



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
TIAGO DE RESENDE BAIMA

O NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Palhoça (SC)

2009

TIAGO DE RESENDE BAIMA

O NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Msc. Sandra Maria Melillo Bittencourt

Palhoça (SC)

2009

TIAGO DE RESENDE BAIMA

O NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 08 de junho de 2009.

Prof.^a e Orientadora, Msc. Sandra Maria Melillo Bittencourt, UNISUL

Prof. Denis de Souza Luiz, UNISUL

Prof.^a Sueli Aragão, UNISUL

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

O NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 8 de junho de 2009.

Tiago de Resende Baima

Ao povo da Ilha de Santa Catarina, que me acolheu carinhosamente desde meu nascimento até os dias atuais, concedendo-me o privilégio de ser “manezinho”.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado, dando-me apoio espiritual e financeiro.

Agradeço aos amigos, professores e examinadores, que tanto me têm auxiliado a aprender.

Agradeço especialmente à Professora Sandra Melillo, que me orientou para a produção deste trabalho, com dedicação e paciência.

Agradeço aos servidores e colegas da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, que tornam meu dia a dia mais gratificante.

Agradeço à minha sobrinha Beatriz, por querer usar meu notebook quando estava produzindo esta monografia, proporcionando-me, assim, um descanso e muita alegria.

Agradeço à Alice de Amorim Borges e Zulma Neves de Amorim Borges pela correção metodológica e ortográfica.

Por fim, agradeço aos meus colegas de faculdade, Guilherme Coelho, João Cobalchini, Flávia Busato, Henrique Esser, Felipe Souza, André Pegorim, Maria Heloísa Quint, Fernando Cordeiro, Felipe Piaconti, Bruna Koerich, Fellipe Ferreira e Caio Veríssimo, que sempre me deram forças pra levantar todos os dias da semana às 6h40min da manhã durante cinco anos e meio.

RESUMO

Procurou-se verificar a possibilidade do nepotismo, em face dos princípios constitucionais e doutrinários que regem a Administração Pública e em face ainda das formas de provimento dos cargos públicos. Abordaram-se diversos princípios da Administração Pública, principalmente os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa. Foram estudados os provimentos de cargos públicos, o provimento originário e o provimento derivado e em especial o provimento de cargos comissionados de livre nomeação e exoneração. Estudaram-se ainda as normas pertinentes ao tema e os entendimentos dos Tribunais Nacionais e Estaduais. Por fim, verificou-se a impossibilidade do nepotismo (inclusive do nefasto nepotismo cruzado), uma vez que, além de ele ferir a norma das normas (os princípios) ainda fere normas positivadas, como a Resolução n.º 7/05 do Conselho Nacional de Justiça e a Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, encontrou-se uma única exceção que diz respeito aos cargos políticos que, no entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não podem ser abrangidos pelos princípios da Administração Pública, tampouco pelas normas que vedam a prática do nepotismo.

PALAVRAS-CHAVE: Nepotismo. Administração Pública. Princípios. Provimento. Cargos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
2.1	PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	10
2.1.1	Princípio da legalidade	11
2.1.2	Princípio da supremacia do interesse público	11
2.1.3	Princípio da impessoalidade	12
2.1.4	Princípio de legitimidade ou de veracidade	12
2.1.5	Princípio da especialidade	12
2.1.6	Princípio do controle ou tutela	13
2.1.7	Princípio da autotutela	14
2.1.8	Princípio da hierarquia	14
2.1.9	Princípio da continuidade do serviço público	15
2.1.10	Princípio da publicidade	15
2.1.11	Princípio da moralidade administrativa	15
2.1.12	Princípio da razoabilidade e proporcionalidade	15
2.1.13	Princípio da motivação	16
2.1.14	Princípio da eficiência	17
2.1.15	Princípio da segurança jurídica	17
2.2	PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	17
2.3	PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE ADMINISTRATIVA.....	20
3	SERVIDORES PÚBLICOS	24
3.1	ASPECTOS GERAIS.....	23
3.1.1	Agentes políticos	26
3.1.2	Servidores públicos em sentido estrito ou estatutários	27
3.1.3	Empregados públicos	27
3.1.4	Contratados por tempo determinado	28
3.2	PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS	29
3.2.1	Promoção	32
3.2.2	Readaptação	32
3.2.3	Reversão	32
3.2.4	Aproveitamento	33

