public Administration. The nepotism phenomenon is rooted in Brazil's history and culture and it is still perpetuated in the contemporary world. Given this scenario, this paper seeks, through case study analysis, to comprehend the jurisprudential constructs, that led the Brazilian Supreme Court to introduce the concept of anti nepotism rules in Public Administration. From the standpoint of neo-constitutionalism and the constitutionalization of Administrative Law, both objects of consideration throughout this study, it can be said that the current notion of anti nepotism rules stems from the Brazilian Constitution of 1988 itself. From this perspective, this study will present considerations on the binding legal precedent (*Súmula Vinculante*) n. 13, edited in 2008 by the Brazilian Supreme Court, which had the essential regulatory function of restricting the appointment of relatives to public positions. To that end, the applicability and the extent of the referred *Súmula* remains, to this day, shrouded in uncertainty, as will be demonstrated throughout this paper. Thus, through the point of view of contemporary law, this study intends to examine, criticize and make several contributions to better prevent and restrict nepotistic practices, respecting the meritocratic system and within the principles of morality, impartiality, proportionality, public interest and efficiency.

Key-words: Nepotism. Anti nepotism rules. Appointment of Relatives. Public Administration. Binding legal precedent (*Súmula Vinculante*) n. 13. Administrative positions. Political positions. Constitutional principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	-	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AMB	-	Associação dos Magistrados Brasileiros
APPA	-	Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina
Art.	-	Artigo
CF	-	Constituição Federal
CNJ	-	Conselho Nacional de Justiça
EC	-	Emenda Constitucional
Inc.	-	Inciso
MPRJ	-	Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
MPSP	-	Ministério Público do Estado de São Paulo
MS	-	Mandado de Segurança
N.	-	Número
RE	-	Recurso Extraordinário
STF	-	Supremo Tribunal Federal
TCM	-	Tribunal de Contas do Município
TJRN	-	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte
TJRS	-	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TRT	-	Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 NOÇÕES DE APROXIMAÇÃO: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	13
2 O ATIVISMO JUDICIAL	23
3 NEPOTISMO: PERSPECTIVA HISTÓRICA E PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CORRELATOS	29
4 A VEDAÇÃO AO NEPOTISMO NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA	37
4.1 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.521	38
4.2 MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.780	41
4.3 RESOLUÇÃO N. 7 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	42
4.4 AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 12	43
4.5 RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 579.951	49
4.6 SÚMULA VINCULANTE N. 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	53
4.7 AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N. 6.650	54
4.8 MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N. 8.625	56
4.9 MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N. 12.478	57
4.10 RECLAMAÇÃO N. 17.102	59
5 REFLEXÕES SOBRE OS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	63
5.1 A VEDAÇÃO AO NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ATUAÇÃO ATIVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	63
5.2 O ALCANCE DA SÚMULA VINCULANTE N. 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS NOMEAÇÕES DE PARENTES PARA CARGOS DE NATUREZA POLÍTICA	66
5.3 A CASUÍSTICA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS EFEITOS NO ENFRENTAMENTO DO NEPOTISMO	70
5.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DA VEDAÇÃO AO NEPOTISMO.....	73
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou analisar a construção histórica, doutrinária e jurisprudencial da vedação ao nepotismo nas nomeações de parentes para o exercício de cargos administrativos e políticos na Administração Pública brasileira.

No primeiro capítulo, os fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do Direito Administrativo são os pontos de partida para o desenvolvimento do estudo. Assim, analisou-se o papel central assumido no mundo contemporâneo pela Constituição Federal (CF), destacando que a centralização e a aplicação das normas constitucionais, no âmbito do Direito Administrativo, modificaram a relação entre a Administração Pública e os seus administrados.

Portanto, para melhor enfrentamento do tema, e reconhecendo que o neoconstitucionalismo alterou a interpretação constitucional e intensificou o debate entre doutrinadores, foram expostas respeitáveis correntes doutrinárias que tratam, de maneira contrapostas, o movimento do novo Direito Constitucional.

O segundo capítulo, por sua vez, abarcou o fenômeno do ativismo judicial, tecendo considerações sobre os limites da atuação jurisdicional na concretização de princípios constitucionais. Nesse capítulo, pretendeu-se demonstrar que o exercício impróprio dos intérpretes do Direito expandiu fronteiras e se tornou prática recorrente no Poder Judiciário. Assim, serão debatidos os papéis institucionais assumidos pelos Poderes Legislativo e Judiciário na regulamentação de direitos e na imposição de restrições à sociedade.

No terceiro capítulo, sob um viés histórico, examinou-se a cultura política do nepotismo, a qual se originou na Idade Média, ganhou novos contornos no Brasil Colônia e continua a se manifestar, plena de sentido, na contemporaneidade. Foi possível verificar que não é de hoje que determinados agentes públicos utilizam de suas inerentes influências políticas para nomear parentes, muitas vezes sem qualquer preocupação com a qualificação técnica, para o exercício de cargos na Administração Pública.

Com o objetivo de melhor compreender o fenômeno do nepotismo – em uma perspectiva histórica, evitando-se anacronismos – foram expostos conceituados entendimentos sobre o nepotismo, para evidenciar que a prática de privilégios de origem familiar na Administração Pública se contrapõe diretamente com o princípio republicano e com a Democracia.

Nesse ínterim, abordou-se a importância dos princípios no Direito Administrativo, reconhecendo que a utilização dos princípios constitucionais administrativos – tais como os princípios da impessoalidade, da moralidade, da legalidade, da eficiência e da igualdade – foi determinante para a construção jurisprudencial da vedação ao nepotismo.

O quarto capítulo aproximou-se do objetivo central do presente estudo: verificar como a jurisprudência vem tratando, ao longo dos anos, as nomeações de parentes para o exercício de cargos administrativos (cargos comissionados e funções de confiança) e cargos políticos no Brasil.

Verificou-se daí que o Supremo Tribunal Federal (STF) assumiu relevante papel na construção e evolução jurisprudencial da vedação ao nepotismo, bem como foi possível constatar que aquela Corte firmou o entendimento no sentido de que tal proibição decorre diretamente dos princípios constitucionais administrativos, extraídos do *caput* do art. 37 da CF de 1988.

No início do quarto capítulo, foram expostas as diferentes modalidades de cargos e agentes públicos para melhor compreender, em momento próprio, as características das nomeações de parentes para cargos administrativos e políticos no Brasil. Em seguida, fez-se o exame de julgados relevantes, destacando-se as principais premissas fixadas pelo STF sobre o tema.

No último capítulo, tem-se reflexões e considerações sobre os julgados analisados no decorrer do estudo, para melhor exame do conteúdo jurídico do nepotismo.

A primeira reflexão diz respeito à atuação supostamente ativista do STF ao regulamentar a vedação ao nepotismo na Administração Pública. Na segunda, questionou-se o real alcance da Súmula Vinculante n. 13 e sua aplicabilidade aos agentes políticos. Na terceira, a partir de pesquisa empírica, analisou-se a postura casuística do STF ao examinar casos que envolvam nepotismo. Por último, a quarta reflexão abordou as circunstâncias em que, em razão da inexistência de nepotismo propriamente dito no caso concreto, a flexibilização da proibição do nepotismo se faz necessária.

Diante do exposto, pretendeu-se, com o presente estudo, explorar o alcance, a aplicabilidade e a eficácia da Súmula Vinculante n. 13, bem como compreender, de forma crítica, o entendimento jurisprudencial firmado pelo STF nas nomeações de parentes para cargos administrativos e políticos no Brasil.

1 NOÇÕES DE APROXIMAÇÃO: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Nos últimos anos, o novo Direito Constitucional passou por momentos de transição. Fenômenos como a materialização da Constituição, a normatividade, expansão e aplicabilidade direta dos princípios constitucionais, bem como o desenvolvimento da argumentação jurídica por meio da ponderação como técnica de decisão, fizeram com que o Direito Constitucional reformulasse sua concepção, devendo-se ressaltar que a nova perspectiva é, por muitos doutrinadores, alvo de crítica.

Gilmar Ferreira Mendes ensina que:

[...] com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio ordenamento jurídico¹.

Por sua vez, Luís Roberto Barroso, ao tratar sobre os marcos do novo Direito Constitucional, esclarece que:

O marco teórico do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro [...] foi o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. [...] A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica².

Com efeito, observa-se que o novo Direito Constitucional trouxe consigo modificações estruturantes que posicionaram a Constituição no centro das questões, ou seja, no cerne de todos os ramos do Direito, sendo possível até mesmo afirmar que houve o fenômeno da centralização da Constituição. Em sendo assim, deve-se mencionar o preciso

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

² BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31.

entendimento de Canotilho sobre o fenômeno, no qual ensina que “a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição”³.

Nessa perspectiva, Luís Roberto Barroso descreve que a Constituição Federal (CF) de 1988 e o processo de redemocratização foram marcos fundamentais para a aproximação do Direito Constitucional aos demais ramos do Direito. Esclarece com precisão esse fenômeno ao dizer que:

No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. [...] A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo sistema jurídico. [...] No direito administrativo, a constitucionalização produziu mudanças doutrinárias e jurisprudenciais importantes, que incluíram a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, a vinculação do administrador à noção mais ampla de juridicidade e não apenas à lei e a possibilidade de controle de mérito do ato administrativo, com base em princípios como razoabilidade, moralidade e eficiência⁴.

Assim sendo, constata-se que o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo surge, entre outros motivos, a partir da centralização e aplicação das normas constitucionais na atuação da Administração Pública.

Por sua vez, Gustavo Binbenbom menciona que os direitos fundamentais extraídos de princípios e regras constitucionais – tratados pelo autor como vetores axiológicos – foram determinantes para a constitucionalização do Direito Administrativo. Em suas palavras:

Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa e (IV) admitirem um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo⁵.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 836.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 32-34.

⁵ BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**: livro comemorativo dos 25 anos do magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 507.

Desse modo, pode-se afirmar que o entrelaçamento dos valores do Direito Constitucional com o Direito Administrativo fez com que fosse superado o dogma da onipotência da lei, implicando, assim, na vinculação – direta e indireta – da Administração Pública aos princípios constitucionais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro⁶.

Em acréscimo, Gustavo Binenbojm ensina que “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”⁷.

Entretanto, o mesmo autor, em outra passagem, adverte que a constitucionalização do Direito Administrativo pode assumir seu lado negativo, no momento em que “deixa de ser um movimento de releitura de institutos e conceitos básicos à luz dos princípios constitucionais, para se tornar um processo gradativo e avassalador de incorporação da legislação ordinária ao texto da Constituição”⁸.

Não por outra razão que o fenômeno da constitucionalização do Direito pode ser tratado, por outros doutrinadores, como a tentativa de constitucionalizar todos os casos jurídicos. Nesse sentido, Jorge Galvão defende que o “fenômeno da constitucionalização do Direito [...] nada mais é do que a caracterização de todos os casos jurídicos como casos constitucionais em virtude do efeito irradiador do texto fundamental [...]”⁹.

De mesmo modo, faz-se necessário, a título de debate, destacar o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito:

Designa-se como 'constitucionalização do direito' um fenômeno novo. Trata-se da aplicação direta e imediata das normas constitucionais pelo juiz no equacionamento dos casos concretos, pondo-se de lado a legislação infraconstitucional cabível (sem que ocorra a declaração de inconstitucionalidade desta). Esse posicionamento é, todavia, condenável. Tal menosprezo à lei (já apontado) contraria, por um lado, a separação dos poderes, por outro, a própria democracia. A separação dos poderes, porque o juiz se substitui ao legislador e é função deste densificar os princípios constitucionais e intermediar pela regulamentação que edita a sua aplicação a casos concretos. A democracia, porque ele faz do juiz um governante, não tendo, contudo, legitimidade para tanto¹⁰.

⁶ Gustavo Binenbojm defende que “talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. [...] A filtragem constitucional do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional” In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**: livro comemorativo dos 25 anos do magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 516-517.

⁷ Ibidem, p. 515.

⁸ Idem, p. 535

⁹ GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. **Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167,

Portanto, após analisar criticamente as diferentes correntes que tratam da constitucionalização do Direito, não há dúvidas de que esse fenômeno, no âmbito do Direito Administrativo, foi relevante para o desenvolvimento da relação entre a Administração Pública e os seus administrados.

No entanto, como já pontuado por alguns doutrinadores, deve-se ressaltar que a constitucionalização do Direito pode ser prejudicial ao próprio ordenamento jurídico, quando se verificar que o intérprete está aplicando o direito com criatividade exacerbada e sem a devida fundamentação e argumentação jurídica. Faz-se essa observação a fim de se evitar, nas palavras de Gustavo Binbenjy, a “ordinarização da própria Constituição”¹¹, ou melhor, “uma constitucionalização às avessas”¹².

Assim, ao verificar que o movimento do novo Direito Constitucional modificou a interpretação constitucional e intensificou o debate entre doutrinadores, faz-se necessário promover uma abordagem crítica dos pontos e contrapontos existentes entre as diferentes correntes doutrinárias que tratam da matéria.

Inicialmente, o neoconstitucionalismo se desenvolveu em momento histórico, cuja reaproximação do Direito e da Ética se fazia necessária.

Luís Roberto Barroso destaca que “o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa Continental, foi o constitucionalismo pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a CF de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar”¹³.

Em outra passagem, o mesmo autor esclarece que:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética¹⁴.

jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/2923>>. Acesso em: 21 maio 2016.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**: livro comemorativo dos 25 anos do magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 535.

¹² Ibidem, p. 535.

¹³ Idem. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 30.

¹⁴ Idem; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

Nessa perspectiva, a redefinição do Direito Constitucional se deu a partir da interpretação de valores, princípios e regras – elementos da nova hermenêutica constitucional – com base na teoria dos direitos fundamentais e na dignidade humana.

Não por outra razão, Luís Roberto Barroso defende que:

[...] os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. [...] O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade¹⁵.

Na contemporaneidade, pode-se observar, portanto, que os princípios se tornaram elementos de unificação do ordenamento jurídico, uma vez que “tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”¹⁶.

Em complemento, Luís Roberto Barroso, ao comparar o modelo tradicional e a ideal interpretação constitucional, esclarece que:

O modelo tradicional [...] foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto¹⁷.

O referido entendimento deve ser analisado com ressalvas. Isso porque a tentativa de realização da justiça do caso concreto pode, em algumas circunstâncias, gerar injustiças, vez que a argumentação jurídica¹⁸, a partir de princípios – normas abertas com aplicação direta – enseja alta subjetividade ao intérprete.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 121-122.

¹⁶ *Ibidem*, p. 122-123.

¹⁷ *Idem*; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

¹⁸ Luís Roberto Barroso sustenta que “o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida”. In: *Idem*.

Em outras palavras, a margem de subjetividade do intérprete, somada à textura aberta dos princípios e à falta de fundamentação jurídica adequada, pode ser capaz de ferir, direta ou indiretamente, princípios e regras constitucionais, seja na microjustiça (caso concreto), seja na macrojustiça (ordenamento jurídico e terceiros)¹⁹.

Ainda assim, Luís Roberto Barroso, ao tratar do papel aplicador do direito, afirma que:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador²⁰.

Em contraposição, abordando a temática sob outra perspectiva, Humberto Ávila, em seu conceituado estudo sobre as funções das regras e dos princípios²¹ no ordenamento jurídico brasileiro, ensina que a teoria do neoconstitucionalismo possui certas imprecisões. Por motivos que serão explicados em sequência, o referido autor defende que o neoconstitucionalismo pode ser caracterizado como “um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”²².

Em primeiro lugar, Humberto Ávila, analisando a CF de 1988, concluiu que a estrutura constitucional é composta, primordialmente, por regras, ao invés de princípios. Adverte, portanto, que “a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição de regras”²³.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 677-680.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

²¹ Segundo Humberto Ávila, “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. In: AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 78-79. v. 1.

²² Ibidem. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

²³ Humberto Ávila explica que “tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de “analítica”, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de

Em segundo lugar, esclarece o referido autor que as regras possuem funções essenciais em uma sociedade, no sentido de “estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração”²⁴.

Por essa razão, sustenta-se que o aplicador do direito não está autorizado a desprezar regras sob alegação de que estas “não representam o melhor meio para 'otimizar' princípios constitucionais, quer, ainda, sob o argumento de que toda regra infraconstitucional deve ser sustentada pela ponderação entre princípios constitucionais colidentes”²⁵.

Em brilhante passagem, Humberto Ávila explica que:

As regras, em outras palavras, servem de instrumento de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir. A inexistência de regras implica a existência de conflitos de coordenação, conhecimento, custo e controle de poder. Não se afastam as regras sem se afastarem os problemas que elas ajudam a resolver. Em outras palavras, a desconsideração das regras implica uma forma de injustiça. Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, desprezando justiça geral em favor da justiça particular²⁶.

Nesse momento, é notória a distinção entre o entendimento de Luís Roberto Barroso e Humberto Ávila. Em breves palavras, nas ideias do primeiro autor, valoriza-se a interpretação e concretização de princípios na busca da melhor solução ao caso concreto e, assim, atingir a realização da justiça. Por outro lado, o segundo adverte que o aplicador do direito deve privilegiar a segurança jurídica ao aplicar normas previstas no ordenamento jurídico e respeitar a justiça geral em prol da justiça do caso concreto.

Em sendo assim, da mesma forma que o neoconstitucionalismo enseja questionamentos acerca das diferentes funções entre regras e princípios, também são feitas indagações quanto ao papel do intérprete na fundamentação de suas decisões. Nos dizeres de Humberto Ávila, isso quer dizer que:

1988 relativamente a outras constituições, como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos paradigmáticos, cada qual com suas particularidades”. In: Idem.

²⁴ AVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

²⁵ O dever de não desconsiderar a regra constitucional imediatamente aplicável não impede, por óbvio, o aplicador de, dentro dos limites semânticos da regra e obedecendo às suas funções, interpretar a regra conforme os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes ou a sua finalidade. O que ele não pode é, para casos ordinários, desconsiderar a função específica da regra, desprezando aquilo que ela permite, proíbe ou obriga. In: *Ibidem*.

²⁶ Idem.

[...] o problema da aplicação do Direito não está apenas em analiticamente separar as espécies normativas (regras e princípios), mas em municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio²⁷.

Noutra banda, Jorge Galvão, após analisar diversas doutrinas sobre o novo Direito Constitucional, entende que:

Pode-se considerar Neoconstitucionalismo como sendo uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição - editada após o restabelecimento do regime democrático - é tida como uma norma substantiva, composta primariamente de princípios, exigindo do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação. Ou seja, o Neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocamente uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos²⁸.

Seguindo o raciocínio daqueles que, como Jorge Galvão e outros renomados Professores, são críticos à corrente doutrinária do neoconstitucionalismo, percebe-se que um dos pontos questionáveis do novo Direito Constitucional é a possível interferência na realidade social por meio da utilização de normas abstratas nas decisões, que ensejam alta margem de subjetividade ao intérprete do direito.

