



Súmula Vinculante que proíbe nepotismo afronta princípio da legalidade

13/07/2009

Em 20 de agosto de 2008, discutia-se na Suprema Corte o tema nepotismo, utilizando-se como precedentes os julgamentos dos processos ADI 1521 MC, MS 23780, ADC 12 MC, ADC 12 e RE 579951, no qual foi deliberado a edição de uma nova súmula vinculante acerca da matéria.

Em 29 de agosto de 2008 foi publicada a Súmula Vinculante de 13, com o seguinte teor: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

O principal fundamento para edição da citada súmula reside no artigo 37 da Carta Constitucional, que determina a observância aos princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo, inclusive, autoaplicáveis.

Isto porque, segundo o Ministro Menezes Direito, "não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade". Neste esteio, o ministro Ricardo Lewandowski, relator do recurso extraordinário, afirmou que é "falacioso" o argumento de que a Constituição Federal não vedou o nepotismo e que, então, essa prática seria lícita. Segundo ele, esse argumento está "totalmente apartado do *ethos* que permeia a Constituição cidadã".

Inicialmente, importante destacar os princípios descritos no dispositivo constitucional ora mencionados e, posteriormente, analisar àqueles particularmente aplicáveis na matéria em apreço. O tradicional princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá agir de acordo com o estipulado em lei, diferentemente do particular, em que é permitido realizar tudo que a lei não proíbe.

Quanto ao princípio da impessoalidade, também chamado de princípio da finalidade administrativa, importante trazer à baila os ensinamentos do saudoso e ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles, "o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (artigo 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal" [01]

Pelo princípio da moralidade administrativa, não basta o administrador público o fiel cumprimento da legalidade, devendo ainda, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e

Justiça, pois constitui este princípio de pressuposto de validade de todo ato da administração pública pós Constituição de 1988. Este princípio constitucional é de difícil conceituação objetiva, pois o problema está intimamente relacionado com a dificuldade de definição do conceito de corrupção. Sobre tal assertiva, estudaremos mais profundamente no capítulo posterior, tendo em vista sua suma importância na matéria em voga.

Quanto ao princípio da publicidade, este vem inserido em nossa Magna Carta para exigir a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, com hipóteses de sigilo previstas em lei. Como salienta Carlos Ari Sundfeld, "a Administração jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever da absoluta transparência. "Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido" (Constituição Federal, artigo 1º, §1º). É óbvio, então, que o povo, titular do poder, tem direito de conhecer tudo o que concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder". [02]

Por fim, porém não menos importante, o princípio da eficiência, positivado na Constituição, vem apenas reforçar o que deve ser inerente a toda administração, seja pública ou privada, qual seja, a eficiência. Hely Lopes Meirelles define eficiência como "o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros" [03]

No voto do Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da resolução 7 do Conselho Nacional de Justiça (ADC 12-MC), que discutia o tema de nepotismo, declarou: "É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do artigo 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados. Por isso que deixo de atribuir a ele, em tema de nepotismo, a mesma importância que enxergo nos encarecidos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade."

Neste diapasão, atribuir toda prática de nepotismo como afronta incondicional ao princípio da moralidade administrativa é um equívoco. Isto porque, tal atribuição quando generalizada, poderia ir de encontro aos demais princípios constitucionais explícitos no artigo 37 da Constituição.

Como já dito, o problema da conceituação do princípio da moralidade administrativa está intimamente ligado com a dificuldade na definição do termo corrupção. Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta a dificuldade da conceituação de corrupção, enquanto "desvio de conduta aberrante em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade", exemplificando que "certos grupos, por exemplo, os profissionais liberais, costumam ser mais rigorosos em considerar certos atos como corruptos, do que outros menos 'moralistas'. Isso faz com que, por exemplo, o Ministério Público, no Brasil, persiga como corrupção o nepotismo, que para a maioria da população é um dever do homem público, como bom chefe de família" [04]

Assim, generalizar como imoralidade todo o ato de nepotismo praticado no poder público, seria como atribuir maior importância ao princípio da moralidade em detrimento dos demais. Neste sentido, conforme fundamentado pelo Ministro Carlos Britto, a imoralidade do ato de nepotismo decorre da inobservância dos demais princípios. Exemplificando, um prestigiado profissional, capacitado para exercer com eficiência, técnica e especialidade determinada função pública, caso tenha qualquer grau de parentesco delimitado na súmula vinculante 13, não poderá exercer o cargo de confiança?

Se analisado positivamente o texto da súmula, a resposta seria não. Entretanto, analisando à luz dos princípios da eficiência e da supremacia do interesse público, talvez a negativa não seria a verdade absoluta. É certo de que, na maioria das vezes, a prática do nepotismo fere, *ab initio*, o princípio da impessoalidade, da eficiência e por conseguinte, o princípio da moralidade.

Mas é certo também que, não somente a prática do nepotismo atenta aos princípios norteadores da Administração Pública, como também outros similares a este, como por exemplo, a prática da cessão de cargos de confiança como "moeda" de troca entre o Poder Executivo e os demais Poderes da República.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sobre ofensa ao princípio da moralidade administrativa, ensina que "sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade" [05]

Por óbvio que a ofensa ao princípio da moralidade administrativa deve ser analisada subjetivamente, pois embora o ato administrativo seja legal, a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato. Assim, generalizar objetivamente a prática de nepotismo como afronta ao princípio da moralidade administrativa, positivando a ilegalidade da prática, fere a própria existência de tal princípio, pois este acaba absorvido pelo princípio da legalidade.

Diante de todo exposto, sem qualquer intuito de procurar esgotar a matéria, é certo de que a prática do nepotismo deve ser combatida, como procurou estabelecer a Súmula Vinculante 13. Entretanto, à luz do princípio da moralidade, identificada a aparente ocorrência do nepotismo, deveriam ser apuradas as causas da nomeação, as aptidões do nomeado, a razoabilidade da remuneração recebida e a consecução do interesse público. Somente a partir da aferição desses elementos, seria possível identificar a inadequação do ato ao princípio.

Porém, com a edição da Súmula Vinculante 13, qualquer nomeação de familiares nos cargos em comissão ou de confiança passou a ser prática de nepotismo e, ainda, passou a afrontar o princípio da legalidade, reduzindo ainda mais o campo da moralidade administrativa, comprometendo ainda mais sua existência como princípio autônomo em nosso ordenamento jurídico.

Referências



1. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21 ed. São Paulo:Malheiros, 1995. p.82
2. SUNFELD, Carlos Ari. *Princípio da publicidade administrativa. Direito de certidão, vista e intimação*. *Revista de Direito Público*, v.82, p.54
3. *idem* 1, p .90-91
4. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, P. 86
5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.*Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 79

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2009-jul-13/sumula-vinculante-proibe-nepotimo-afronta-principio-legalidade/>