3.2.5	Reintegração	33
3.2.6	Recondução	34
3.3	PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO	34
4	LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA	37
4.1	RESOLUÇÃO N.º 7 DE 18 DE OUTUBRO DE 2005 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	37
4.2	SÚMULA VINCULANTE N.º 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	41
4.2.1	Voto do Ministro Carlos Ayres Britto	42
4.2.1.1	Impessoalidade.....	42
4.2.1.2	Eficiência	43
4.2.1.3	Igualdade	43
4.2.2	Voto do Ministro Celso de Mello	44
4.2.3	Voto do Ministro Ricardo Peluso	45
4.3	JURISPRUDÊNCIAS	46
4.3.1	Recurso Extraordinário 579.951-4	46
4.3.1.1	Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	47
4.3.1.2	Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.....	48
4.3.2	Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 6650-9	49
4.3.2.1	Voto da Ministra Ellen Gracie	50
4.3.3	Apelação Cível n. 2008.048148-6	50
4.3.3.1	Voto do Desembargador Luiz Cezar Medeiros	51
5	CONCLUSÃO	53
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo averiguar se há possibilidade de se nomear parentes para exercer na Administração Pública cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, dispostos no art. 37, inciso II da Constituição Federal.

Tendo em vista a crescente procura pelos concursos públicos, que possuem uma série de vantagens ao servidor, e ainda a grande demanda de cidadãos bem preparados que possam bem atender à sociedade, questiona-se: É possível adentrar a carreira pública, sem ser aprovado em concurso? Em que casos isso ocorre? Um parente pode nomear outro pra exercer um cargo comissionado?

Embora a prática do nepotismo seja antiga, tal problemática demonstra ser um tema muito recente, haja vista a recente edição da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal, no dia 29 de agosto de 2008, tendo assim a mais alta Corte se posicionado a respeito do tema.

Para sanar tais dúvidas, o presente trabalho propõe-se a estudar, no segundo capítulo, todos os princípios que regem a Administração Pública, entre eles os mais importantes e pertinentes ao tema, quais sejam: o da moralidade administrativa e o da impessoalidade administrativa.

O terceiro capítulo tratará de questões referentes aos servidores públicos, tais como os aspectos gerais, o provimento originário e derivado dos cargos públicos e o provimento de cargos em comissão.

Por fim, o quarto capítulo abordará as normas incidentes ao nepotismo, bem como a Resolução n.º 7, de 18 de outubro de 2005 do Conselho Nacional de Justiça, a Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal e as Jurisprudências sobre o assunto em questão.

Para responder à problemática do tema, utilizar-se-á o método dedutivo, abordando os ensinamentos dos principais doutrinadores brasileiros, bem como as legislações pertinentes e decisões judiciais.

2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que se compreenda melhor os princípios da Administração Pública, é necessário analisar o que são os princípios e quais as suas funções no nosso ordenamento jurídico.

Princípio consiste em propostas de um sistema, que lhe dá validade e o legitima, e traduz-se por ser um ponto de referência de uma série de enunciados.¹

Os princípios são enunciados normativos e genéricos que direcionam o entendimento do ordenamento jurídico em relação à sua aplicação e à elaboração de novas normas.²

Os princípios da Administração Pública foram classificados pela doutrina da seguinte forma:³

- a) Onivalentes, isto é, os que valem para qualquer ciência, a exemplo do princípio de não contradição: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo;
- b) Plurivalentes, ou seja, os que valem para um grupo de ciências, a exemplo do princípio da causalidade, que informa as ciências naturais: à causa corresponde um dado efeito;
- c) Monovalentes, tais como os que valem para uma só ciência, a exemplo do princípio da legalidade (a lei submete a todos), só aplicável ao Direito. Estes últimos podem ser: *gerais*, a exemplo dos que valem só para um ramo de uma dada ciência, como é o princípio da supremacia do interesse público (no embate entre o interesse público e o privado há de prevalecer o público) que só é aplicável ao Direito Público; ou *específicos*, ou seja, os que valem só para uma parte de um ramo de certa ciência, nos moldes do princípio da continuidade do serviço público (a atividade pública ininterrupta), só verdadeiro para o Direito Administrativo, que é sub-ramo do Direito Público.

Após essa breve introdução sobre os princípios, tratar-se-á de forma mais detalhada cada um dos princípios constitucionais e doutrinários da Administração Pública.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios mais abordados pela doutrina pátria podem resumir-se da seguinte forma: o da legalidade, o da supremacia do interesse público, o da impessoalidade, o da presunção da legitimidade ou de veracidade, o da especialidade, o do controle ou tutela, o da

¹CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²REALE, 1974 apud MEDAUR, 2008, p. 121.

³GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

autotutela, o da hierarquia, o da continuidade do serviço público, o da publicidade, o da moralidade administrativa, o da razoabilidade e proporcionalidade, o da motivação, o da eficiência e o da segurança jurídica.⁴

Desta forma, abordar-se-á mais especificamente cada um desses princípios supracitados.