Em complemento à esse entendimento, nas palavras do referido autor, “o neoconstitucionalismo, portanto, apresenta uma visão eminentemente prospectiva do fenômeno jurídico: a interpretação legal se revela como o instrumento de transformação social”²⁹.

Em acréscimo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que:

A prevalência do princípio sobre a regra consiste na transformação do arbítrio em princípio jurídico, em detrimento da (reacionária...) segurança jurídica, em detrimento da (superada) democracia representativa. Ao contrário, as regras normalmente oferecem a precisão necessária para impedir o arbítrio. E, longe de demandarem sempre um tudo ou nada, podem ser conciliadas e mesmo corrigidas pela equidade³⁰.

²⁷ AVILA, Humberto. B. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 122. v. 1.

²⁸ GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. **Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

²⁹ Ibidem, p. 163.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/2923>>. Acesso em: 21 maio 2016.

Não é por menos que Humberto Ávila defende que “a interpretação centrada em princípios constitucionais culmina na violação de três princípios fundamentais: o princípio democrático, da legalidade e da separação dos poderes”³¹.

Nessa perspectiva, torna-se essencial que a interpretação do ordenamento jurídico seja apta a conformar a norma às realidades sociais sem ferir o próprio texto constitucional, pois, como já mencionado, quando há exacerbada criatividade jurídica na leitura de princípios constitucionais, as decisões acabam por violar o próprio ordenamento jurídico. Daí decorre a ideia de que se estipulem métodos – sistemáticos e técnicos – de fundamentação e argumentação jurídica, para salvaguardar a interdependência dos poderes.

Por fim, visualizando a dicotomia existente entre as correntes que apoiam e criticam o Neoconstitucionalismo e reconhecendo que os embates acadêmicos são de extrema valia, deve-se, neste momento, tentar aproximá-las a fim de que, na prática jurisdicional, desenvolva-se uma aplicação coerente e íntegra do direito.

André Rufino do Vale, ao tratar sobre os aspectos do neoconstitucionalismo, desenvolve uma interessante tese sobre a concepção do novo Direito Constitucional a partir da noção de dupla normatividade – moral e jurídica – das normas de direitos fundamentais, as quais “constituem o ponto de encontro entre Direito e moral”³².

O referido autor defende que o traço distintivo do neoconstitucionalismo é o “modelo axiológico de Constituição como norma”³³, no sentido de que a:

Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.³⁴

³¹ AVILA, Humberto B. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

³² VALE, André Rufino do. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, v. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Idem*.

No seu estudo, André Rufino entende que os direitos fundamentais são positivações de valores internalizados historicamente na sociedade, em que se pode verificar a confluência entre aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico³⁵.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte afirmativa do autor:

Essa convergência de temáticas tradicionalmente tratadas pela teoria do direito como contraditórias entre si, fato que à primeira vista pode parecer surpreendente, significa duas coisas: em primeiro lugar, que a complexidade estrutural das normas de direitos fundamentais não pode ser explicada de forma suficiente desde pontos de vista exclusivamente positivistas, nem jusnaturalistas, tampouco realistas; segundo, que aspectos diferenciados de cada teoria são imprescindíveis para poder compreender adequadamente o complicado fenômeno da presença das normas de direitos fundamentais nas Constituições atuais³⁶.

Nessa perspectiva, o citado autor, ao tratar sobre a relação entre direitos fundamentais e a Constituição, sugere que as correntes doutrinárias, contraditórias na teoria, sejam tratadas de forma integradora e superadora³⁷, com o fito de agregar, e não segregar, os aspectos relevantes de cada uma.

Como não é o objetivo do presente estudo, e reconhecendo que os debates são mais profundos que o exposto, questiona-se a viabilidade de se integrar as correntes doutrinárias que tratam do Neoconstitucionalismo, mesmo que, em tese, sejam opostas por natureza.

Assim, seria possível que uma proposta integradora e superadora possa garantir – com a adequada fundamentação jurídica – a interdependência dos poderes, a democracia, a legalidade e a concretização dos princípios constitucionais? Eis uma questão que deve ser refletida e profundamente debatida.

No próximo capítulo, tem-se a discussão sobre o fenômeno do ativismo judicial para, assim, aproximar-se do propósito do presente estudo e analisar a construção histórica, doutrinária e jurisprudencial acerca da vedação ao nepotismo no Brasil.

³⁵ André Rufino defende que: “Na medida em que as normas jusfundamentais incorporam valores morais que expressam ideais ou pontos de vista sobre a justiça, adequam-se aos postulados do jusnaturalismo. Como se teve a oportunidade de analisar, no Estado constitucional os princípios morais do direito natural estão incorporados pelo direito positivo. As normas de direitos fundamentais são a expressão normativa ou jurídico-positiva dos valores historicamente consolidados em determinada comunidade. Os direitos fundamentais são, simultaneamente, direitos positivos e direitos naturais (morais)”. In: VALE, André Rufino do. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, v. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

³⁶ Ibidem.

³⁷ André Rufino sustenta que: “Dessa forma, a compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais pressupõe uma teoria ao mesmo tempo integradora — de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico — e superadora — de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas”. Ibidem.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

Luís Roberto Barroso, ao diferenciar a judicialização do ativismo judicial, esclarece, em breves palavras, que o primeiro fenômeno se caracteriza pela atuação do Judiciário em questões relevantes (políticas, morais e sociais), enquanto o segundo, por sua vez, traduz o momento em que o Judiciário expande seu papel ao suprir lacunas legislativas ou implementar políticas públicas³⁸.

Assim, para iniciar a análise do ativismo judicial, torna-se fundamental destacar o entendimento de Luís Roberto Barroso sobre o surgimento do fenômeno:

O ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954-1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. [...] A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial³⁹.

No mundo contemporâneo, nota-se que o exercício impróprio do poder judicial expandiu fronteiras e se tornou prática habitual em determinadas circunstâncias no Poder Judiciário brasileiro.

Sobre a questão, em outra interessante passagem, Barroso defende que a atuação do Judiciário se tornou mais discricionária. E vai além: entende que, em determinadas situações, o aplicador do direito deve agir em substituição ao legislador e não se limitar a aplicar a lei já existente. Em suas palavras, defende que:

A despeito de algum grau de subversão ao princípio da separação dos Poderes, trata-se de uma inevitabilidade, a ser debitada à complexidade e ao pluralismo da vida contemporânea. [...] Juízes e Tribunais também precisam desempenhar uma

³⁸ Barroso afirma que: “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controversas como o aborto e direitos dos homossexuais. [...] O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes”. In: BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39-40.

³⁹ Ibidem, p. 244-245.

atividade mais criativa - isto é, menos técnica e mais política - nas inúmeras situações de colisões entre normas constitucionais⁴⁰.

Antes de tudo, deve-se acentuar que a atividade “mais criativa” e “menos técnica e mais política” do Poder Judiciário, mencionada pelo autor, pode ser prejudicial às Instituições e ao jurisdicionado. Isso porque o fenômeno da Politização do Judiciário é capaz de: i) desvirtuar sua própria legitimidade, e ii) gerar injustiças aos litigantes e ofensas ao próprio ordenamento jurídico, na busca pelo “melhor resultado”.

Luís Roberto Barroso adverte, ademais, que existem diversas situações em que o aplicador do direito se afasta de sua função tradicional – aplicar o Direito – e é levado a uma função típica de criador do próprio direito. Destaca-se, a propósito, a seguinte afirmativa:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Entre elas incluem - entre outras - a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como e passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação ao nepotismo⁴¹.

Reconhecendo-se, daí, que o ativismo judicial gera embates acadêmicos, serão expostas algumas perspectivas sobre o fenômeno com o objetivo de verificar os limites do Poder Judiciário na concretização de princípios constitucionais.

Como é cediço, nas hipóteses de ativismo judicial no Brasil, faz-se uso recorrente de técnicas de decisão, nas quais se sobressaem a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, da interpretação conforme a Constituição e das decisões manipulativas com efeitos aditivos.

Diante desse cenário, Luís Roberto Barroso argumenta que “a razoabilidade [...] abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva **para produzir o melhor resultado**, ainda quando não seja o único possível, ou mesmo aquele, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei”⁴² (grifo meu).

No entanto, com o devido acatamento, afirmar que a aplicação do princípio da razoabilidade possibilita ao Judiciário a produção do “melhor resultado” é extremamente questionável. O que seria o “melhor resultado” e para quem?

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

⁴¹ Ibidem, p. 246.

⁴² Idem, p. 128.

Carlos Horbach, em texto crítico ao neoconstitucionalismo, sustenta que este movimento doutrinário tende a posicionar o juiz como principal realizador do texto constitucional e concretizador de princípios. Em outras palavras, esclarece que o novo Direito Constitucional, ao valorizar exacerbadamente princípios em detrimento de regras, abre margem a uma atitude militante e emocional do intérprete do direito⁴³.

A propósito, destaca-se provocativo entendimento do autor sobre a discussão:

Isso fica mais evidente - e também mais grave - quando essa atitude militante e emocional em relação à guarda da Constituição invade o Poder Judiciário, fazendo com que a opinião do intérprete transforme ou despreze o texto da lei, provocando uma subversão dos níveis de produção jurídica referidos no início deste estudo. Exemplos dessa realidade são muitos na atual experiência judicante, que, pretendendo aplicar diretamente a Constituição e utilizando-se de mecanismos "pós-positivistas", impõe, em verdade, um totalitarismo hermenêutico à sociedade⁴⁴.

Noutra banda, Humberto Ávila esclarece que um dos principais questionamentos a serem feitos ao fenômeno do ativismo judicial é a utilização exacerbada de princípios constitucionais⁴⁵ – em situações em que há regras compatíveis à Constituição aplicáveis ao caso concreto – por meio de fracas técnicas de ponderação⁴⁶. Como resultado, o autor destaca, como já mencionado no presente estudo, a fragilização da democracia a partir da desvalorização do papel do Poder Legislativo, em conjunto com a violação aos princípios da separação dos poderes e da legalidade⁴⁷, dado que “o paradigma da ponderação, tal como aqui

⁴³ Carlos Horbach pontua que: “Na verdade, essas decisões mostram como o 'neo-constitucionalismo' faz com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete, o que é reforçado com a conclusão de que, sob a ótica da dogmática constitucional as velhas e nova técnicas de interpretação em nada diferem”. In: HORBACH, Carlos Bastide. **A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos.** Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 90.

⁴⁴ Ibidem, p. 90.

⁴⁵ Humberto Ávila sustenta que: “Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo”. In: AVILA, Humberto B. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁴⁶ Humberto Ávila adverte que “sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma “caixa preta” legitimadora de um “decisioismo” e formalizadora de um “intuicionismo moral”. Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento”. In: Ibidem.

⁴⁷ Sobre a questão, Humberto Ávila defende que “a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais — os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes”. In: Idem.

analisado, aniquila com as regras e com o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa”.

Com efeito, possibilitar que o Poder Judiciário ultrapasse sua legitimidade de aplicador do direito, e atue como legislador positivo por intermédio de técnicas de decisão, resulta em situação – como diria Humberto Ávila – na qual “obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte)”⁴⁸.

Por esse ângulo, abre-se temerário espaço para o intérprete aplicar princípios constitucionais – normas de textura aberta – conforme considerações políticas e morais, em contraposição ao já estabelecido no ordenamento jurídico, oriundo do processo político democrático e majoritário.

Não por outra razão, Humberto Ávila ensina que:

O Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Judiciário⁴⁹.

Por sua vez, Jorge Galvão, ao analisar a atuação do intérprete do direito, defende que:

A baixa densidade normativa das cláusulas constitucionais pode ser interpretada erroneamente como um convite para fazer valer as considerações políticas e morais do hermeneuta em detrimento do que foi estabelecido no processo político majoritário. Como consequência dessa atitude, a prática jurídica, em vez de afunilar o espectro de considerações do intérprete, serve como camuflagem para uma atuação eminentemente política⁵⁰.

E vai além. Ao tratar sobre a problemática do ativismo judicial e associá-la ao pragmatismo político, Jorge Galvão entende que:

[...] uma interpretação constitucional progressista, dissociada do contexto político, deságua em pragmatismo político, em que as normas jurídicas mencionadas na fundamentação da decisão, em vez de restringir o seu juízo cognitivo, servem de

⁴⁸ AVILA, Humberto B. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. **Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

argumento retórico para legitimar a escolha que o intérprete entende produzir as melhores consequências⁵¹.

Por seu turno, Elival Ramos⁵² defende que o ativismo é uma disfunção no exercício da jurisdição constitucional. Ensina que o Judiciário, ao ultrapassar suas competências previstas no ordenamento jurídico, torna-se formulador do direito ao invés de aplicador do direito. Como consequência, possibilita-se o surgimento do fenômeno conhecido como Politização do Judiciário, o qual prejudica o modelo de equilíbrio entre as Instituições e a preservação dos direitos fundamentais.

Nota-se até mesmo a preocupação de Daniel Sarmiento, um dos maiores precursores do neoconstitucionalismo no Brasil, com o crescente fenômeno conhecido como decisionismo judicial, que ocorre quando o aplicador do direito busca a realização da justiça através da concretização de princípios constitucionais, porém deixa de fundamentar adequadamente sua decisão. Senão, vejamos:

Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser⁵³.

Noutra banda, Sérgio Ferreira Victor, ao discorrer sobre os diálogos institucionais e o controle de constitucionalidade, aponta que o papel do Poder Judiciário em casos em que há desacordos morais razoáveis deve ser cauteloso, uma vez que os erros nas decisões podem gerar custos inestimáveis. Em suas palavras, afirma que:

[...] diante de questões complexas do ponto de vista moral, científico, religioso, entre outros, a Corte deve atrelar-se, o máximo possível, ao quanto necessário para solucionar o caso específico, evitando teorizar acerca de questões sobre as quais os juízes não possuem formação profissional adequada, o que pode aumentar os custos relacionados ao erro da decisão. Ao contrário do que o minimalismo judicial recomenda, parece ser corriqueiro que, ao se depararem com questões sobre

⁵¹ GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. **Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.

⁵² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵³ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006. p. 200.

desacordos morais razoáveis, as Cortes tendam a aumentar a amplitude da fundamentação de suas decisões, em vez de diminuí-la⁵⁴.

Assim, deve-se analisar o fenômeno do ativismo judicial com ressalvas, pois é essencial para a preservação do ordenamento jurídico, bem como para resguardar o equilíbrio e o diálogo entre as Instituições, a revalorização da função do Poder Legislativo.

Isso porque é o Poder Legislativo que possui legitimidade – espaço plural e democrático – para a se debater e criar o direito. O Poder Judiciário, entretanto, deve assumir a postura de aplicador do direito – com modéstia judicial⁵⁵ – e garantidor dos direitos fundamentais, com a devida cautela para não extrapolar sua legitimidade ao interpretar exacerbadamente princípios, em detrimento de regras, sem a adequada e necessária fundamentação.

Portanto, nada mais preciso e atual do que o entendimento de Humberto Ávila sobre essa problemática abordada no presente estudo, ao afirmar que “não se quer dizer que o Poder Judiciário é desimportante; quer-se, em vez disso, afirmar que o Poder Legislativo é importante”⁵⁶.

Diante disso, após considerações sobre o ativismo judicial, nos próximos capítulos, serão abordados os temas relativos à construção histórica, doutrinária e jurisprudencial da vedação ao nepotismo na nomeação de parentes para o exercício de cargos administrativos (cargos comissionados ou funções de confiança) e políticos no Brasil.

⁵⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 152. v. 1.

⁵⁵ Sérgio Victor, ao tratar sobre a atuação judicial com base em direito comparado, afirma que: “Para Sunstein, portanto, a modéstia judicial favorece a sociedade, impedindo polarizações. Os princípios gerais (compromissos dilatatórios), de textura aberta e amplamente considerados, permitem a reunião em comunidade de indivíduos que possuem crenças e concepções de vida completamente distintas (reconhece-se aqui o fato do pluralismo, evidente nas sociedades modernas), ao passo que a densificação desses amplos princípios, por meio do processo de adjudicação, tende a produzir essas divisões na sociedade que muitas vezes mostram-se perigosas à paz social”. In: *Ibidem*, p. 154-155.

⁵⁶ AVILA, Humberto B. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

3 NEPOTISMO: PERSPECTIVA HISTÓRICA E PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CORRELATOS

No dia 1º de maio de 1500, Pero Vaz de Caminha redigiu carta ao Rei de Portugal, D. Manoel, relatando a experiência nas novas terras que seriam chamadas, posteriormente, de Brasil. Na parte final da Carta, verifica-se um suposto pedido de emprego ao genro do escrivão português:

E pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo, como em outra qualquer coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – o que d'Ela receberei em muita mercê⁵⁷.

Muitos historiadores questionam se o pedido de emprego configura, ou não, prática de nepotismo. Antes de tudo, frisa-se que, a fim de se evitar anacronismos, não se pretende julgar o passado por meio de valores contemporâneos. Pelo contrário, quer-se verificar, a partir de uma construção histórica ensinada pela Professora e Historiadora Maria Filomena Pinto da Costa Coelho⁵⁸, os desdobramentos culturais existentes no Brasil.

Primeiro, há que se considerar que a prática mencionada na Carta fazia todo o sentido naquela época, sendo, até mesmo, desejável que ocorresse. No período, registros históricos demonstram que existia uma cultura política que se desenvolvia por meio de lógicas de serviço e benefício.

Isso quer dizer que um oficial régio, por exemplo, não era um funcionário público, no sentido contemporâneo do termo. Antes, era alguém que “servia um ofício”, e se esperava que, uma vez alcançado um ofício na administração régia, ele possibilitasse que a rede na qual estava inserido pudesse usufruir igualmente dos benefícios.

Em outras palavras, tratava-se de uma sociedade regida por um modelo corporativo, sendo que a ideia de família política era extremamente importante. Diante disso, os laços entre os membros eram sedimentados por meio do que contemporaneamente se chama troca de favores.

Por seu turno, o que se busca nesse recorte histórico é evidenciar que aquilo que antigamente era considerado “virtude”, no mundo contemporâneo, na concepção do Estado Democrático de Direito e das Instituições impessoais, é condenável.

⁵⁷ Carta a El Rei D. Manuel, Dominus: São Paulo, 1963. Pg. 9. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/zip/carta.pdf>>. Acesso em: 2 de maio de 2016

⁵⁸ Entrevista à Professora e Historiadora Maria Filomena Pinto da Costa Coelho, em 27 de janeiro de 2016.

Além disso, mais evidente ainda é constatar que a cultura política que se originou na Idade Média, ganhou novos contornos no Brasil Colônia e que continua a se manifestar, plena de sentido, na contemporaneidade.

Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia, ao tratar da Carta de Pero Vaz de Caminha, ensina:

No Brasil, tudo começou, pois, nesta passagem. O nepotismo desembarcou em terras brasileiras com as primeiras navegações aqui chegadas. E esta bandeira não parou mais de ser desfraldada (talvez mais certo fosse dizer 'desfraldada')⁵⁹.

De fato, pode-se afirmar que a prática de nepotismo - reconhecida, em termos gerais, como espécie de privilégio a beneficiar parentes de agentes públicos - está arraigada na cultura brasileira⁶⁰.

O termo nepotismo teve origem com “a concessão de privilégios do Papa a seus familiares, designados a ocupar cargos de primeiro escalão na Igreja. “Nepotes” eram chamados os sobrinhos, irmãos, tios e primos do Papa nomeados cardeais”⁶¹.

Noutra banda, Paulo Modesto, em excepcional estudo sobre o fenômeno, caracteriza o nepotismo como “o vício de promover o favorecimento de parentes e afins na gestão pública, confundindo-se a esfera dos interesses privados do administrador com os interesses sociais objetivos que a administração pública deve atender”⁶².

Em suas palavras, considera as práticas de nepotismo como hábito antagônico “ao ethos republicano, a princípios básicos da administração pública e a elementares preceitos de boa gestão da coisa pública, mas que foi tolerado durante toda a história do Brasil e nos vinte primeiros anos da Constituição Federal de 1988”⁶³.

⁵⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 159.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 294.

⁶¹ BELLOW, Adam. **Em louvor ao Nepotismo**. Trad. Carlos Mendes Rosa. São Paulo: Girafa, 2006. p. 22.

⁶² MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁶³ *Ibidem*.

O mesmo autor ensina ainda que o nepotismo possui viés patrimonialista e pode ser tratado como o comportamento em que:

O governante organiza o poder político como uma espécie de poder doméstico, segundo vínculos de solidariedade e fidelidade típicos dos membros de uma família. [...] O poder é exercido como propriedade pessoal do governante, extensão do seu domínio privado, sem realizar-se a distinção entre esfera pública e a esfera privada⁶⁴.

Fica claro, portanto, que o culto ao patrimonialismo, na história brasileira, pode ser considerado uma das razões para a habitual prática de nepotismo que, por vários idos, foi considerada normal e até mesmo desejável⁶⁵.

Por seu turno, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual⁶⁶, considera o reprovável comportamento da seguinte forma:

Nepotismo é o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego. As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco. Nepotismo é prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público. O fundamento das ações de combate ao nepotismo é o fortalecimento da República e a resistência a ações de concentração de poder que privatizam o espaço público⁶⁷.

O CNJ complementa tal entendimento ao explicitar que o nepotismo também ocorre quando o agente público, em razão de seu cargo ou suas funções, exerce “influência na contratação ou nomeação de um servidor. [...] A mera possibilidade de exercício dessa influência basta para a configuração do vício e para a configuração do nepotismo”⁶⁸.

Desse modo, depreende-se que o agente público, ao praticar condutas que se caracterizem como nepotismo, despreza, nos dizeres de Paulo Modesto, “a ponderação exclusiva dos interesses públicos relevantes para incluir na estrutura do processo decisório

⁶⁴ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Quem somos. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 05 maio 2016.

⁶⁷ Ibidem. Campanhas. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>>. Acesso em: 03 maio 2016.

⁶⁸ Idem.

administrativo a tutela de interesses familiares e pessoais estranhos ao bem comum (*res publica*)”⁶⁹.

Sob outra perspectiva, Bruno Miragem, analisando a realidade atual da Administração Pública, adverte que:

A experiência administrativa recente vem a demonstrar que, seja pelo largo significado do que se considerem atividades de chefia e assessoramento, assim como pelas características da vida político-eleitoral brasileira, o provimento de cargos em comissão vem ultrapassando, em todas as esferas da Administração, a natureza excepcional que lhe determinou a Constituição. Da mesma forma, o exercício do poder discricionário pela autoridade responsável pelo provimento do cargo em comissão, não raro desborda da exigência de critério técnico para adoção, por vezes em caráter exclusivo, de critérios de proximidade política para escolha dos respectivos servidores⁷⁰.

Em outras palavras, no mundo contemporâneo, o mau uso pelos agentes públicos dos cargos em comissão abre espaço para recorrentes práticas de nepotismo na Administração Pública. Isso quer dizer que, em detrimento da técnica e da boa administração, determinados agentes utilizam de suas inerentes influências políticas para nomear servidores a partir do exclusivo parâmetro familiar.

Nesse sentido, a reflexão de Paulo Modesto é oportuna, na medida em que afirma que “a proteção de privilégios de origem familiar na intimidade do Estado é a antítese do regime republicano”⁷¹.

Por essas razões, busca-se, no presente estudo, evidenciar que, de acordo com Paulo Modesto, “o nepotismo não é apenas uma conduta moralmente reprovável na gestão da coisa pública; é obstáculo à maturidade democrática do país”⁷².

Por sua vez, a Constituição Federal (CF) de 1988 apresenta princípios, concernentes ao Direito Administrativo, que se referem à vedação ao nepotismo. Destacam-se, para tanto, os princípios da impessoalidade, da moralidade, da legalidade, da eficiência e da igualdade. Nesse momento, vejamos a relevância e as particularidades desses princípios.

⁶⁹ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 294.

⁷¹ MODESTO, op. cit.

⁷² Ibidem.

Geraldo Ataliba conceitua os princípios como “linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos)”⁷³.

De forma igualmente elucidativa, Humberto Ávila ensina que “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários para realizar um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de realizar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”⁷⁴.

Por sua vez, Odete Medauar, ao tratar da relevância dos princípios no âmbito do Direito Administrativo, ensina que:

Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social; sua função negativa significa a rejeição de valores e normas que os contrariam⁷⁵.

Em complemento, Lúcia Valle Figueiredo⁷⁶ sustenta que os princípios são vetores interpretativos na aplicação do direito, sendo essenciais quando não houver norma expressa para contrariá-los.

Em outra perspectiva, Tarcísio Vieira de Carvalho esclarece que:

A obrigatória aderência do Direito Administrativo à nova principiologia constitucional impõe travessia de um Direito Administrativo conservador (tanto quanto autoritário) para o Direito Administrativo democrático, consensual e participativo. E daí, sem escalas, ao Direito Administrativo da Justiça Material, tendo na dignidade administrativa o alvo a ser mirado e o horizonte a ser descortinado⁷⁷.

Portanto, é notória a importância dos princípios no Direito Administrativo contemporâneo. Sob esse ângulo, reconhecendo que a utilização de princípios constitucionais administrativos – tais como os princípios da impessoalidade, da moralidade, da legalidade, da

⁷³ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁷⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 148.

⁷⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 41.

⁷⁷ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 24.

eficiência e da igualdade – foi determinante para a construção jurisprudencial da vedação ao nepotismo, torna-se essencial abordar pontualmente cada um deles.

Ao tratar do princípio da impessoalidade, Odete Medauar ensina que com ele “a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo e favorecimentos diversos [...]”⁷⁸. E vai além. Esclarece que a função do referido princípio é garantir que os resultados atingidos pela Administração não sejam gerados/conectados por razões pessoais⁷⁹.

Igualmente esclarecedor é o entendimento de Lúcia Valle do Figueiredo no sentido de que “a impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político”⁸⁰. Assim, extrai-se que o referido princípio implica na atuação imparcial da Administração. Deve-se destacar – pois pertinente ao presente estudo – o exemplo dado pela autora nos casos de nomeações para cargos em comissão, em que é defendida a tese de que “os critérios da escolha devem ser técnicos, e não de favoritismos ou ódios. Não pode a nomeação ser prêmio atribuído ao nomeado, como, também, não pode haver impedimento a nomeações por idiosincrasias”⁸¹.

Por seu turno, o princípio da moralidade se destina a evitar a prática ou omissão de condutas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Lúcia Valle Figueiredo orienta que o “princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera”⁸².

Em acréscimo, Gilmar Mendes ensina que “o reconhecimento da moralidade como princípio jurídico [...] significa a atribuição a determinado ato formalmente jurídico de uma dimensão ética”⁸³.

Ao tratar sobre o tema, Humberto Ávila defende que o princípio da moralidade, tratado como norma finalística, “exige a realização de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação”⁸⁴. Para tanto, o

⁷⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 151-152.

⁷⁹ Ibidem, p. 151-152.

⁸⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63.

⁸¹ Ibidem, p. 64.

⁸² Idem, p. 57.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 895.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em:

mesmo autor alega que constitui ofensa ao referido princípio “a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela administração”⁸⁵.

Nesse rol de princípios, consideram-se também parâmetros, para a vedação ao nepotismo, os princípios da legalidade e da eficiência, que visam garantir segurança jurídica e limitação do poder público, ao valorizar a técnica em detrimento de qualquer relação familiar.

Como é cediço, o princípio da legalidade vai muito além do estrito cumprimento da lei pelo Administrador. Nas palavras de Lúcia Valle do Figueiredo, o referido princípio

[...] é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante⁸⁶.

Quanto ao princípio da eficiência, Odete Medauar explica que ele “determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população”⁸⁷.

Em complemento, Humberto Ávila ensina que “o dever de eficiência estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue”⁸⁸.

Odete Medauar adverte que o referido princípio “vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada”⁸⁹. Entretanto, a autora acentua que “os dois princípios constitucionais da Administração Pública devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade”⁹⁰.

Noutro passo, Lúcia Valle do Figueiredo, ao tratar do princípio da igualdade, ensina que “a igualdade na lei deve conduzir à igualdade perante a lei, e, portanto, ao devido processo legal em sua faceta substancial”⁹¹. Em outras palavras, isso quer dizer que há diferença entre a igualdade na lei (igualdade material) e a igualdade perante a lei (igualdade

<<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁸⁵ ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁸⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 161.

⁸⁸ ÁVILA, op. cit.

⁸⁹ MEDAUAR, op. cit., p. 161.

⁹⁰ Ibidem, p. 161.

⁹¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 47.

formal), sendo certo que “o aplicador poderá, ao aplicar a lei, estar aplicando-a igualmente, estar aplicando a lei sem discriminações, mas poderá, ao aplicar a lei, estar violando o texto constitucional, na medida em que a lei tem de ser aferida pelas normas e princípios da Constituição”⁹². Por fim, pretende a autora enfatizar que “o princípio da igualdade [...] deve ser a meta do administrador: estar sob a lei e a Constituição é respeitar o relevante vetor constitucional”⁹³.

Feitas essas considerações, e conectando as ideias principiológicas acima expostas com o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, fica claro que, nos dizeres de Tarcísio Vieira de Carvalho, “deve ser superada a ideia de Direito Administrativo 'do' Estado, 'em favor' do Estado, à disposição da Administração Pública, em desfavor e 'de costas' para o administrado”⁹⁴. Pelo contrário, o Direito Administrativo, em sua nova faceta, torna-se “meio para a obtenção de resultados mais significativos no âmago de um 'Estado constitucional solidário', integralmente comprometido com a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”⁹⁵.

Diante do exposto, tem-se no próximo capítulo a construção – a partir de princípios constitucionais – da vedação ao nepotismo na jurisprudência brasileira.

⁹² FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 49.

⁹³ *Ibidem*, p. 50.

⁹⁴ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 26.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 26.

4 A VEDAÇÃO AO NEPOTISMO NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

O objetivo central do presente estudo é verificar como a jurisprudência, o Poder Legislativo e a doutrina vêm tratando, ao longo dos anos, o fenômeno do nepotismo na nomeação de parentes para o exercício de cargos comissionados e cargos políticos no Brasil.

Como já profundamente analisado, o nepotismo está conectado a traços históricos e culturais na sociedade brasileira. Em síntese, o fenômeno se configura quando os agentes públicos⁹⁶ confundem seus interesses privados com os interesses sociais inerentes à Administração Pública.

Assim, com o intuito de preservar os princípios gerais da Administração Pública, a Constituição Federal (CF) de 1988, em seu art. 37, inc. II, estabeleceu as modalidades de acesso à cargos e empregos públicos:

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 exoneração⁹⁷.

Nesses termos, a Constituição elucida que, como regra geral, o ingresso para o exercício de cargo público efetivo depende de prévia aprovação em concurso público. Entretanto, excepciona as nomeações para cargos em comissão, que, por sua natureza, prescindem de concurso público e são de livre nomeação e exoneração.

Paulo Modesto, em seu estudo sobre nepotismo, distingue com precisão os cargos efetivos dos cargos em comissão:

[...] os cargos efetivos são cargos de provimento definitivo e vinculado, pois se caracterizam exatamente por permitir a aquisição da estabilidade (ou vitaliciedade) de seus titulares e por dispensarem a valoração subjetiva do administrador na escolha do agente a ser investido na função, uma vez que a investidura é submetida à observância criteriosa da ordem de classificação resultante do concurso público; os cargos em comissão, diversamente, são caracterizados pelo provimento precário e discricionário, pois não asseguram a permanência do titular na função e exigem

⁹⁶ Lúcia Vale do Figueiredo ensina que os “agentes públicos são todos aqueles investidos em funções públicas, quer permanentemente, quer temporariamente”. In: FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 596.

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

sempre a avaliação subjetiva do administrador público quanto ao merecimento e capacidade do agente para a sua investidura no cargo⁹⁸.

Na conjuntura da Administração Pública, destacam-se também os agentes políticos, considerados por Celso Antônio Bandeira de Mello aqueles que “são titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes do que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”⁹⁹.

Nesse ponto, nota-se que a doutrina diverge quanto ao alcance da expressão agente político. Lúcia Vale do Figueiredo inclui na concepção, além dos agentes políticos do Poder Executivo e do Legislativo, “os juízes, membros do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Superiores e Tribunais de segundo grau [...]”¹⁰⁰. Isso porque, segundo a autora, “todos exercem funções estatais, inerentes ao 'poder' que ocupam”¹⁰¹.

Por outro lado, Celso Antonio Bandeira de Mello assinala que somente podem ser enquadrados como agentes políticos “o Presidente da República, os governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos do Chefe do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores”¹⁰².

Em momento posterior, verificar-se-á a importância da diferenciação aqui realizada entre as modalidades de cargos e agentes públicos para a análise do fenômeno da nomeação de parentes para cargos comissionados e políticos no Brasil. Por ora, serão examinados julgados relevantes, para evidenciar as principais premissas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante à vedação ao nepotismo no Brasil.

4.1 Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.521

A primeira vez que o STF analisou profundamente o fenômeno do nepotismo foi no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.521-4, em 12 de março de 1997, cujo relator era o Ministro Marco Aurélio Mello.

⁹⁸ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 251-252.

¹⁰⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 598.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 598.

¹⁰² MELLO, op. cit., p. 252.

Por meio de representações do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Procurador Geral de Justiça daquele Estado, o Procurador Geral da República propôs a ADI em análise.

Em síntese, impugnava-se a Emenda Constitucional (EC) n. 12, que alterava o art. 20 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e tratava da criação e extinção de cargos em comissão¹⁰³. Em seu conteúdo, a referida Emenda vedava a nomeação de parentes até o segundo grau para cargos comissionados na Administração do Estado do Rio Grande do Sul. Na oportunidade, argumentou-se que a norma constitucional feria a autonomia e independência dos órgãos representados ao dispor sobre o preenchimento de cargos em comissão de forma uniforme no mencionado Estado.

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio Mello, ao tratar do nepotismo e suas origens históricas e culturais, ressaltou que:

Tênues têm sido as iniciativas objetivando coibir abusos notados no preenchimento de cargos em comissão: por vezes, são parentes de autoridades do primeiro escalão que efetuam concurso público para ocupação de cargos de menor importância, inclusive os situados na base da pirâmide hierárquica, para, a seguir, à mercê de apadrinhamento revelador de nepotismo, chegarem a cargos de maior ascendência, quer sob o ângulo da atividade desenvolvida, quer considerada a remuneração; outras vezes, ocorre a nomeação direta para o cargo em comissão, surgindo, com isso, em detrimento do quadro funcional que prestou concurso, aqueles que se diferenciam, em dose elevada, pelo chamado "QI" (sigla irônica que resume a expressão "quem indica"). A origem dessa situação é remota, com raízes fincadas no período da colonização. A par desse aspecto, tem-se ainda o desvirtuamento das próprias funções, de vez não raro dá-se a investidura para o exercício de funções que, na realidade, não se fazem compatíveis com a nomeação para cargos em comissão¹⁰⁴.

¹⁰³ “Art. 20 - A investidura em cargo ou emprego público assim como a admissão de empregados na administração indireta e empresas subsidiárias dependerão de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos de provimento em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração. [...] § 4º - Os cargos em comissão destinam-se à transmissão das diretrizes políticas para a execução administrativa e ao assessoramento. § 5º - Os cargos em comissão não podem ser ocupados por cônjuges ou companheiros e parentes, consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau: I- do Governador, do Vice-Governador, do Procurador-Geral do Estado, do Defensor Público-Geral do Estado e dos Secretários de Estado, ou titulares de cargos que lhes sejam equiparados, no âmbito da administração direta do Poder Executivo; II - dos Desembargadores e Juizes de 2º grau, no âmbito do Poder Judiciário; III - dos Deputados Estaduais, no âmbito da Assembléia Legislativa; IV - dos Procuradores de Justiça, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça; V - dos Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiros, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado; VI - dos Presidentes, Diretores-Gerais, ou titulares de cargos equivalentes, e dos Vice-Presidentes, ou equivalentes, no âmbito da respectiva autarquia, fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, empresa pública ou sociedade de economia mista”. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

¹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Acórdão. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1521-4**. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/1997, DJ 17-03-2000.

Além disso, o Ministro Relator discorreu que a referida EC – ao vedar a nomeação de parentes até o segundo grau para cargos comissionados na Administração do Estado do Rio Grande do Sul – atuou em preservação da *res pública* e “rendeu homenagem aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da isonomia e do concurso público obrigatório, em sua acepção maior”¹⁰⁵.

No Plenário, por maioria, negou-se a concessão da liminar na parte em que o dispositivo impugnado conferia tratamento uniforme à proibição ao exercício de cargos comissionados por parentes até o segundo grau no âmbito de todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Isso porque se entendeu que o dispositivo está em harmonia com os princípios constitucionais. Por outro lado, deferiu-se a liminar apenas quanto à parte do dispositivo que previa a extinção direta e imediata de cargos de confiança.

No julgamento, a despeito de serem ferrenhos críticos ao nepotismo, ficaram vencidos os Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso, e, em parte, os Ministros Octávio Gallotti e Néri da Silveira, uma vez que entendiam que a norma não deveria incidir quando a escolha do ocupante de cargo em comissão recaísse sobre servidores efetivos¹⁰⁶.

Ao tratar dos excessos da EC impugnada, o Ministro Carlos Velloso defendeu que foge à razoabilidade a aplicação da norma restritiva na nomeação de servidores efetivos para cargos em comissão ou função de confiança no âmbito de todos os Poderes. Segundo o Ministro, haveria, com a manutenção da Emenda, discriminação com os servidores efetivos e de carreira. E, assim, exemplifica:

Imagine-se um servidor público de carreira, efetivo, ocupando cargo em comissão, por exemplo, no serviço de saúde, assim no âmbito da Secretaria de Saúde. Um seu tio, vem a ser designado Secretário de Justiça. Esse servidor deverá ser afastado de seu cargo. Isto, data vênua, não é razoável, é um despropósito¹⁰⁷.

Por outro lado, o que chama atenção no julgamento para Paulo Modesto é que:

Em momento algum da ADI 1521 foi debatida a distinção entre cargos em comissão puramente administrativos e cargos políticos ou cargos político-administrativos. O debate central foi sobre a exclusão dos servidores efetivos do alcance da norma

¹⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Acórdão. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1521-4 – MC-ADI.** Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/1997, DJ 17-03-2000.

¹⁰⁶ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

¹⁰⁷ STF op. cit.

restritiva e sobre a extensão da limitação a apenas o órgão em que atuasse a autoridade nomeante ou todo o Poder. A decisão tomada admitiu que fossem incorporados na restrição os servidores efetivos e que a limitação fosse abrangente a Poderes, não sendo circunscrita a um único órgão. O mérito da decisão foi acentuar que os princípios republicanos da isonomia, da moralidade no trato com a coisa pública, da impessoalidade da administração, da eficiência administrativa constituíam fundamento direto para o estabelecimento de restrições à livre nomeação de parentes a cargos em comissão em todos os Poderes, autorizando ainda o tratamento uniforme¹⁰⁸.

Em outras palavras, Paulo Modesto critica que, no julgamento da cautelar, a Corte não tenha tratado em momento algum da distinção entre cargos políticos e cargos administrativos.

De fato, a crítica é pertinente na medida em que o debate se limitou a analisar os princípios constitucionais que dão azo às restrições às livres nomeações de parentes para cargos em comissão ou funções de confiança. Na ocasião, discutiu-se apenas acerca da extensão da norma restritiva quando os servidores forem efetivos, bem como sua abrangência à todas esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário).

4.2 Mandado de Segurança n. 23.780

Em outra oportunidade, alguns anos após o julgamento da medida cautelar na ADI n. 1521, o STF se viu novamente diante do tema no julgamento do Mandado de Segurança (MS) n. 23.780, em 28 de setembro de 2005, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa.

No caso, cuidava-se de servidora da Secretaria Estadual de Educação que havia sido colocada à disposição do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 16ª Região para exercer cargo de comissão. Ocorre que a servidora foi exonerada ao constatarem que possuía grau de parentesco com o Vice-Presidente do Tribunal à época da nomeação. Por sua vez, a servidora impetrou MS que visava a anulação de ato que a exonerou do cargo em comissão e sua, consequente, reintegração.

Em seu voto, o Ministro Relator ressaltou que já havia legislação anterior à nomeação que vedava o preenchimento de cargos em comissão por pessoas que tivessem relação de parentesco com os juízes daquele Tribunal.

¹⁰⁸ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

No Plenário, denegou-se, por unanimidade, a segurança, sob o argumento de que, nas palavras do Ministro Relator: “a proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública em qualquer esfera do Poder”.

Paulo Modesto, em outra passagem, adverte que, mais uma vez, o Supremo deixou de abordar, no âmbito da nomeação de parentes, as diferenças entre cargos administrativos e políticos. E foi além ao afirmar que “[...] O Tribunal não fez no julgamento da segurança [...] qualquer menção ao decidido na ADI 1521 em que havia debatido mais extensamente a matéria”¹⁰⁹.

A advertência do referido autor deve ser analisada com cautela. Nesse caso concreto, não haveria margem ou espaço para o Supremo debater as diferenças entre cargos administrativos e políticos. Isso porque a servidora exercia, tanto na Secretaria Estadual de Educação, quanto no TRT 16ª Região, cargos administrativos em comissão, e não cargos políticos. No entanto, correta a afirmativa de que o Supremo deveria ter mencionado os argumentos utilizados no julgamento da MC-ADI n. 1521, pois foi naquela ocasião que se debateu profundamente a temática.

4.3 Resolução n. 7 do Conselho Nacional de Justiça

O Supremo analisou o nepotismo no julgamento da MC-ADI n. 1521 e do MS n. 23.780. Apesar das críticas quanto à profundidade dos referidos julgados, não há dúvidas de que a Corte se posicionou contrária à essas desonrosas práticas. Para tanto, os Ministros se basearam em princípios constitucionais para fundamentar suas decisões, sob o argumento de que as nomeações de parentes para cargos em comissão seriam contrárias ao espírito da Constituição.

Não obstante isso, na prática, o nepotismo continuou habitual no âmbito de todos os Poderes. Nesse aspecto, nota-se que perdurou por vários idos a tradição de nomeação de parentes para cargos em comissão ou funções de confiança no Poder Judiciário. Como resultado, o cenário dos Tribunais, em diversos Estados, contrapunha-se: i) com algumas

¹⁰⁹ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

legislações esparsas que regulavam a matéria; ii) com as decisões já proferidas pela Suprema Corte; e iii) com os princípios enunciados na Constituição Federal.

Em face de tal realidade, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na tentativa de disciplinar a questão e diante da lacuna legislativa, em âmbito nacional, acerca do tema, editou a Resolução n. 7/2005, que cuida da impossibilidade de se nomear parentes a cargos em comissão ou de confiança no Poder Judiciário.

Como resultado da edição da Resolução n. 7/2005, o nepotismo adquiriu especial relevo no STF. Isso porque, após esse momento, eclodiram diversas ações (mandados de segurança e ações diretas de inconstitucionalidade) que questionavam a natureza do ato normativo, alegando-se, em síntese, que a restrição não poderia ser concretizada mediante Resolução, mas somente por lei formal.

Em contrapartida, deve-se ressaltar que, antes mesmo da edição da Resolução, já existiam normas¹¹⁰ que expressamente vedavam o nepotismo. Entretanto, Paulo Modesto explica que “as normas anteriores, em particular a Lei 9.421/1996, restrita ao Poder Judiciário da União, possuíam eficácia reduzida”¹¹¹ quando comparadas com a referida Resolução.

O fato é que a vedação ao nepotismo somente obteve relevância prática e efetividade a partir do julgamento da ADI n. 12.

4.4 Ação Direta de Constitucionalidade n. 12

Luís Roberto Barroso, ao tratar das percepções doutrinárias sobre a constitucionalidade da Resolução n. 7/2005, esclarece que “a comunidade jurídica sempre percebera a matéria como devendo ser tratada por lei. Ato administrativo ou decisão judicial não deveriam poder impor a restrição, de acordo com a concepção dominante”¹¹².

Diante do cenário de incerteza jurídica quanto à sua aplicação, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), interpôs a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 12, cujo patrono foi o Professor Luís Roberto Barroso, com o fito de se declarar a

¹¹⁰ Paulo Modesto exemplifica as normas que tratavam do nepotismo: Lei n. 8.112/1990, art. 117, VIII; Lei n. 9.421/1996, art. 10; Lei n. 9.953/2000, art. 22, semelhantes inclusive em conteúdo ao disposto na Resolução n. 7, de 18.10.2005, do Conselho Nacional de Justiça, e da Resolução n. 1, de 07 de novembro de 2005, do Conselho Nacional do Ministério Público. In: MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 370.

constitucionalidade da Resolução que restringe a nomeação de parentes a cargos em comissão ou de confiança no Poder Judiciário. Dentre os fundamentos utilizados, sustentou-se que a proibição do nepotismo advinha da própria Constituição, com base nos princípios da moralidade e da impessoalidade.¹¹³

Luís Roberto Barroso, sobre o tema, em seu estudo sobre o novo Direito Constitucional brasileiro, ensina que:

A tese central sustentada na ADC contrariava essa visão tradicional, sendo colhida no cerne do neoconstitucionalismo: os princípios constitucionais devem ser direta e indiretamente aplicáveis, ao menos no seu núcleo mínimo de sentido, independentemente da atuação do legislador e, eventualmente, mesmo contra ela. Assim sendo, a proibição do nepotismo decorreria diretamente da Constituição, com base em princípios como os da moralidade e da impessoalidade¹¹⁴.

Observa-se que o referido autor defende a aplicação direta dos princípios constitucionais para a concretização de direitos, independentemente da atuação legislativa, na tônica do neoconstitucionalismo. Na hipótese, portanto, buscou-se a utilização de princípios constitucionais para se declarar, por meio de ADC, a constitucionalidade de Resolução que restringia a prática do nepotismo.

Torna-se essencial, portanto, abordar os argumentos trazidos na ADC, para se analisar a fundo a temática apresentada no presente estudo. Luís Roberto Barroso, em seu livro *O novo Direito Constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, destaca as teses adotadas na defesa do caso no STF:

- 1ª) O CNJ tem o poder-dever de zelar pela observância do art. 37 da CF e apreciar a validade de atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário.
- 2ª) Eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Vedação ao nepotismo é regra constitucional que decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.
- 3ª) O poder público está vinculado não apenas a legalidade formal, mas à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui a Constituição.
- 4ª) A resolução nº 7/05 do CNJ não afeta o equilíbrio entre os Poderes, por não subordinar um Poder a outro, nem tampouco o princípio federativo, por não subordinar um ente estatal a outro.
- 5ª) A resolução nº 7 do CNJ não encontra óbice em eventuais direitos de terceiros contratados pela Administração e não há qualquer violação a direitos de servidores¹¹⁵.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 373-376.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 371.

¹¹⁵ *Idem*, p. 382-391.

Na primeira tese apresentada, que trata sobre o papel do CNJ, Luís Roberto Barroso sustenta que o Conselho:

[...] não apenas pode vincular norma geral na qual antecipa sua apreciação acerca da validade de atos administrativos frequentemente observados; é conveniente e desejável que ele o faça, já que essa providência confere à sua atuação maior previsibilidade e oferece aos destinatários de seu controle maior segurança jurídica e convicção de um tratamento isonômico¹¹⁶.

E vai além. Afirma que a Resolução n. 7/2005 foi editada dentro das competências do CNJ, as quais, segundo o autor, seriam “zelar pelo cumprimento do art. 37 e realizar o controle da juridicidade dos atos administrativos do Poder Judiciário”¹¹⁷.

Na segunda tese, referente à eficácia jurídica dos princípios constitucionais, o patrono defende que “[...] a vedação ao nepotismo decorre diretamente da Constituição”. Ou seja, “a Resolução limitou-se a explicitar, de modo declarativo, o que já resultava da normatividade da Constituição. A ilicitude de tais práticas decorre diretamente do núcleo dos princípios da moralidade e da impessoalidade”¹¹⁸.

Na terceira tese, que cuida da vinculação à legalidade e à juridicidade no Poder Público, Luís Roberto Barroso adverte que não se autoriza à Administração ignorar deveres que decorrem do núcleo essencial de princípios constitucionais:

A crise da legalidade formal, a ascensão normativa da Constituição e as transformações do Estado Contemporâneo deram nova feição à ação administrativa. [...] A vinculação específica do administrador à lei formal deu lugar a fenômeno diverso. A vinculação da Administração Pública passou a se dar em relação a um bloco mais amplo de juridicidade, que congrega não apenas leis formais, mas também, e sobretudo, a Constituição. [...] A ausência de lei, porém, não interfere com o dever da Administração de dar cumprimento à Constituição¹¹⁹.

Por seu turno, na quarta tese, que versa sobre a afetação - após a edição da referida Resolução - ao equilíbrio dos poderes e ao princípio federativo, o autor argumenta que não há desequilíbrio dos poderes, uma vez que o CNJ é “órgão do próprio Judiciário”, cujas decisões “estão sujeitas a controle judicial pelo órgão de cúpula do Poder do Judiciário, que é o Supremo Tribunal Federal”. Alega ainda que:

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 377.

¹¹⁷ Ibidem, p. 378.

¹¹⁸ Idem, p. 382.

¹¹⁹ Idem, p. 382-383.

[...] é difícil imaginar como a proibição de nomear parentes de magistrados para cargos em comissão ou de contratá-los temporariamente ou ainda de contratar sem licitação, empresas das quais parentes de magistrados sejam sócios poderia afetar a autonomia dos Tribunais¹²⁰.

Já quanto à violação ao princípio federativo, o autor sustenta que o CNJ “é um órgão nacional integrante da estrutura do Judiciário – tanto assim que dele fazem parte membros de órgãos judiciários estaduais e federais (da União) –, e não um órgão do ente central ou dos entes locais”¹²¹

Ademais, destaca que a referida Resolução “não produz qualquer esvaziamento da autonomia atribuída aos entes federados ou restrição a sua participação na formação da vontade nacional, elementos essenciais do princípio da forma federativa de Estado”¹²².

Por fim, na quinta tese, que se refere ao direito adquirido de servidores públicos e terceiros contratados pela Administração, Luís Roberto Barroso acentua que não há direitos absolutos. Esclarece, inicialmente, que “quanto aos servidores públicos, há amplo consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que não têm eles direito adquirido a regime jurídico”¹²³.

Além disso, aborda que “muitas normas constitucionais vinculam a Administração Pública de forma direta – em particular aquelas que tenham natureza de regra, como é o caso do núcleo dos princípios – cuja implementação poderá impor restrições a direitos”¹²⁴.

Feitas as considerações referentes às teses apresentadas na defesa da constitucionalidade da Resolução em apreço, vejamos o posicionamento do STF no julgamento da medida cautelar na ADC n. 12.

De relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, a ADC se tornou um dos principais marcos da jurisprudência brasileira acerca do fenômeno abordado no presente estudo: o nepotismo.

Em seu voto, o Ministro Relator elucidou que “é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado”¹²⁵.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 386.

¹²¹ Ibidem, p. 388.

¹²² Idem, p. 388.

¹²³ Idem, p. 390.

¹²⁴ Idem, p. 389.

¹²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Acórdão. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 12 – MC-ADI**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006.

No seu entendimento, as restrições presentes na mencionada Resolução são “as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade, sobretudo”¹²⁶.

Noutra banda, em preciso e denso voto, o Ministro Gilmar Mendes esclareceu que:

É possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade. Cabe às autoridades administrativas e, nesse caso, ao CNJ, no cumprimento de seus deveres constitucionais, fazer cumprir os comandos normativos veiculados pelos princípios do art. 37.

Após a leitura dos votos e debates acerca do tema, o Plenário, por maioria, concedeu a liminar, em síntese, sob os seguintes argumentos: i) a Resolução n. 7/2005 do CNJ reveste-se dos atributos de generalidade, impessoalidade e abstratividade; ii) A Resolução possui caráter normativo primário; iii) o CNJ fez uso adequado de sua competência conferida pela CF de 1988, após a EC n. 45/2004; iv) as restrições da Resolução seguem as restrições da Carta Magna dedutíveis dos princípios constitucionais da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade; v) não há violação ao princípio da separação dos poderes ou do princípio federativo.

Nesse julgamento, ficou vencido o Ministro Marco Aurélio Mello que concluiu que o CNJ não possui poder normativo, não sendo possível, pois, cogitar de se fazer uso da ação declaratória de constitucionalidade para impugnar ato administrativo ou simplesmente regulamentar.

No entanto, o Ministro Marco Aurélio salientou que no julgamento da MC-ADI n. 1521, de sua relatoria, reputou constitucional a Emenda Constitucional do Estado do Rio Grande do Sul que alterava disposição da Constituição Gaúcha, tratava da criação e extinção de cargos em comissão e regulamentava o nepotismo. Naquela oportunidade, o Ministro foi ferrenho crítico às práticas de nepotismo. Nesse outro julgamento, por outro lado, o Ministro não adentrou no mérito da Resolução, votou pela incompetência do CNJ e pela impossibilidade de se apreciar ato administrativo sem caráter de lei formal em sede de ADC.

Os profundos debates sobre o tema ocorreram no julgamento da medida cautelar na ADC n. 12. Somente após, aproximadamente, dois anos, o STF analisou a ação principal da

¹²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Acórdão. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 12 – MC-ADI.** Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006.

referida ADC. Para tanto, merecem destaques dois trechos do voto da Ministra Cármen Lúcia que, embora não tenha participado do julgamento da cautelar, contribuiu significativamente na análise da ação principal.

Sob um viés histórico, a referida Ministra lembrou que “o traçado histórico brasileiro expõe a utilização dos espaços públicos pelos interesses privados, do que decorre, em grande parte – e que já haveria de ter sido extirpada há muito – a manutenção de atuações nepotistas no País”¹²⁷.

Em outra interessante passagem, ao abordar sobre os princípios constitucionais que sustentam a Resolução do CNJ, afirmou:

Nem precisaria haver princípio exposto – quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa – para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. 1º, da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República¹²⁸.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio Mello – que no julgamento da cautelar da ADC n. 12 entendeu pela incompetência do CNJ e pela impossibilidade de se analisar ato normativo administrativo em sede de ação declaratória – acabou por concluir pela constitucionalidade da Resolução pelos seguintes motivos:

A partir do momento em que a Corte consignou que o ato editado pelo Conselho Nacional de Justiça é um ato normativo abstrato autônomo – isso já está decidido pelo menos neste caso, e deixo para rediscutir a matéria em outro processo –, tendo, portanto, o Conselho a competência legiferante, concluo pela constitucionalidade, sem qualquer acréscimo, sem interpretação conforme¹²⁹.

Nessa toada, a Corte declarou, por unanimidade, a constitucionalidade da Resolução n. 7/2005 do CNJ.

Paulo Modesto critica, mais uma vez, o fato de o STF não ter analisado tanto no julgamento da cautelar na ADC quanto no da ação principal, a distinção entre cargos administrativos e políticos:

Em momento algum dos debates da ADC 12-MC, nas 124 páginas do ata de julgamento, recolhe-se qualquer distinção entre cargos em comissão exclusivamente

¹²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Acórdão. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 12 – MC-ADI**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Idem*.

administrativos e cargos em comissão de natureza política ou político-administrativas. O mesmo se pode dizer depois de ler as 47 páginas da sessão de julgamento final da ação, que ocorreu em 20/08/2008 [...] ¹³⁰.

Sendo assim, na tônica das continuadas omissões evidenciadas por Paulo Modesto nos julgamentos sobre nepotismo levados a efeito, torna-se fundamental abordar o caso paradigmático, em que o STF enfrentou, de fato, essa controvérsia.

4.5 Recurso Extraordinário n. 579.951

Na mesma sessão em que foi julgada a ação principal da ADC n. 12, o STF analisou e julgou o Recurso Extraordinário (RE) n. 579.951. O que há de surpreendente nesse julgamento é que a Corte finalmente tratou da incidência das regras de restrição ao nepotismo na nomeação de cargos políticos ¹³¹.