2.1.1 Princípio da legalidade

Esse princípio restringe a Administração Pública a só poder fazer aquilo que a lei permitir. Age contrariamente ao princípio da autonomia da vontade no que tange às relações particulares, que permite ao indivíduo fazer tudo o que a lei não proibir.⁵

Pode-se encontrar esse princípio na Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*, bem como no artigo 5.º, inciso II, que estabelece: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.⁶

2.1.2 Princípio da supremacia do interesse público

Trata-se de um princípio geral do Direito, intrínseco a toda sociedade, constituindo requisito básico à sua própria existência. Está presente em todo o texto constitucional, embora alguns dispositivos constitucionais o expressem de forma concreta, como o artigo 170, incisos III, V e VI, que defendem a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a do meio ambiente. É uma condição básica do convívio social.⁷

Tal princípio é encontrado em diversos segmentos do direito público. Sendo interpretado muitas vezes como o bem da coletividade, rege muitos institutos e normas do direito administrativo. O objetivo de tal instituto consiste em adequar os interesses da coletividade com o mínimo de sacrifícios.⁸

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 58.

⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 59.

⁶ DI PIETRO, loc. cit.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87.

⁸ MEDAUR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: [s. n.], 2008. p. 128.

2.1.3 Princípio da impessoalidade

Esse princípio impõe à administração pública que ela seja destinada a todos os administrados (cidadãos), sem discriminação pessoal de qualquer natureza. O princípio em questão objetiva eliminar qualquer tipo de favorecimento do administrador em relação ao administrado, por haver uma "dívida de favores" entre eles.⁹

O princípio da impessoalidade (expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal), representa apenas o clássico princípio da finalidade, que determina ao administrador público que a prática de seu ato seja somente para o seu fim legal. E o fim legal é aquele que a norma indica como intenção do ato, de maneira impessoal.¹⁰

2.1.4 Princípio de legitimidade ou de veracidade

Esse princípio traduz-se pelo fato de que se pressupõe que as decisões administrativas são editadas em conformidade com as leis e de que seu teor é verdadeiro. Esse último ponto diz respeito essencialmente aos documentos expedidos pela Administração. O art. 19, inc. II, da CF diz: "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: recusar fé aos documentos públicos".¹¹

O princípio de legitimidade ou de veracidade pode ser conhecido como presunção de legalidade e abrange dois pontos. O primeiro diz respeito à certeza dos fatos e o segundo aspecto aborda a presunção da legalidade, pois se a Administração Pública é subordinada à lei, presume-se que os seus atos sejam verdadeiros e praticados de acordo com as normas jurídicas.¹²

⁹ GASPARINI, 2006. p. 9.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

¹¹ MEDAUR, 2008. p. 130.

¹² DI PIETRO, 2007. p. 63.

2.1.5 Princípio da especialidade

Esse princípio decorre do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público e está relacionado com a ideia de descentralização administrativa.¹³

Para melhor compreender o princípio da especialidade, a doutrina pátria aduz:¹⁴

Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos.

Tal princípio refere-se às entidades da Administração Pública indireta e dotadas de personalidade jurídica de direito público ou privado, criadas para prestar serviços ou explorar atividade econômica.¹⁵

Podemos encontrar esse dispositivo expresso de forma tácita na Constituição Federal, art. 37, inciso XIX:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.¹⁶

Na expressão da Lei, uma autarquia (por exemplo) não poderá afastar-se da finalidade e dos objetivos para a qual foi criada.¹⁷

2.1.6 Princípio do controle ou tutela

Esse princípio foi criado para complementar o princípio da especialidade e para que as

¹³ DI PIETRO, loc. cit.

¹⁴ DI PIETRO, loc. cit.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 117.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁷ MORAES, 2002. p. 118.

entidades da Administração Pública possam fiscalizar a atividade de seus entes, com o objetivo de assegurar que estes estejam cumprindo a finalidade para a qual foram criados.¹⁸

Trata-se de um subprincípio do princípio da especialidade, e tem como objetivo assegurar que os entes da Administração Pública indireta cumpram a finalidade e os objetivos estabelecidos em lei para suas atuações.¹⁹

2.1.7 Princípio da autotutela

Trata-se da possibilidade da Administração poder anular seus atos que contenham ilegalidades, ou revogá-los, se entender que foram inoportunos e/ou inconvenientes. Para que isto não ocorra, é necessário que a Administração zele pela legalidade de seus atos.²⁰

É preciso que a Administração policie a legalidade e o mérito de seus atos, tendo como obrigação excluir do ordenamento jurídico os atos considerados ilegítimos, inoportunos e os inconvenientes.²¹

2.1.8 Princípio da hierarquia

Permite a coordenação e a subordinação de um órgão administrativo a outro, de maneira hierárquica, porém respeitando as atribuições definidas em lei de cada um dos órgãos.²²

Por exemplo, o dever de obediência do agente público em relação ao seu superior hierárquico dá-se em razão do princípio da hierarquia.²³

¹⁸ DI PIETRO, 2007. p. 64.

¹⁹ MORAES, op. cit., p. 118.

²⁰ MEDAUR, 2008. p. 130.

²¹ GASPARINI, 2006. p. 19.

²² DI PIETRO, 2007. p. 64.

²³ CRETELA JÚNIOR, 2000. p. 7.

2.1.9 Princípio da continuidade do serviço público

Os anseios da coletividade não param, portanto, os serviços públicos também não podem parar, para tanto a atividade da Administração Pública deve ser ininterrupta. Não se admite, por exemplo, a paralisação de serviços como: segurança pública, saúde, justiça, transporte e combate a incêndios.²⁴

Para que o atendimento dos interesses da coletividade não seja prejudicado, as atividades efetuadas pela Administração devem ser interrompidas.²⁵

2.1.10 Princípio da publicidade

Consiste na divulgação oficial dos atos administrativos para conhecimento público e para que se dê início de seus efeitos. As leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas, para adquirirem validade universal, exigem publicidade perante as partes e terceiros.²⁶

Em relação ao tema, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:²⁷

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

O referido princípio preocupa-se em dar divulgação dos atos públicos, mediante sua publicação no Diário Oficial ou por edital, para que se inicie seus efeitos.²⁸

²⁴ GASPARINI, op. cit., p. 17.

²⁵ MEDAUR, 2008. p. 129.

²⁶ MEIRELLES, 2008. p. 95.

²⁷ MELLO, 2004. p. 104.

²⁸ MORAES, 2002. p. 104.

2.1.11 Princípio da moralidade administrativa

Trata-se de uma moral jurídica, que deve ser entendida como “uma série de regras de conduta extraídas da disciplina da Administração, não se tratando da moral comum.”²⁹

A Administração e seus agentes deverão agir dentro de uma conformidade de princípios éticos, e sua violação implica a violação do próprio Direito, caracterizando ilicitude e gerando a invalidação do ato.³⁰

2.1.12 Princípio da razoabilidade e proporcionalidade

Consiste em uma das tentativas de impor limitações à discricionariedade administrativa, de forma que grande parte dos atos administrativos podem ser apreciados pelo Poder Judiciário.³¹

A Administração Pública deve agir de forma racional e afeiçoada ao senso comum das pessoas, recebendo competência para praticar atos administrativos com discricção. Da mesma forma que um particular não pode agir de forma desarrazoada com a Administração, esta não poderá fazê-lo em relação ao particular, salvo alguma anomalia.³²

2.1.13 Princípio da motivação

O princípio em questão traduz-se por impor à Administração Pública a obrigação de justificar os seus atos, indicando os fundamentos de direito e de fato, bem como a relação entre o ato e o fato que o gerou, verificando sua real necessidade.³³

²⁹ HAURIOU, 1926 apud MEIRELLES, 2008. p. 90.

³⁰ MELLO, op. cit., p. 109.

³¹ DI PIETRO, 2007. p. 71.

³² GASPARINI, 2006. p. 24.

³³ MELLO, op. cit., p. 102.

Os atos administrativos devem ter motivação. A Administração precisa justificar seus atos, através da razão de fato e de direito que induziram a administração a tomá-lo, podendo essa justificação ser anterior ou posterior ao ato praticado.³⁴

2.1.14 Princípio da eficiência

Tal princípio exige que a atividade administrativa seja exercida com cuidado, perfeição e bom rendimento funcional, não sendo suficiente apenas a legalidade, mas sim a total satisfação do atendimento dos anseios dos cidadãos.³⁵

De acordo com o princípio da eficiência, acrescentado pela Emenda Constitucional 19/98 ao caput do artigo 37, é necessário que a Administração Pública aja de modo rápido e preciso para que os resultados sejam realmente satisfatórios para as necessidades sociais.³⁶

2.1.15 Princípio da segurança jurídica

O referido princípio pode ser justificado pela constante mudança da interpretação de normas legais, de forma que o princípio da segurança jurídica garanta a interpretação que atenda melhor ao fim público à qual se dirige, impedindo a aplicação retroativa da nova interpretação.³⁷

Esse princípio está diretamente relacionado com o princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança, estando ligado à necessidade de maior estabilidade das situações jurídicas, até mesmo daquelas que apresentaram ilegalidades em sua origem. É considerado um dos alicerces do Estado de Direito.³⁸

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos apontar fundamentos constitucionais que indicam alguns dos princípios abordados:³⁹

³⁴ GASPARINI, op. cit., p. 23.