Em outras palavras, esse caso se tornou paradigmático, vez que firmou o entendimento de que as restrições ao nepotismo não se aplicam aos agentes políticos, mas tão somente aos agentes administrativos.

Na ocasião, cuidava-se de RE interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), que consignou não haver qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na nomeação de dois indivíduos para o exercício de determinados cargos públicos. O primeiro, irmão de vereador, nomeado para o cargo de Secretário Municipal de Saúde. Já o segundo, irmão do vice-prefeito, nomeado para o cargo de motorista.

No acórdão recorrido, considerou-se inaplicável a Resolução n. 7/2005 do CNJ aos Poderes Executivo e Legislativo, assinalando que seria necessária lei formal para aplicar a vedação no âmbito desses Poderes. Além disso, registrou-se que não haveria qualquer violação constitucional na nomeação de parentes de agentes políticos para o exercício de cargos em comissão ou de confiança.

Diante das circunstâncias, o Ministério Público Estadual interpôs o referido RE, argumentando que o aresto recorrido violou o princípio da moralidade previsto no art. 37 da CF de 1988. Sustentou-se, ainda, que a vedação ao nepotismo advém de princípios

¹³⁰ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

¹³¹ Ibidem.

constitucionais, de maneira tal que independe de lei formal, fazendo alusão ao julgamento da ADC n. 12.

Por sua vez, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski submeteu à Corte, em 28 de março de 2008, manifestação reconhecendo a existência de repercussão geral do tema¹³², que foi acatada, por unanimidade, pelos demais Ministros.

Em seu voto, ao tratar da autoaplicação dos princípios constitucionais na vedação do nepotismo, destacou que:

[...] as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados contidos no referido dispositivo da Constituição são autoaplicáveis, visto que trazem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em consequência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que vulneram os valores fundantes do texto constitucional¹³³.

Acentuou, também, que “não é de hoje o consenso social acerca da reprovabilidade do nepotismo e de todas as condutas que, mesmo travestidas de uma aparência de legalidade, contrariem o direito público subjetivo dos cidadãos ao trato honesto dos bens que a todos pertencem”¹³⁴.

Durante o julgamento do RE em análise, houve discussões profundas acerca da aplicabilidade da restrição ao nepotismo aos agentes políticos. Inicialmente, em seu voto, o Ministro Relator, à luz dos princípios constitucionais que restringem práticas nepotistas, entendeu pela anulação da nomeação tanto do motorista, quanto do agente político, isto é, do Secretário Municipal de Saúde.

Em face disso, o Ministro Marco Aurélio abriu a divergência, ao entender que o *caput* do art. 37 da CF de 1988 não se estende aos agentes políticos, referindo-se, no caso concreto, ao Secretário Municipal de Saúde, assim manifestando-se:

Desprovejo-o (recurso) quanto ao secretário de saúde. Entendo que não podemos, a partir do disposto na cabeça do artigo 37 da Constituição Federal, glosar a escolha. E haveria, ainda, a problemática a que se referiu Vossa Excelência: o parentesco não é com o titular, não é com o vice-prefeito, não é com alguém ligado ao Executivo, como servidor ou agente político, mas com um vereador. Não adentro o que seria a

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Tema 66 do Plenário Virtual**: Reserva de Lei para a vedação de nepotismo no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600331&numeroProcesso=579951&classeProcesso=RE&numeroTema=66#>>. Acesso em: 21 maio 2016.

¹³³ *Ibidem*. **Recurso Extraordinário n. 579.951-4 Rio Grande do Norte**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, Repercussão Geral – Mérito, DJe 23.10.2008.

¹³⁴ *Idem*.

promiscuidade Executivo/Legislativo. Fico apenas na tese segundo a qual não cabe a glosa, o provimento quanto ao agente político¹³⁵.

Nesse mesmo sentido, acompanharam a divergência, inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Eros Grau, Carlos Ayres Britto, que deram parcial provimento ao recurso e entenderam pela anulação apenas da nomeação do motorista, irmão do Vice-Prefeito.

Em interessante passagem que trata da distinção entre os cargos políticos e administrativos, o Ministro Carlos Ayres Britto consignou que:

[...] o Chefe do Poder Executivo é livre para escolher seus quadros de governo, mas não o é para escolher seus quadros administrativos, porque dentre os quadros administrativos estão os cargos em comissão, os cargos de provimento efetivo e as funções de confiança¹³⁶.

E foi além, ao afirmar que:

a proibição do nepotismo [...] deriva diretamente dos princípios do artigo 37, que são princípios extensíveis a toda a Administração Pública de qualquer dos Poderes, de qualquer das pessoas federadas. Tudo isso na vertente, na perspectiva de cargos em comissão e funções de confiança, que têm caráter apenas administrativo, e não caráter político¹³⁷.

Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia, ao tratar do tema, advertiu que:

Os membros de Poder são pessoas que não titularizam cargo em comissão. Tanto que não contam esse prazo, por exemplo, para efeito de aposentadoria. É um regime jurídico realmente diferenciado. Mas tenho certeza de que é por essa via que se pode abrir uma cunha extremamente perigosa¹³⁸.

Extrai-se dessa passagem que a Ministra Cármen Lúcia demonstra preocupação com a inaplicabilidade das regras que vedam o nepotismo na nomeação de agentes políticos. De igual modo, compartilhando do mesmo desassossego, ponderou o Ministro Relator Ricardo Lewandowski:

¹³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário n. 579.951-4 Rio Grande do Norte.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, Repercussão Geral – Mérito, DJe 23.10.2008.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Idem.

Eu fico com certo receio de assentarmos, com todas as letras, que, em se tratando de Secretário Municipal, que é um cargo político de livre nomeação, enfim, de confiança do prefeito, tal atitude seria lícita. Amanhã, se ele colocar a esposa em um 'cargo chave' de Secretária de Governo, isso seria lícito à luz da proibição do nepotismo, do princípio da moralidade? Isso acontece no cotidiano deste grande Brasil¹³⁹.

Em complemento, o Ministro Cezar Peluso ressaltou que se poderia chegar à conclusão diversa se o Secretário de Saúde fosse parente de quem o nomeou:

O caso aqui não é de prefeito que nomeou seu irmão, o que poderia ter contorno diferenciado. É de prefeito que nomeou o irmão de um vereador. Então, a menos que [...] se tratasse do chamado "favor cruzado" [...], eu veria, aí sim, característica típica do chamado "nepotismo cruzado". Mas não é o caso¹⁴⁰.

O Ministro sopesou, por outro lado, que “não se podem levar as hipóteses em que não haja vínculo de incompatibilidade entre a autoridade nomeante e o nomeado, a extremos”¹⁴¹. Em outras palavras, é preciso analisar com cautela as situações, como a ora apresentada, em que não há provas de nepotismo cruzado ou qualquer outro indicativo objetivo que caracterize a configuração de nepotismo.

Sob outra perspectiva, o Ministro Gilmar Mendes, ao tratar da distinção entre os cargos em análise, assentou que:

É tradição mundial – situação de John e Bob Kennedy – e, no próprio plano nacional, muitas vezes parentes ou irmãos fazem carreiras paralelas e estabelecem um plano eventual de cooperação - temos governadores e secretários de Estado –, sem que haja qualquer conotação de nepotismo.

Após longos debates, o Ministro Relator adequou seu voto no sentido de glosar apenas a nomeação do motorista, para acompanhar os demais Ministros na inaplicação da medida quanto ao Secretário de Saúde, uma vez que não ficou evidenciada a prática de nepotismo cruzado.

Assim, ao término do julgamento, por unanimidade, foi dado parcial provimento ao RE, declarando-se nula a nomeação do motorista e considerando hígida a nomeação do agente político.

¹³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário n. 579.951-4 Rio Grande do Norte.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, Repercussão Geral – Mérito, DJe 23.10.2008.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Idem.

4.6 Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal

Na mesma sessão Plenária do STF, ademais, após os julgamentos da ADC n. 12 e do RE n. 579.951, o Ministro Ricardo Lewandowski apresentou proposta de Súmula Vinculante - utilizando como fundamento os argumentos fixados na ADC n. 12, no RE n. 579.951, no MS 23.780 e na ADI-MC 1521 – assim redigida:

A proibição do nepotismo na Administração Pública, direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independe de lei, decorrendo diretamente dos princípios contidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal¹⁴².

Em seguida, foram feitas algumas sugestões de alteração na redação da proposta apresentada. Ao final, o Plenário do Supremo, na sessão seguinte, editou a Súmula Vinculante n. 13, com a seguinte redação:

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 Federal¹⁴³.

Por sua vez, Paulo Modesto, ao analisar as discussões travadas durante a edição da Súmula Vinculante, asseverou, mais uma vez, que houve omissão na diferenciação entre agentes políticos e administrativos:

Durante os debates que se seguiram à apresentação da proposta, que se prolongaram para a sessão seguinte, em momento algum a distinção agentes políticos e agentes meramente administrativos foi novamente ventilada. Debateu-se a extensão do conceito de parente, a necessidade ou não de indicar vínculo direto com a autoridade nomeante ou admitir vínculo também com outro agente ocupante de cargo de direção, a conveniência de se referir expressamente o nepotismo cruzado, entre outros temas¹⁴⁴.

¹⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Plenário. **Debates que integram a Ata da 21ª (vigésima primeira) Sessão Ordinária, realizada em 20 de agosto de 2008**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13__Debates.pdf>. Acesso em: 18 maio 2016.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

Não obstante o fato de criticar o lapso na redação da Súmula Vinculante, o referido autor destaca a importância histórica do feito, ao discorrer que:

[...] a Súmula Vinculante n. 13 é um avanço no quadro desalentador das práticas políticas brasileiras. [...] São fatos documentados de apropriação da coisa pública, formação de clãs familiares na intimidade do Estado, concentração de poder político, condutas todas elas incompatíveis com a concepção republicana de exercício do poder¹⁴⁵.

Como de fácil apreensão, portanto, observa-se que o STF, desde 1997, quando do primeiro julgamento sobre nepotismo, até 2008, quando da edição da Súmula Vinculante, tratou de forma significativa, de maneira vertical, a vedação ao nepotismo.

Como resultado, a partir da edição da Súmula Vinculante n. 13, o STF consolidou o entendimento de que é vedado o nepotismo na nomeação de parentes para cargos públicos em comissão ou de confiança, em todas as esferas do poder público no Estado Brasileiro.

Entretanto, na prática judicial, verifica-se que, em certas circunstâncias, os aplicadores do direito, ao interpretarem a mencionada Súmula Vinculante, têm incorrido em julgamentos que levam a indefinições sobre o seu limite de alcance e a sua real aplicação aos agentes políticos.

É sobre esses precedentes que ora passaremos a discorrer.

4.7 Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação n. 6.650

Observa-se que o ambiente controverso acerca da aplicação da Súmula Vinculante n. 13 tem gerado a interposição de diversas Reclamações Constitucionais, que objetivam confirmar o posicionamento adequado a cada caso em que há suspeita de nepotismo.

Em outras palavras, isso quer dizer que diversos questionamentos foram e continuam sendo feitos quanto à extensão da mencionada Súmula, no que se refere à vedação do nepotismo aos agentes políticos.

No caso em tela, cuidava-se de reclamação com pedido liminar contra decisão que suspendeu o ato de nomeação do reclamante, irmão do Governador do Paraná à época, para o cargo de Secretário Estadual de Transportes. O reclamante sustentou, em síntese, que a

¹⁴⁵ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

Súmula Vinculante n. 13 não seria aplicável aos agentes políticos, isto é, aos Secretários Estaduais.

Com fundamento na jurisprudência do STF, o Ministro Cezar Peluso concedeu o pedido liminar em favor do reclamante, consignando que a hipótese sob apreciação entraria no âmbito de incidência da exceção aberta pela Corte para os cargos de natureza política.

Em contrapartida, foi interposto agravo regimental pelo interessado e a matéria foi remetida ao Plenário. Em apertada síntese, o agravante alegou que o reclamante cometia fraude à referida Súmula, uma vez que sua nomeação para o cargo de Secretário Estadual de Transportes visava, unicamente, a acumulação do cargo na administração da autarquia denominada Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA). Sustentava-se, também, que o exercício do cargo na autarquia seria eminentemente administrativo, e não político, devendo a Corte impedir que o reclamante assumisse ao menos o exercício do cargo administrativo.

O processo foi redistribuído à Ministra Ellen Gracie, que negou provimento ao agravo regimental, mantendo-se o entendimento firmado na concessão da medida cautelar pelo Ministro Cezar Peluso.

De registrar, quanto ao precedente em análise, o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski que, quando do julgamento do agravo regimental, sustentou:

Por ocasião do julgamento do *leading case* que levou à edição da Súmula 13 estabeleceu-se que o fato de a nomeação ser para um cargo político nem sempre, pelo menos a meu ver, descaracteriza o nepotismo. É preciso examinar *caso a caso* para verificar se houve fraude à lei ou nepotismo cruzado, que poderia ensejar a anulação do ato¹⁴⁶.

Em complemento, o Ministro Cezar Peluso advertiu que:

[...] a matéria foi versada nos debates do último recurso extraordinário que serviu de fundamento para a edição da Súmula. Trata-se, portanto, de questão ligada à interpretação e, evidentemente, ao alcance da Súmula. E digo mais: nesse debate, foi consignada expressamente a posição, que ressalvei, quanto à extensão da conclusão de que o alcance da súmula não atingiria os agentes políticos¹⁴⁷.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio divergiu do entendimento da relatora, e da maioria, ao dar provimento ao agravo regimental por entender que não se poderia flexibilizar o instrumento da Reclamação. E, assim, sustentou:

¹⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ag. Reg. na Medida Cautelar na Reclamação n. 6.650-9 – Paraná – MC-AgR**. Relator: Min. ellen gracie, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2008.

¹⁴⁷ Ibidem.

Presidente, porque não posso empolgar o que assentado no Recurso Extraordinário n. 579.951 visando a ter base para a reclamação, já que se trata de processo subjetivo e porque o Verbete n. 13 não versa – e teria que versar expressamente – a possibilidade da nomeação verificada, peço vênias à relatora e àqueles que a acompanharam para prover o agravo interposto.

Em outras palavras, o Ministro Marco Aurélio entendeu, naquela oportunidade, que não haveria exceção expressa à vedação às nomeações de parentes para cargos políticos na Súmula em análise, bem como não se poderia utilizar o instrumento da reclamação para combater julgamentos do STF em processos subjetivos.

De todo modo, no dia 16 de outubro de 2008, o Plenário, por maioria, seguiu o entendimento firmado pela Relatora, negando provimento ao agravo regimental na medida cautelar da Reclamação, no sentido de que não seria possível a submissão do Reclamante, agente político, às hipóteses elencadas na referida Súmula n. 13, em razão da natureza de seu cargo.

4.8 Medida Cautelar na Reclamação n. 8.625

Em outra ocasião, a Ministra Ellen Gracie assumiu relevante posicionamento ao conceder pedido liminar em decisão monocrática na Reclamação n. 8.625.

Naquela oportunidade, tratava-se de Reclamação ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra acórdão que indeferiu pedido de medida liminar em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. No caso, sustentava-se, em síntese, afronta ao verbete da Súmula Vinculante n. 13, uma vez que a referida Ação Civil Pública objetivava anular atos de nomeações do prefeito de Araporã, Minas Gerais.

Na Reclamação, o *parquet* alegou que o Prefeito nomeou oito parentes para ocuparem cargos na Prefeitura, violando, assim, os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência. Além disso, argumentou-se que a Corte deveria analisar caso a caso situações em que se constatem vícios por nepotismo em nomeações de agentes políticos.

Em decisão monocrática, proferida em 20 de abril de 2010, a Ministra Relatora Ellen Gracie entendeu pela concessão da medida liminar, sob o seguinte argumento:

Não desconheço que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que as nomeações para cargos políticos não se enquadram, a princípio, nas hipóteses elencadas na súmula ora em exame (Reclamações 6.650-MC-AgR/PR, de que fui relatora, Plenário, DJe 21.11.2008; e 7.590-MC/PR, rel. Min. Menezes Direito, DJe 20.02.2009). Entendo, todavia, que a apuração de supostos casos de nepotismo deve ser realizada, necessariamente, de acordo com cada caso concreto. Nos casos anteriormente elencados, tratava-se de nomeação de um único irmão de governador

para cargo de secretário estadual (Reclamação 6.650/PR) e de nomeação de uma filha de prefeita para cargo de secretária municipal (Reclamação 7.590/PR). No presente caso, entretanto, tem-se uma situação teratológica, em que foram empossados, por livre nomeação, oito parentes para cargos em comissão e de secretário municipal. Todavia, caso tal entendimento seja aceito com tamanha largueza, poderemos, em futuro próximo, presenciar o preenchimento da maioria ou até mesmo da totalidade dos cargos de secretário municipal por parentes de prefeitos. Certamente esse não é o espírito da jurisprudência desta Suprema Corte e que a levou a editar a Súmula Vinculante 13¹⁴⁸.

Por fim, a Ministra concluiu que:

Penso que está na hora de esta Suprema Corte coibir esses exageros. A questão da nomeação de parentes para cargos de secretário municipal e estadual deve ser tratada caso a caso, com o objetivo de evitar injustiças e ingerências desproporcionais em relação à livre nomeação para cargos de natureza política¹⁴⁹.

Lamentavelmente, esse caso não foi apreciado pelo Plenário do STF, tendo em vista que, em outra decisão monocrática, proferida no dia 31 de maio de 2010, a Ministra reconheceu que a Reclamação ora analisada impugnava decisão judicial já transitada em julgado. Diante disso, a Ministra cassou a liminar então concedida e o processo foi arquivado.

De notar que essa seria uma primorosa oportunidade para que o Supremo pudesse, com a devida verticalidade, analisar a temática e definir os critérios definitivos para aplicação da Súmula Vinculante, bem como sua interpretação e seu alcance aos agentes políticos.

Torna-se ao menos possível, todavia, constatar que a Ministra entendeu por bem relativizar o que foi decidido no RE n. 579.951 e na Reclamação n. 6.650, no sentido de ampliar a vedação ao nepotismo em nomeações para cargos políticos em situações teratológicas.

4.9 Medida Cautelar na Reclamação n. 12.478

Torna-se essencial, para o presente estudo, analisar também a decisão monocrática de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa na medida cautelar na Reclamação n. 12.478. Esse precedente, em verdade, é mais um indicativo de que a Súmula Vinculante n. 13 precisa ser revista ou, quando não tanto, de que o Supremo deve melhor definir sua aplicação, interpretação e alcance.

¹⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Medida Cautelar na Reclamação n. 8625**. Relator: Min. Ellen Gracie. Decisão monocrática proferida em 20/4/2010. Publicada em 27/4/2010.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

Cuida-se de reclamação constitucional ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) contra nomeação do irmão de Prefeito do município de Queimados para o cargo de Secretário Municipal de Educação.

O reclamante sustentou que houve afronta à referida Súmula, uma vez que sua redação não reconhece exceções relacionadas às nomeações de parentes para cargos políticos. Por sua vez, o reclamado defendeu que não há qualquer óbice na nomeação do agente político, sob o argumento de que o STF já havia reconhecido que os cargos de natureza política poderiam ser preenchidos por parentes consanguíneos, sem qualquer violação à Súmula Vinculante n. 13.

Em decisão monocrática, o Ministro Relator Joaquim Barbosa consignou que o STF excepcionou a vedação ao nepotismo aos cargos de natureza política nos julgamentos do RE n. 579.951 e da Reclamação n. 6.650.

Entretanto, o Ministro ressaltou que, em ambas as oportunidades, ficou assentado que as exceções da referida Súmula deveriam ser analisadas caso a caso. Além disso, entendeu que a redação do verbete sumular não prevê expressamente a exceção referente à nomeação de parentes aos cargos de natureza política. Por fim, deferiu a medida cautelar para afastar do cargo de Secretário Municipal de Educação, irmão do Prefeito do Município de Queimados, até o julgamento final da reclamação. A propósito, vejamos trecho de sua decisão:

É que não há, em passagem alguma das informações prestadas pelo município, qualquer justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação do parente ao cargo de secretário municipal de educação. Tudo indica, portanto, que a nomeação impugnada não recaiu sobre reconhecido profissional da área da educação que, por acaso, era parente do prefeito, mas, pelo contrário, incidiu sobre parente do prefeito que, por essa exclusiva razão, foi escolhido para integrar o secretariado municipal¹⁵⁰ (grifo meu).

Nessa oportunidade, resta claro que o Ministro pautou-se na ausência de critérios objetivos – entre eles os de natureza profissional, curricular ou técnico – para analisar a nomeação de parente do Prefeito de Queimados ao cargo de Secretário Municipal.

Abriu-se, assim, espaço para o ajuizamento de novas ações que objetivassem impugnar nomeações de parentes para cargos políticos, quando não se verificasse a presença de parâmetros de qualificação do agente público para o exercício de seu cargo.

Nesse atual momento, o agravo regimental do Reclamado encontra-se concluso ao Ministro Luís Roberto Barroso, por redistribuição, juntamente com o parecer da Procuradoria Geral da República que opina pela procedência da Reclamação.

¹⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Medida Cautelar na Reclamação 12478 DF- MC.** Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 03/11/2011.

Ocorre que, pelo transcurso do tempo, do ajuizamento da Reclamação em 2011 até hoje, é bem provável que a ação principal já tenha perdido o seu objeto.

De qualquer forma, se esse caso vier a ser julgado em sede de agravo regimental, seria uma excelente oportunidade para que o STF venha a delimitar, de vez, a aplicação e o alcance da Súmula Vinculante n. 13, indefinição essa que vem gerando insegurança jurídica, com decorrente prejuízo à eficácia na contenção de práticas nepotistas. Quem sabe, seja até mesmo o momento adequado para que seja revista a redação da Súmula Vinculante.

4.10 Reclamação n. 17.102

O último caso a ser analisado a fundo no presente estudo chama atenção pela ampliação do alcance da Súmula Vinculante n. 13 às nomeações de parentes para os cargos de natureza política.

Em recente decisão monocrática, proferida em 11 de fevereiro de 2016, o Ministro Relator Luiz Fux definiu que a aplicação da referida Súmula deve levar em consideração a qualificação técnica do nomeado para o cargo político.

Cuida-se, na espécie, de Reclamação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por afronta ao enunciado da Súmula Vinculante n. 13. Sob o fundamento de configuração de nepotismo, o reclamante alega que propôs ação de improbidade em face de Prefeito que havia nomeado seu cunhado e seu sobrinho aos cargos, respectivamente, de Secretário Municipal de Segurança Pública e Trânsito e Secretário Municipal da Administração Planejamento.

O Tribunal de origem entendeu pela inaplicabilidade da Súmula Vinculante às nomeações para cargos de natureza política, seguindo a jurisprudência do STF. Contra esse acórdão, insurgiu o reclamante sob o argumento de que a interpretação da referida Súmula está equivocada, uma vez que os juízes não podem criar direito novo na interpretação dos verbetes sumulares.

No início de sua decisão, o Ministro Relator Luiz Fux abordou a construção jurisprudencial e histórica da vedação ao nepotismo, a partir do julgamento do RE n. 579.951, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, quando se fixou a tese de que a vedação ao nepotismo deriva diretamente dos princípios da moralidade e da impessoalidade, decorrentes do *caput* do art. 37 da CF de 1988.

Como já analisado, naquele julgamento, foi feita a distinção entre os cargos administrativos e cargos políticos. Na ocasião, entendeu-se que as vedações ao nepotismo seriam aplicáveis somente aos cargos de natureza administrativa. Além disso, o Ministro salientou que, naquela oportunidade, o Supremo consignou o entendimento de que a mera relação de parentesco não é suficiente a ensejar, por si só, a nulidade da nomeação de agente de cargo político. Isso porque se devem analisar, caso a caso, eventuais “trocas de favores” (nepotismo cruzado), fraudes ou violações aos princípios administrativos.

Nada disso é novidade. Por outro lado, merece destaque trecho em que o Ministro Luiz Fux complementa esse entendimento ao discorrer:

[...] a nomeação de agente para exercício de cargo na administração pública, em qualquer nível, fundada apenas e tão somente no grau de parentesco com a autoridade nomeante, **sem levar em conta a capacidade técnica para o seu desempenho de forma eficiente, além de violar o interesse público, mostra-se contrária ao princípio republicano.**

[...]

Nesse contexto, quanto aos cargos políticos, **deve-se analisar, ainda, se o agente nomeado possui a qualificação técnica necessária ao seu desempenho e se não há nada que desabone sua conduta**¹⁵¹ (*grifo meu*).

Nota-se, portanto, que entre os critérios objetivos que devem ser levados em consideração pelo aplicador do direito – na interpretação e aplicação do enunciado do verbete sumular – destacam-se: i) o exame da capacidade técnica e profissional, em prol dos princípios da eficiência e do interesse público; ii) a idoneidade moral do agente.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Ministro Relator destacou a decisão monocrática na medida liminar na Reclamação n. 17.627/RJ, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, oportunidade em que o Ministro Barroso fez a seguinte ressalva à aplicação da Súmula aos cargos políticos:

Estou convencido de que, em linha de princípio, a restrição sumular não se aplica à nomeação para cargos políticos. **Ressalvaria apenas as situações de inequívoca falta de razoabilidade, por ausência manifesta de qualificação técnica ou de idoneidade moral**¹⁵² (*grifo meu*).

¹⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Medida Cautelar na Reclamação 17102 SP- MC**. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 11/02/2016, DJe 15/02/2016.

¹⁵² *Ibidem*.

De mesmo modo, o Ministro Relator fez referência à decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na Reclamação n. 11.605/SP, tendo em vista que, nessa ocasião, entendeu-se que teria configuração de nepotismo quando não houvesse comprovação de aptidão técnica para o exercício de cargos políticos por parentes do nomeante.

No final da decisão monocrática, o Ministro Luiz Fux, em outra interessante passagem, ressalta que o enunciado do verbete não exclui expressamente os cargos de natureza política do alcance da proibição ao nepotismo. E continua ao dizer que:

Cabe ao juízo reclamado, na hipótese, verificar a qualificação técnica dos agentes para o desempenho eficiente dos cargos para os quais foram nomeados, bem como analisar a existência de indício de fraude à lei ou de nepotismo cruzado, circunstâncias em que a nomeação de parente para cargo político mostra-se atentatória aos princípios que norteiam a atividade do administrador público, dentre eles o da moralidade, da impessoalidade e o da eficiência. A decisão reclamada, no entanto, concluiu pela inexistência de nepotismo, sob o singelo argumento de que os agentes foram nomeados para cargos de natureza política, contrariando, a priori, o alcance da Súmula Vinculante nº 13.

Destarte, ao mesmo tempo em que não se pode declarar de plano a ilegitimidade da nomeação da ocupantes para cargos políticos em razão exclusivamente da existência da relação de parentesco, também não se pode assentar, de imediato, a total inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13 à ocupação de cargos políticos, nos termos em que aqui disposto¹⁵³ (grifo meu).

Por essas razões, verifica-se a importância desse julgado, em que se ampliou o alcance da aplicação da Súmula Vinculante n. 13 aos cargos de natureza política. Antes, como já observado, aplicava-se a Súmula aos agentes administrativos (cargos em comissão ou confiança) e aos agentes políticos, estes últimos somente nos casos em que se constatava "trocas de favores", fraudes ou descumprimento aos princípios administrativos. Entretanto, a partir daí, abriu-se espaço para novas Reclamações que objetivem anular nomeações de parentes para os cargos políticos quando ausentes os critérios de qualificação técnica e/ou idoneidade moral do agente.

Assim, feitas considerações sobre a evolução jurisprudencial da vedação ao nepotismo no âmbito do STF, pode-se chegar a algumas conclusões.

Primeiro, observa-se que o Supremo teve papel extremamente relevante na análise e construção da restrição ao nepotismo no Brasil. Isso porque: i) fixou o entendimento de que a vedação ao nepotismo decorre dos princípios constitucionais administrativos, extraídos do *caput* do art. 37 da CF de 1988; ii) editou a Súmula Vinculante n. 13 com intuito de combater essas nefastas práticas na Administração Pública; iii) delimitou a aplicação da referida

¹⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Medida Cautelar na Reclamação 17102 SP- MC.** Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 11/02/2016, DJe 15/02/2016.

Súmula aos cargos de natureza administrativa, aplicando-a somente aos cargos de natureza política quando presentes indícios de fraude, “nepotismo cruzado” ou descumprimento de princípios administrativos.

Por outro lado, em pontuais decisões monocráticas, foi possível verificar que o STF tem preferido analisar caso a caso a aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 13. Nessa seara, nota-se que, de forma casuística, alguns Ministros entendem que a nomeação de parentes para cargos de natureza política devem observar os princípios da eficiência e do interesse público, na medida em que se devem levar em consideração os critérios objetivos de qualificação técnica e profissional, bem como a idoneidade moral do agente.

Diante do exposto, é possível observar que a construção jurisprudencial, em geral, foi positiva à Administração Pública, vez que restringiu práticas nepotistas.

5 REFLEXÕES SOBRE OS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, o presente estudo analisou os fenômenos do neoconstitucionalismo, do ativismo judicial e da constitucionalização do Direito Administrativo, tratou dos princípios estruturantes e norteadores da Administração Pública, bem como introduziu o contexto histórico e jurisprudencial, relativamente recente, da vedação ao nepotismo em todas as esferas de poder no Brasil.

Feitas as devidas considerações, restam as seguintes indagações: i) o Supremo atuou de forma ativista ao regulamentar a vedação ao nepotismo na Administração Pública? ii) a Súmula Vinculante n. 13 pode ser aplicada aos agentes políticos? Qual é seu alcance? iii) O Supremo age casuisticamente na análise do nepotismo? iv) pode-se flexibilizar a proibição ao nepotismo?

5.1 A vedação ao nepotismo na Administração Pública: atuação ativista do Supremo Tribunal Federal

No decorrer do presente estudo, analisaram-se os pensamentos das correntes doutrinárias que estudam o movimento do neoconstitucionalismo, explorando também os fenômenos do ativismo judicial e da constitucionalização do Direito Administrativo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) assumiu papel de relevo na construção jurisprudencial referente à proibição do nepotismo. Como observado, a construção se deu a partir da concretização de princípios constitucionais administrativos – em que se destacam os princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade, eficiência e legalidade – que possuem, de acordo com a corrente neoconstitucionalista, aplicabilidade direta e imediata no caso concreto.

Portanto, em primeira perspectiva, a construção jurisprudencial da proibição do nepotismo na Administração Pública pode ser encarada como uma atuação em que o STF privilegiou a relevância e a efetividade dos princípios constitucionais, com especial foco no princípio da moralidade, independente da existência de lei prévia que proibisse as reprováveis condutas. Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado justifica que, do contrário, “teríamos reduzido a moralidade à legalidade, o que não é o propósito da Constituição Federal, que separa e distingue os dois princípios”¹⁵⁴.

¹⁵⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 91.

Entretanto, em outra perspectiva, Elival Ramos questiona que:

[...] não se põe em dúvida que a prática do nepotismo, timidamente combatida pelo legislador brasileiro, estava a merecer um enfrentamento mais energético. **O que se questiona é que pudesse ele ser feito mediante mera aplicação direta de princípios constitucionais**¹⁵⁵ (grifo meu).

Portanto, opondo-se à corrente neoconstitucionalista, o referido autor entende que a vedação ao nepotismo não deveria advir da aplicabilidade direta e imediata do núcleo essencial dos princípios constitucionais. Assim, defende que as referidas restrições, necessárias e importantes à Administração Pública, deveriam partir de iniciativas legislativas, e não do Poder Judiciário.

Nesse sentido, como já profundamente analisado no capítulo próprio, o mesmo autor faz alusão ao ativismo como um problema ao exercício da jurisdição constitucional. Além disso, esclarece que no momento em que o Poder Judiciário ultrapassa suas competências previstas no ordenamento jurídico - deixando de ser aplicador do direito para assumir o papel de legislador positivo - prejudica-se o modelo de equilíbrio entre as Instituições e a preservação dos direitos fundamentais¹⁵⁶.

Dessa forma, aquele autor defende que, ao contrário do ativismo, deve-se priorizar a interpretação criativa com parâmetros normativos definidos. Isso tudo para se garantir uma interpretação sistemática e técnica para adequar a norma às realidades sociais sem ferir o próprio texto constitucional.

Diante desse cenário, Elival Ramos trata com precisão a postura da Suprema Corte frente à vedação ao nepotismo:

[...] a disciplina legal restritiva ao provimento de cargos de confiança por parentes da autoridade nomeante, ou de outras autoridades que desfrutem de considerável poder decisório no âmbito da mesma pessoa jurídica, é altamente recomendável, favorecendo os princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência, os quais, entretanto, **não tornam prescindível esse regramento infraconstitucional, conforme consagrado na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que veio a incidir, também nesse caso, em prática ativista** [...] ¹⁵⁷ (grifo meu).

Em assim sendo, de acordo com Elival Ramos, certo é que o Supremo Tribunal atuou de forma ativista. De fato, não é de hoje que a Suprema Corte enfrenta casos em que, diante da omissão legislativa, vê-se em situação em que deve cumprir seus deveres a partir da

¹⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 260.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Idem, p. 264

concretização de princípios constitucionais para estabelecer direitos ou impor determinadas restrições.

Invariavelmente, essa postura acaba por interferir no papel exercido pelo pouco - diga-se de passagem – representativo Poder Legislativo. Por óbvio que, na hipótese da vedação ao nepotismo, trata-se de uma restrição, em regra, positiva à sociedade e à Administração Pública. No entanto, até que ponto pode-se legitimar o Poder Judiciário em atuações inerentes ao Poder Legislativo? O liame dessa questão é extremamente delicado.

Afinal, merece destaque, mais uma vez, as palavras de Humberto Ávila, ao tratar do discurso de “otimização” dos princípios sobre as regras infraconstitucionais, vez que afirma que “a interpretação centrada em princípios constitucionais culmina na violação de três princípios fundamentais: o princípio democrático, da legalidade e da separação dos poderes”¹⁵⁸.

Posto isto, no presente estudo, entende-se que a construção jurisprudencial e a edição de Súmula Vinculante restritiva às práticas nepotistas se deram a partir de uma atuação ativista do STF. Dever-se-ia, nesse caso, privilegiar a separação dos poderes e o papel do Poder Legislativo para que, neste ambiente, democrático e legítimo, fossem debatidas essas polêmicas questões.

Não obstante isso, a crítica quanto à postura ativista é apenas uma das vertentes do presente estudo, mas não a principal. Isso porque o Supremo já concretizou e já editou verbete sumular que veda o nepotismo na Administração Pública, não havendo, assim, mais razão, ao menos por ora, para se questionar sobre sua conduta ativista.

Por outro lado, torna-se fundamental demonstrar que a aplicabilidade e efetividade da Súmula Vinculante n. 13 não está atingindo os resultados esperados e compatíveis com o mundo contemporâneo, vez que o real alcance da referida Súmula às nomeações de parentes para cargos políticos, por mais que existam diversos julgados que tratem da matéria, permanece revestida de alguma incerteza.

¹⁵⁸ ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em:

5.2 O alcance da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal e as nomeações de parentes para cargos de natureza política

Como analisado, o STF, na elaboração da Súmula Vinculante n. 13, não debateu, com a profundidade necessária, a aplicação da vedação ao nepotismo aos cargos de natureza política, restringindo a redação do verbete sumular aos cargos em comissão ou funções de confiança de natureza administrativa.

Somente após os julgamentos de determinados processos subjetivos, o Supremo delimitou o entendimento de que se deve analisar, em cada caso concreto, a aplicabilidade da vedação ao nepotismo aos agentes políticos. Entretanto, será demonstrado que ainda restam diversas indefinições sobre o real alcance da referida Súmula.

Em apertada síntese, a Suprema Corte, em sua construção jurisprudencial, balizou o entendimento de que a referida Súmula seria aplicável aos cargos de natureza administrativa, e quanto aos cargos de natureza política tão somente quando presentes indícios de fraude, “nepotismo cruzado” ou descumprimento de princípios administrativos.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio Mello esclarece que a mencionada Súmula contempla três vedações:

A primeira diz respeito à proibição de designar parente da autoridade nomeante. A segunda concerne a parente de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento. A terceira refere-se ao nepotismo cruzado, mediante designações recíprocas¹⁵⁹.

Em seguida, o Ministro – tanto nessa oportunidade quanto em decisão monocrática na Medida Cautelar na Reclamação n. 15.571 – adverte que o verbete sumular não contém exceção expressa às nomeações aos cargos de natureza política.

Sobre essa problemática, Paulo Modesto afirma que o STF deveria expandir o alcance da Súmula Vinculante n. 13, levando em consideração o princípio republicano:

A Suprema Corte [...] quando interpretou as suas próprias decisões e a Súmula Vinculante 13, apegou-se a formulação literal do Art. 37 da Constituição Federal, restringiu a sua atenção aos princípios da administração pública, para igualmente reduzir o alcance de sua censura aos cargos em comissão mais singelos, esquecendo-se que todos os cargos do Estado brasileiro devem submissão ao princípio

¹⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Medida Cautelar na Reclamação 19010 SC – MC**. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 10/02/2015.

republicano, que não se expressa apenas pelo enunciado constante da cabeça do Art. 37 e seus incisos¹⁶⁰.

E vai além. O referido autor critica a omissão no verbete sumular quanto à extensão aos agentes políticos ao dizer:

A mais grave das ressalvas foi germinada nas primeiras decisões da Corte sobre o tema nepotismo, a partir de uma distinção ausente do enunciado da súmula entre o favorecimento familiar de agentes no provimento de cargos administrativos e no provimento de “cargos políticos” ou “político-administrativos”¹⁶¹.

Nesse sentido, percebe-se – da redação da Súmula Vinculante n. 13 – que os cargos de natureza política não sofreram qualquer limitação expressa à vedação ao nepotismo.

Essa omissão, na perspectiva do referido autor, é prejudicial à Administração Pública, pois enseja diversos questionamentos e incertezas sobre a aplicabilidade da Súmula aos cargos de natureza política.

Não há dúvidas que, na ocasião da edição do verbete sumular, deveriam ter sido estabelecidos, de forma expressa e clara, os limites da aplicação, seja para excluir ou incluir os agentes políticos da norma restritiva ao nepotismo.

Nessa linha de raciocínio, Paulo Modesto critica que as decisões do STF não analisaram as significativas nuances naquilo que se conceitua como cargos políticos:

Há cargos político-administrativos e cargos político-representativos ou funcionais. Nos primeiros os agentes são investidos por designação unipessoal da autoridade superior, o provimento é precário e livre, enquanto nos segundos os agentes são investidos por sufrágio, popular ou corporativo (isto é, realizado pelos próprios pares do investido) ou por concurso público, isto é, possuem provimento vinculado ou condicionado, definitivo ou a termo (exercem mandato). São situações completamente distintas, que exigem tratamento jurídico diferenciado. Nos primeiros cabe sempre avaliar a legitimidade da designação por eventual nepotismo ou favorecimento indevido, isto é, cabem sempre as restrições antinepotismo (ex. cargos de Ministros de Estado, secretários estaduais e municipais); nos demais, por definição, nunca cabe cogitar de nepotismo, quando se tratar de provimento vinculado (nomeados por concurso público ou eleitos por sufrágio direto) ou cabe apenas de forma residual ou limitada quando se entregar à autoridade o exercício de discricionariedade reduzida em decisão final de processo de provimento condicionado (escolha discricionária de agente a partir de lista de candidatos

¹⁶⁰ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

¹⁶¹ Ibidem.

formada originalmente por outros órgãos ou quando se tratar de designação de agentes sujeita a aprovação por órgão diverso)¹⁶².

Desse modo, ao elaborar e editar Súmula Vinculante que cuida da vedação ao nepotismo na Administração Pública, o STF deixou de examinar, nos dizeres de Paulo Modesto, as particularidades dos cargos político-administrativos – que possuem designação unilateral e provimento precário – e dos cargos político-representativos – que possuem designação por provimento vinculado ou condicionado. Em sua concepção, as regras antinepotismo também seriam nitidamente aplicáveis às nomeações para cargos político-administrativos.

Por isso, seguindo o entendimento de Paulo Modesto, entende-se que a mencionada Súmula deveria contemplar, na vedação ao nepotismo, os cargos político-administrativos, modificando-se, assim, a sua faceta e, porventura, a sua efetividade.

Ademais, diante dos valores do mundo contemporâneo, não há razão para persistir a ideia de que os agentes político-administrativos, tais como Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, não sofram limitação quando as nomeações são amparadas exclusivamente pelo caráter familiar.

Não é suficiente que a aplicação da Súmula Vinculante, no casos de agentes políticos, dê-se apenas em casos de fraude, "nepotismo cruzado" e descumprimento aos princípios constitucionais. Portanto, coaduna-se com a ideia de que a aplicação seria extensível às nomeações para cargos político-administrativos.

Entretanto, defende-se que, em todas as nomeações, seja para cargos administrativos, seja para cargos político-administrativos, deve-se levar em consideração critérios objetivos de qualificação técnica e de idoneidade moral do agente.

Isso porque, a despeito da natureza jurídica dos cargos político-administrativos ser distinta da natureza dos cargos administrativos, a nomeação de parentes sem critérios objetivos de qualificação técnica para o exercício do cargo vai contra os princípios norteadores da boa administração pública.

¹⁶² MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux, em recente decisão monocrática, consignou o seguinte:

O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que **a mera relação de parentesco não é suficiente a ensejar, de pronto, a nulidade da nomeação de ocupante de cargo de natureza estritamente política**. Nessa hipótese, a configuração ou não do nepotismo deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar a eventual ocorrência de “nepotismo cruzado” ou outra modalidade de fraude à lei e descumprimento dos princípios constitucionais. Nesse contexto, **quanto aos cargos políticos, deve-se analisar, ainda, se o agente nomeado possui a qualificação técnica necessária ao desempenho da função e se não há nada que desabone sua conduta**¹⁶³ (grifo meu).

No início da decisão acima transcrita, nota-se que o STF fixou o entendimento de que a relação de parentesco por si só não é suficiente para anular a nomeação de ocupante de cargo de natureza política. Por sua vez, o Ministro entende que, em cada caso concreto, deve-se levar em consideração a ocorrência de “nepotismo cruzado”, fraudes à lei e descumprimento dos princípios constitucionais. E ainda, deve-se examinar a qualificação técnica e a idoneidade do agente.

A despeito disso, considera-se que a mera construção jurisprudencial não tem sido suficiente para pacificar esse entendimento, pois, como será mais bem analisado na próxima reflexão, o Supremo acaba por decidir de forma casuística, como no caso citado acima, a aplicabilidade da Súmula aos cargos políticos.

Assim, o que se busca na presente reflexão é fixar a tese de que, como regra geral, a Súmula Vinculante n. 13 também seria aplicável aos agentes político-administrativos, não apenas naquelas situações em que há indícios de fraude à lei ou de “nepotismo cruzado”, mas também naquelas circunstâncias em que a nomeação de parente para cargo político se dá exclusivamente em razão do parentesco.

Não obstante isso, em todas as nomeações, defende-se que se devem privilegiar as qualificações técnicas dos agentes para o desempenho dos cargos para os quais foram nomeados. Isso porque, na tônica do presente estudo, a omissão da Súmula Vinculante quanto à sua aplicação aos agentes políticos gera riscos incalculáveis à Administração, vez que se pode permitir, a partir dessas brechas, o favorecimento de cargos de natureza política, sem a observância de parâmetros objetivos e contemporâneos de meritocracia, moralidade, impessoalidade e eficiência na gestão pública.

¹⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 806608 – ARE**. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 31/03/2016.

5.3 A casuística nas decisões do Supremo Tribunal Federal e seus efeitos no enfrentamento do nepotismo

Na última reflexão, foi possível observar que o STF, a partir de uma construção jurisprudencial, delimitou o alcance da Súmula Vinculante n. 13.

De forma geral, prevaleceu o entendimento de que o verbete sumular seria aplicável aos cargos de natureza administrativa e, quanto aos cargos de natureza política, tão somente quando presentes indícios de fraude, “nepotismo cruzado” ou descumprimento de princípios administrativos.

Nessa toada, busca-se demonstrar, por intermédio de gráfico, que ainda restam dúvidas quanto à aplicação e ao real alcance da referida Súmula nas nomeações para cargos de natureza política.

Para tanto, objetiva-se evidenciar que a Corte tem, de forma reiterada, examinado, a partir da análise de cada caso concreto, a configuração de nepotismo nas nomeações para cargos de natureza política. Como resultado, vislumbra-se um cenário - por parte de alguns Ministros - de relativização da tese majoritária de inaplicabilidade da referida Súmula às nomeações para cargos de natureza política.

A propósito, vejamos gráfico que aponta a quantidade de processos subjetivos em que se questiona a aplicabilidade do verbete sumular às nomeações de parentes para cargos políticos:

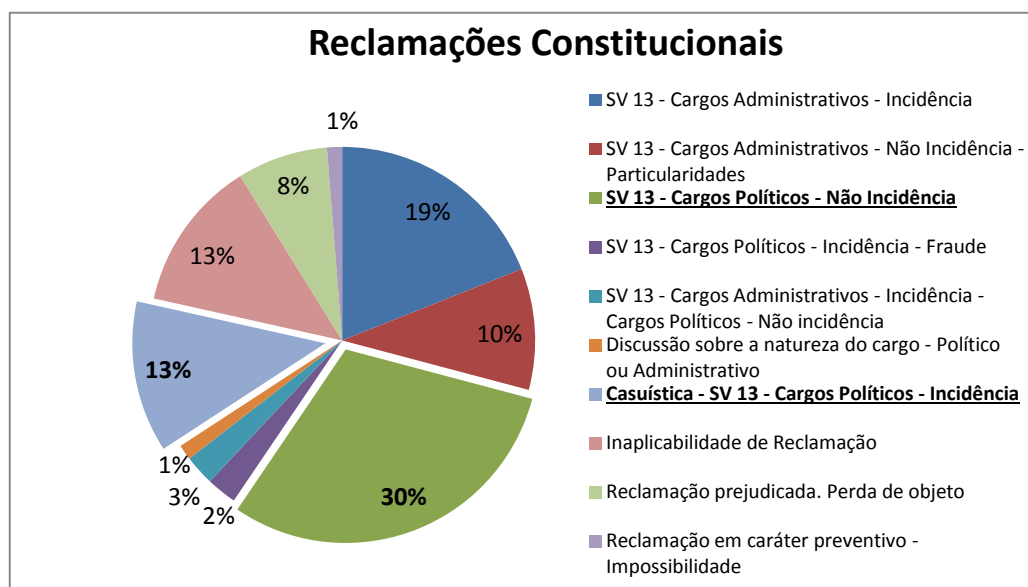


Gráfico 1 - Quantidade de processos subjetivos em que se questiona a aplicabilidade do verbete sumular às nomeações de parentes para cargos políticos.

Fonte: Do autor. Parâmetro de Pesquisa no STF: (Nepotism\$) e (Polític\$) e (@JULG >= 20080821)

Vislumbra-se, em um total de 79 decisões monocráticas analisadas, no marco temporal compreendido entre os dias 21 de agosto de 2008 à 03 de junho de 2016, em sede de Reclamações Constitucionais, que o debate gira em torno da incidência ou não da vedação ao nepotismo nas nomeações para os cargos de natureza política.

Primeiro, observa-se que 24 decisões monocráticas - 30% do total - relacionam-se à inaplicabilidade da Súmula Vinculante aos agentes políticos (*SV 13 - Cargos Políticos - Não Incidência*), sendo que, em boa parte dos julgados, modificou-se o acórdão do Tribunal de origem que entendia pela aplicabilidade.

Nota-se, ainda, que em 10 decisões - 13% do total - houve a flexibilização do entendimento aparentemente pacificado no Supremo Tribunal Federal, aplicando-se, assim, a Súmula Vinculante às nomeações para cargos políticos (*Casuística - SV 13 - Cargos Políticos - Incidência*). Além disso, em outras 8 decisões - que na pesquisa foram alocadas no grupo (*SV 13 - Cargos Políticos - Não Incidência*) vez que os Ministros afastaram a aplicação da Súmula Vinculante em razão da natureza política do cargo - foram feitas ressalvas quanto a necessidade de se avaliar em cada caso concreto a qualificação técnica do agente. Isso demonstra, portanto, que o entendimento do alcance e da aplicabilidade da Súmula não é por todos pacífico.

Diante disso, percebe-se a tendência, relativamente recente, de modificação do entendimento no que diz respeito à inaplicabilidade da Súmula aos cargos de natureza política, a partir da verificação, em cada caso concreto, da existência de parâmetros objetivos, para evitar nomeações para cargos políticos em razão exclusiva dos laços de parentesco, valorizando-se critérios objetivos de qualificação técnica e profissional para o exercício do cargo.

Nessa perspectiva, é relevante destacar o posicionamento de Paulo Modesto quanto à postura do STF na análise de cada caso concreto que trata de nepotismo:

É equívoco afirmar, por outro lado, como tem sido difundido amplamente, que o Supremo Tribunal Federal tenha admitido a nomeação irrestrita de parentes para cargos de primeiro escalão da administração pública brasileira. A Corte, ao tratar da matéria, assentou em diversos julgados reservar-se a apurar **caso a caso** situações de abuso e falta de razoabilidade no provimento de **cargos políticos**, a apreciar em cada caso eventual nepotismo cruzado e apurar a ausência de qualificação técnica dos nomeados como indicativo de fraude à lei e aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência na administração pública¹⁶⁴.

¹⁶⁴ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-

De fato, a jurisprudência demonstra que a aplicação da vedação ao nepotismo é analisada de forma casuística, que no dizer de Paulo Modesto, posiciona o Supremo em “situações de varejo, do cotidiano da gestão de pessoal da máquina pública”¹⁶⁵, em disfunção ao seu papel de “fixar critérios gerais e objetivos de aplicação da Constituição Federal na matéria”¹⁶⁶.

Em outras palavras, Paulo Modesto sustenta que o Supremo não pode se submeter a análises casuísticas, uma vez que não é esse o seu papel. O referido autor, nesse ponto, assim argumenta:

O Supremo Tribunal Federal, que nesta matéria ofereceu contribuição inestimável ao aperfeiçoamento de nossas práticas políticas, deve assumir claramente o seu papel regulatório. Deve recusar o casuísmo, pois não é compatível com a sua alta missão, que a Corte, por via de reclamação, exerça o papel de síndico da adequação técnica dos nomeados para cargos políticos, avalie em cada caso a observância de critérios de razoabilidade na composição de ministérios ou do secretariado de unidades da Federação, sempre em atuação pontual, frequentemente errática, que não homenageia a segurança jurídica. Essa orientação vulgariza o papel da reclamação constitucional e coloca em risco a própria eficácia da Súmula Vinculante n. 13, além de fomentar abusos ao não precisar com a clareza necessária a norma vigente¹⁶⁷.

Diante desse cenário, pode-se concluir que a Suprema Corte não logrou – e nem era essa a sua pretensão - com a edição da Súmula Vinculante n. 13 - exaurir todas as possibilidades de configuração do nepotismo, vez que optou pela análise individualizada dos casos¹⁶⁸

Entretanto, a problemática reside justamente na opção pela análise casuística em detrimento da revisão da Súmula Vinculante. Isso porque a ausência de critérios mais claros e objetivos tornam ineficaz, em parte, a vedação ao nepotismo.

Por fim, Paulo Modesto critica a postura do STF que:

[...] preferiu reforçar a técnica da análise caso a caso, de controle de eventual fraude, abuso, desproporção de nomeações, falta de qualificação de agentes, em análise

%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>.

Acesso em: 21 maio 2016.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ “[...] 3. A redação do enunciado da Súmula Vinculante nº 13 não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo da Administração Pública, uma vez que a tese constitucional nele consagrada consiste na proposição de que essa irregularidade decorre diretamente do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, independentemente da edição de lei formal sobre o tema. [...]”. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ag. Reg. na Reclamação n. 15.451 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27.2.2014.

casuística ao invés de simplesmente rever a Súmula, estabelecendo padrões regulatórios mais adequados aos casos que se apresentavam¹⁶⁹.

Urge ao STF, portanto, rever a referida Súmula, para, primeiro, fixar teses que sinalizem orientação às Cortes inferiores e, segundo, definir parâmetros objetivos com a clareza que necessita, para, com isso, garantir segurança jurídica e eficácia na aplicação das restrições ao nepotismo.

Feitas essas considerações, passa-se a discorrer sobre outra polêmica questão, qual seja, a relativização da vedação do nepotismo na Administração Pública.

5.4 A Flexibilização da vedação ao nepotismo

O nepotismo, por quase todo o tempo, obteve, em razão de sua própria natureza, conotação pejorativa. Entretanto, será que existem ocasiões em que a nomeação de parentes não configura nepotismo?

Nessa reflexão, serão abordadas situações em que a aplicação das regras restritivas ao nepotismo deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

De fato, não há dúvidas de que devem ser criados instrumentos jurídicos que restrinjam a nomeação desenfreada de parentes na Administração Pública. Isso porque, como já debatido, a cultura e história brasileira mostram que, continuamente, agentes públicos utilizam de suas influências para compor os órgãos da gestão administrativa levando em consideração critérios exclusivamente pessoais e familiares.

Não obstante isso, tem-se algumas circunstâncias em que a aplicação da vedação ao nepotismo se mostra desproporcional, ou até mesmo prejudicial à própria Administração Pública e ao interesse público.

Para exemplificar tal realidade, vejamos o posicionamento do Ministro Carlos Velloso no julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 1521, em que se examinava a constitucionalidade de Emenda Constitucional que regulamentava o nepotismo na Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Em relevante passagem, o referido Ministro defendeu que foge à razoabilidade a aplicação da norma restritiva, ora analisada, para as nomeações de servidores efetivos para

¹⁶⁹ MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

cargos em comissão ou função de confiança no âmbito de todos os Poderes. Naquela oportunidade, o Ministro entendeu que haveria discriminação com os servidores efetivos e de carreira ao restringir o acesso àqueles cargos em razão da existência de laços de parentesco.

Na mesma ocasião, o Ministro Ilmar Galvão pontuou que:

[...] mantida a norma, a ofensa ao princípio da isonomia vai verificar-se em sentido inverso, atingindo, no primeiro caso, servidores efetivos, para impedi-los de preencher cargos de confiança próprios de sua situação funcional, e, no segundo, parentes até segundo grau de pessoas com as quais não terão nenhum relacionamento funcional e de cuja influência não dependeu a sua escolha.

Seguindo essa linha de raciocínio, ao fazer referência aos parentes, o citado Ministro exemplifica que: “O tio Desembargador poderá, por exemplo, exercer o seu cargo por 20, 30 anos, e durante esse período ficarão condenados ao não exercício de qualquer cargo da espécie, que constitui o coroamento da carreira funcional”.

Como se depreende da leitura integral dos votos, nota-se que ambos os Ministros são ferrenhos críticos às práticas nepotistas. No entanto, fazem excepcional ponderação quanto à possibilidade de se violar, às avessas, princípios constitucionais ao se aplicar desenfreadamente regras antinepotismo às nomeações de servidores efetivos para cargos em comissão ou confiança, apenas em virtude da existência de grau de parentesco.

Diante disso, há que se concordar com tal entendimento, vez que, nessas situações, a nomeação para os cargos em comissão ou de confiança é, para o servidor efetivo, um reconhecimento (“coroamento”, nos dizeres do Ministro Ilmar Galvão) de sua competência e qualificação na prestação de serviço à Administração Pública. Caso contrário, violar-se-iam os princípios da isonomia e da impessoalidade, ao impossibilitar o acesso àqueles cargos por servidores que já passaram pelo crivo do concurso público e demonstraram aptidão técnica e profissional para o exercício do cargo público.

Por sua vez, Bruno Miragem defende que a Súmula Vinculante n. 13 deve ser interpretada levando em consideração o princípio da proporcionalidade, ao dizer que:

[...] a interpretação da súmula deve respeitar a proporcionalidade para estabelecer menor restrição possível ao direito do parente nomeado em cargo em comissão, que eventualmente por mero critério temporal (ter sido cronologicamente nomeado após parente seu), seja impedido de exercer cargo em comissão ou função de confiança em vista da aplicação da súmula vinculante 13¹⁷⁰.

¹⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 299.

Em outra passagem, Bruno Miragem reconhece que não se mostra proporcional a aplicação da referida Súmula em nomeações para cargos em comissão ou funções de confiança quando se tratar de servidores efetivos ou, ainda, de servidores que atuem em órgãos distintos de uma mesma pessoa jurídica, mesmo diante dos laços de parentesco:

[...] nada impede que se apresentem ou situações de parentes que, sem haver influência de qualquer deles na nomeação do outro, titulem ao mesmo tempo cargo em comissão, ou ainda mais contraditório: dois parentes que lotados em cargo de provimento efetivo (inclusive os organizados em carreira) em órgãos distintos de uma mesma pessoa jurídica, não possam exercer, ao mesmo tempo, função gratificada, em vista da vedação objetiva estabelecida mediante interpretação dos termos da súmula¹⁷¹.

Noutra perspectiva, Tarcísio Vieira de Carvalho, em precisa compreensão sobre o tema, ensina que a “tendência a uma proibição generalizada quanto à nomeação de parentes para cargos públicos [...] pode conduzir a injustiças de toda ordem. Em alguns casos, o interesse público não se perfaz pela proibição, mas sim pela nomeação”¹⁷².

Desse elucidativo entendimento, extrai-se que a aplicação generalizada das regras restritivas do nepotismo pode ocasionar injustiças e violação ao próprio interesse público. No presente estudo, entende-se que a nomeação de parentes pode, por mais contraditório que tal ato seja, representar a melhor opção à Administração Pública, quando for demonstrado que o agente público possui qualificação técnica e profissional, como também idoneidade moral, para o exercício do cargo.

Em outras palavras, pode-se afirmar que, em algumas situações, seria um desperdício à Administração vedar a nomeação de parentes que possuam excepcionais qualificações para o exercício do cargo público, exclusivamente em razão do grau de parentesco.

Em síntese, conclui-se que, para o exercício de cargos em comissão e de confiança, como regra geral, devem ser observadas as regras antinepotismo para se evitar a nomeação exclusiva e descomedida de parentes. Todavia, quando se tratar de servidores efetivos ou servidores que não possuam relacionamento funcional entre si, não há motivos para se aplicar extensivamente as vedações, vez que se pode, dessa maneira, violar - ao invés de preservar - princípios constitucionais.

¹⁷¹ Ibidem, p. 299.

¹⁷² CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 290.

Ademais, torna-se pertinente para presente estudo destacar outro recente caso em que se discutia a eventual violação ao princípio da impessoalidade a partir da vedação à nomeação de agente para cargo em comissão.

Cuida-se da Reclamação n. 18.564/SP contra nomeação de assessor do Tribunal de Contas do Município (TCM) de São Paulo. O reclamante alegava que o servidor nomeado era sobrinho do Chefe de Gabinete de determinado Conselheiro do referido Tribunal, requerendo a anulação do ato de investidura do referido servidor¹⁷³.

O Ministro Gilmar Mendes concedeu a liminar, ao entender que incide, no caso em tela, a Súmula Vinculante n. 13, sob o argumento de que “há presunção objetiva que impede a nomeação de parentes de servidores já investidos em funções de confiança ou em cargos em comissão, de modo a evitar que esses também assumam funções diferenciadas no mesmo órgão”¹⁷⁴.

Na ação principal, o Ministro Relator reconheceu que a Súmula “não é um primor de clareza” e que “o próprio enunciado exige adensamento e precisamos fazê-lo”¹⁷⁵. Após, julgou procedente a reclamação para anular a nomeação do referido servidor.

Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli pediu vista e, na sessão do dia 23 de fevereiro de 2016, votou pela cassação da liminar e pela improcedência da Reclamação, sob o argumento de que:

[...] vedar o acesso de qualquer cidadão a cargo público tão somente em razão da existência de relação de parentesco com servidor que não tem competência para selecionar ou nomear para cargo de direção, chefia ou assessoramento, é negar o princípio da impessoalidade¹⁷⁶.

De acordo com o referido Ministro, não havia critérios objetivos que dessem ensejo ao afastamento do servidor do cargo em comissão, sendo que a eventual anulação poderia ofender de forma reflexa o princípio da impessoalidade¹⁷⁷. A Turma, por maioria, seguiu a

¹⁷³ MIGALHAS. Reclamação contra ato de nepotismo sem elementos objetivos é improcedente. In: **Migalhas**, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234521,71043-Reclamacao+contra+ato+de+nepotismo+sem+elementos+objetivos+e>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

¹⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Medida Cautelar na Reclamação n. 18564 SP – MC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/10/2014, DJe 21/10/2014.

¹⁷⁵ MIGALHAS. Pedido de vista no STF adia decisão sobre nepotismo. In: **Migalhas**, 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225864,21048-Pedido+de+vista+no+STF+adia+decisao+sobre+nepotismo>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

¹⁷⁶ *Ibidem.* Reclamação contra ato de nepotismo sem elementos objetivos é improcedente. In: **Migalhas**, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234521,71043-Reclamacao+contra+ato+de+nepotismo+sem+elementos+objetivos+e>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

¹⁷⁷ *Idem.*

divergência aberta pelo Ministro Toffoli, ficando vencido o Ministro Gilmar Mendes. O acórdão ainda está pendente de publicação.

Diante disso, visualiza-se a importância da observância dos critérios objetivos para não se aplicar de forma descabida a Súmula Vinculante n. 13. Até porque, no caso, o comissionado não tinha qualquer relacionamento funcional ou subordinação com seu parente, não havendo que se falar em hipótese de nepotismo.

Nesse sentido, Tarcísio Vieira de Carvalho, em outra brilhante passagem, ensina que a proibição generalizada pode ocasionar uma “impessoalidade às avessas”:

Assentado o objetivo da norma, consubstanciado no controle do nepotismo para nomeação de cargos em comissão ou funções de confiança, marcados pelo caráter de livre nomeação (art. 37, II, da CF/88), forçoso reconhecer que a proibição do nepotismo não pode se estender generalizadamente, sob pena até mesmo de se conceber uma *'impessoalidade às avessas'*. É fato que a Súmula Vinculante nº 13/STF não esgota os casos em que, por imposição do princípio da impessoalidade, se aperfeiçoa a prática nefasta do nepotismo, mas é forçoso ter em mente que a Súmula somente se aplica a funções administrativas¹⁷⁸.

Seguindo essa linha de pensamento, entende-se, no presente estudo, que a generalização da vedação ao nepotismo é prejudicial à Administração, vez que pode impossibilitar o acesso de agentes - preparados e tecnicamente qualificados - para o exercício de cargos públicos, afrontando, ainda que às avessas, o princípio da impessoalidade. Até porque, nessas situações específicas, a nomeação de parentes não configura nepotismo.

Em sendo assim, cabe ao aplicador do direito, em cada caso concreto, examinar a presença de critérios objetivos nas nomeações para cargos em comissão ou de confiança - para servidores efetivos e/ou sem relacionamento funcional - e para cargos político-administrativos - Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais. Tudo, com o objetivo maior de preencher os referidos cargos com agentes qualificados, competentes e probos, mesmo diante de laços de parentesco, em observância aos princípios do interesse público, eficiência, moralidade, impessoalidade e proporcionalidade.

¹⁷⁸ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 293.

CONCLUSÃO

O presente estudo se iniciou com a análise dos fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do Direito Administrativo. No primeiro capítulo, a partir da exposição de correntes doutrinárias contrapostas, pôde-se verificar que o novo Direito Constitucional trouxe uma nova abordagem à interpretação e aplicação da Constituição frente aos diversos ramos do Direito.

Por outro lado, percebeu-se que o movimento foi alvo de críticas por doutrinadores que entendem que a aplicabilidade desenfreada de princípios constitucionais, sem a devida fundamentação, enseja alta margem de subjetividade ao intérprete do direito, que acaba, muitas vezes, por violar o próprio texto constitucional ao aplicá-lo ao caso concreto.

Assim, no capítulo inaugural, indicou-se que o intérprete do direito deve buscar conformar a norma às realidades sociais sem ferir o texto constitucional, evitando-se, a qualquer traço, exacerbada criatividade jurídica na leitura de princípios constitucionais, pois tal postura pode resultar em violação ao próprio ordenamento jurídico. Defende-se, portanto, que sejam estipulados métodos - sistemáticos e técnicos - de fundamentação e argumentação jurídica, para salvaguardar a interdependência dos poderes.

Por sua vez, no segundo capítulo, buscou-se conectar as ideias previamente apresentadas no capítulo anterior com o fenômeno do ativismo judicial. Nessa oportunidade, objetivou-se evidenciar as problemáticas advindas do ativismo desmedido. Pelos ensinamentos de Humberto Ávila, concluiu-se que a utilização exacerbada de princípios constitucionais - em situações em que há regras compatíveis à Constituição - por meio de fracas técnicas de ponderação, pode resultar em fragilização da democracia, a partir da desvalorização do papel do Poder Legislativo, bem como pode violar os princípios da separação dos poderes e da legalidade. Desse modo, defendeu-se a revalorização da função do Poder Legislativo, para resguardar o equilíbrio, os diálogos institucionais e a preservação do ordenamento jurídico.

No presente estudo, não se pretendeu afirmar que o Poder Judiciário é desimportante. Longe disso. Buscou-se defender que a legitimidade para se criar o direito é inerente ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário. Por seu turno, entende-se que o aplicador do direito deve assumir a postura de garantidor dos direitos fundamentais, com a devida cautela para não extrapolar a sua legitimidade ao interpretar exacerbadamente princípios, em detrimento de regras, sem a adequada e necessária fundamentação.

No terceiro capítulo, em uma perspectiva histórica, evidenciou-se que o favorecimento de parentes, ou melhor, a “troca de favores”, que antigamente era considerada uma “virtude”, no mundo contemporâneo, na concepção do Estado Democrático de Direito e das Instituições impessoais, é condenável. Ainda assim, constatou-se que o fenômeno, que se originou na Idade Média, ganhou novos contornos no Brasil Colônia e continua a se manifestar, na contemporaneidade. Portanto, concluiu-se que a prática de nepotismo - reconhecida, em termos gerais, como espécie de privilégio a beneficiar parentes de agentes públicos – encontra-se arraigada na cultura brasileira.

Nessa baila, foram introduzidos no decorrer do estudo, conceituados entendimentos sobre o nepotismo, aproximando a história ao mundo jurídico, para dizer que a noção contemporânea de vedação ao nepotismo advém da própria Constituição Federal (CF) de 1988, a partir dos princípios da impessoalidade, da moralidade, da legalidade, da eficiência e da igualdade.

No quarto capítulo, em análise jurisprudencial sobre o nepotismo, procurou-se demonstrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) assumiu relevante papel na construção da vedação ao nepotismo no Brasil. Nos julgados apresentados, observou-se que a Corte fixou o entendimento de que a vedação ao nepotismo decorre dos princípios constitucionais administrativos, extraídos do *caput* do art. 37 da Carta Magna.

Em momento posterior, foi possível verificar que o Supremo editou a Súmula Vinculante n. 13 com intuito de combater as nefastas práticas nepotistas na Administração Pública, bem como delimitou, após apreciação de alguns julgados, que a referida Súmula seria aplicável aos cargos de natureza administrativa e, quanto aos cargos de natureza política, tão somente quando presentes indícios de fraude, “nepotismo cruzado” ou descumprimento de princípios administrativos.

Entretanto, nesse quarto capítulo, pôde-se constatar que o STF, em pontuais decisões monocráticas, tem optado por examinar, em cada caso concreto, a aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 13. Nessa toada, verificou-se que, de forma casuística, alguns Ministros inovam ao entender que a nomeação de parentes para cargos de natureza política deve observar os princípios da eficiência e do interesse público, na medida em que se deve levar em consideração os critérios objetivos de qualificação técnica e profissional, bem como a idoneidade moral do agente.

Por essa razão, objetivou-se evidenciar que a interpretação e a aplicação da referida Súmula permanece, até os tempos atuais, revestida de alguma incerteza quanto ao seu real alcance aos agentes administrativos e, em especial, aos agentes políticos.

No quinto capítulo, foram apresentadas quatro reflexões para melhor compreender, de forma crítica, a construção jurisprudencial da vedação ao nepotismo na Administração Pública. Na primeira reflexão, concluiu-se que a Suprema Corte, ao editar a Súmula Vinculante n. 13, atuou de forma ativista. Defendeu-se ainda que – a despeito da regulamentação ter sido positiva e propiciado benefícios à sociedade e à Administração Pública – o papel regulamentador deveria ter sido exercido pelo Poder Legislativo. Não obstante isso, é preciso reconhecer que o Poder Legislativo passa por momento de pouca representatividade e que a manutenção das condenáveis práticas nepotistas poderia resultar em maiores prejuízos à Administração Pública.

Na segunda reflexão, defendeu-se a aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 13 aos agentes político-administrativos, isto é, aos Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais. Com essa proposta, sustenta-se que a vedação seria aplicável, além dos casos de nomeações de parentes aos cargos administrativos, também quando das nomeações para cargos político-administrativos, quando baseadas exclusivamente em razão do parentesco. Isso porque, não seria suficiente para combater o nepotismo o entendimento firmado pela Suprema Corte no sentido de que a referida Súmula seria tão somente aplicável aos agentes políticos em casos de fraude à lei ou de “nepotismo cruzado”.

Em contrapartida, defende-se que, em todas as nomeações, seja para cargos administrativos, seja para cargos político-administrativos, deve-se levar em consideração critérios objetivos de qualificação técnica e de idoneidade moral do agente, uma vez que a nomeação sem critérios objetivos vai contra os princípios norteadores da boa Administração Pública.

Por fim, evidenciou-se que a omissão da Súmula Vinculante quanto à sua aplicação aos agentes políticos gera riscos incalculáveis à Administração, vez que se pode permitir, a partir dessas brechas, o favorecimento de cargos de natureza política, sem a necessária observância de parâmetros objetivos e contemporâneos de meritocracia, moralidade, impessoalidade e eficiência na gestão pública.

Na terceira reflexão, verificou-se que o STF age de forma casuística no exame de casos de nepotismo. De fato, a Corte não pretendeu esgotar todas as hipóteses de nepotismo ao editar a Súmula Vinculante n. 13. Entretanto, o ambiente controverso sobre sua aplicabilidade, torna urgente a revisão do verbete sumular, para que sejam fixadas teses e definidos parâmetros objetivos que possam garantir segurança jurídica e eficácia na aplicação das restrições ao nepotismo.

Na última reflexão, buscou-se evidenciar que em certas ocasiões as nomeações de parentes para cargos públicos não configuram em si práticas nepotistas, sendo que, nesses casos, a aplicação da vedação ao nepotismo pode ser desproporcional, ou até mesmo prejudicial à própria Administração Pública e ao interesse público. De fato, a generalização do conceito de nepotismo pode ser prejudicial à Administração, vez que ao se impossibilitar o acesso de agentes - preparados e tecnicamente qualificados - para o exercício de cargos públicos, afronta-se, ainda que às avessas, o princípio da impessoalidade. Até porque, nessas situações específicas, não há que se falar em nepotismo.

Nesse sentido, argumentou-se que cabe ao aplicador do direito, em cada caso concreto, examinar a presença de critérios objetivos nas nomeações para cargos administrativos (cargos em comissão ou de confiança) e político-administrativos.

Em suma, no decorrer do estudo, resta claro concluir no sentido de que a Súmula Vinculante n. 13 deve ser aprimorada, para que se defina, de forma clara e objetiva, sua mais precisa aplicação e interpretação, bem como o seu real alcance no tocante à vedação ao nepotismo na Administração Pública, na tônica do Direito contemporâneo.

REFERÊNCIAS

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

AVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

_____. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**: livro comemorativo dos 25 anos do magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Carta A El Rei D. Manuel, Dominus: São Paulo, 1963. Pg. 9. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/zip/carta.pdf>>. Acesso em: 2 de maio de 2016

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

COELHO, Maria Filomena Pinto da Costa. Entrevista. 27 de janeiro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Ibidem. Campanhas. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>>. Acesso em: 03 maio 2016.

_____. Quem somos. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitantes-e-contatos>>. Acesso em: 05 maio 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 151-167, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/2923>>. Acesso em: 21 maio 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. **Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HORBACH, Carlos Bastide. **A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos**. Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGALHAS. Pedido de vista no STF adia decisão sobre nepotismo. In: **Migalhas**, 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225864,21048-Pedido+de+vista+no+STF+adia+decisao+sobre+nepotismo>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

MIGALHAS. Reclamação contra ato de nepotismo sem elementos objetivos é improcedente. In: **Migalhas**, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234521,71043-Reclamacao+contra+ato+de+nepotismo+sem+elementos+objetivos+e>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Doutrina_Nepotismo/Artigo%20-%20Nepotismo%20em%20cargos%20pol%C3%ADtico-administrativos%20-%20Paulo%20Modesto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Acórdão. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.521-4**. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/1997, DJ 17-03-2000.

_____. **Acórdão. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 12 – MC-ADI**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006.

_____. **Ag. Reg. na Medida Cautelar na Reclamação n. 6.650-9 – Paraná – MC-AgR**. Relator: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2008.

_____. **Ag. Reg. na Reclamação n. 15.451 Rio de Janeiro.** Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27.2.2014.

_____. **Medida Cautelar na Reclamação n. 8.625.** Relator: Min. Ellen Gracie. Decisão monocrática proferida em 20/4/2010. Publicada em 27/4/2010.

_____. **Medida Cautelar na Reclamação 12.478 DF- MC.** Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 03/11/2011.

_____. **Medida Cautelar na Reclamação 17.102 SP- MC.** Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 11/02/2016, DJe 15/02/2016.

_____. **Medida Cautelar na Reclamação 19.010 SC – MC.** Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 10/02/2015.

_____. **Medida Cautelar na Reclamação n. 18.564 SP – MC.** Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/10/2014, DJe 21/10/2014.

_____. Plenário. **Debates que integram a Ata da 21ª (vigésima primeira) Sessão Ordinária, realizada em 20 de agosto de 2008.** Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13_Debates.pdf>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 806.608 – ARE.** Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 31/03/2016.

_____. **Recurso Extraordinário n. 579.951-4 Rio Grande do Norte.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, Repercussão Geral – Mérito, DJe 23.10.2008.

_____. **Tema 66 do Plenário Virtual:** Reserva de Lei para a vedação de nepotismo no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600331&numeroProcesso=579951&classeProcesso=RE&numeroTema=66#>>. Acesso em: 21 maio 2016.

VALE, André Rufino do. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, v. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade:** debate entre o STF e o Congresso Nacional. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.