³⁵ MEIRELLES, 2008. p. 98.

³⁶ MEDAUR, 2008. p. 128.

³⁷ DI PIETRO, 2007. p. 76.

³⁸ SILVA apud MEIRELLES, 2008, p. 99.

³⁹ MELLO, 2004. p. 114.

- 1) Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (fundamenta-se na própria idéia de Estado);
- 2) Princípio da legalidade (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV);
- 3) Princípio da razoabilidade (estriba-se também nos dispositivos que esteiam os princípios da legalidade);
- 4) Princípio da proporcionalidade (por ser aspecto específico da razoabilidade, também se apóia nos citados fundamentos);
- 5) Princípio da motivação (arts. 1º, II, e parágrafo único, e 5º, XXXV);
- 6) Princípio da impessoabilidade (arts. 37, *caput*, e 5º, *caput*);
- 7) Princípio da publicidade (arts. 37, *caput*, e 5º, XXXIII e XXXIV, “b”);
- 8) Princípio da moralidade administrativa (arts. 37, *caput* e § 4º, 85, V, e 5º, LXXIII);
- 9) Princípio da eficiência (art. 37, *caput*) e
- 10) Princípio da segurança jurídica.

Após um estudo breve sobre os princípios da Administração Pública, pode-se verificar que os princípios mais pertinentes ao tema do presente trabalho são o da moralidade e o da impessoalidade. Posto isto, passa-se a estudá-los de forma mais detalhada.

2.2 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da moralidade administrativa foi sistematizado por volta de 1926, pelo francês Maurice Hauriou com sua obra publicada em Paris, chamada *Précis Élémentaires de Droit Administraif*.⁴⁰ Teve no Brasil o paranaense Manoel de Oliveira Franco Sobrinho um de seus precursores que, antes mesmo do princípio da moralidade ter sido incluído na Constituição de 1988, já abordava insistentemente o assunto em sua monografia com o título *Controle da Moralidade Administrativa*.⁴¹

Para o francês, a moral comum é conduta externa que o homem deve possuir. Já a moral administrativa trata da moral interna que o agente público deve ter, de acordo com as exigências da instituição a que se destina e a finalidade de sua ação: o bem comum”.⁴²

O autor brasileiro também tece algumas considerações pertinentes ao princípio da moralidade administrativa: muitas vezes a administração não comete faltas legais, porém comete excessos e desvios na escolha de sua conduta que acabam por não satisfazer o interesse público necessário.⁴³

⁴⁰ MEIRELLES, 2008. p. 90.

⁴¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 54.

⁴² HAURIOU, 1926 apud MEIRELLES, 2008, p. 90.

⁴³ FRANCO SOBRINHO, 1974 apud MEDAUR, 2008, p. 125.

Gradualmente o princípio da moralidade administrativa acabou sendo acolhido não só pela doutrina, como também pelo Supremo Tribunal Federal. Observa-se:⁴⁴

[...] poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio da Administração Pública (art. 37 da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeado as diversas normas regedoras de determinada matéria. O fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade, não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. [...]

Estão incluídos no princípio da moralidade administrativa o princípio da lealdade e da boa-fé, que não permitem à Administração agir em relação aos seus administrados de maneira maliciosa, de forma que dificulte, confunda ou minimize os direitos dos cidadãos. É imposto à Administração agir em relação aos administrados com sinceridade e gentileza.⁴⁵

A moralidade administrativa encontra-se ligada a ideia de bom administrador. Está assim o administrador obrigado a usar de sua astúcia para agir dentro dos preceitos legais e da moral comum, para satisfazer o interesse público da forma que for melhor e mais útil.⁴⁶

Não podemos negar que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento inseparável na sua aplicação e na sua finalidade, como entende o Tribunal de Justiça de São Paulo:⁴⁷

O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.⁴⁸

A Constituição Federal de 1988 não somente aponta o princípio da moralidade bem como menciona instrumentos para sancionar a sua não observância; são eles: a ação popular, prevista no art. 5.º, inc. LXXIII e as sanções previstas em relação a governantes e agentes públicos por atos ou condutas de improbidade administrativa.⁴⁹

O art. 5.º, inc. LXXIII da Constituição Federal, dispõe:

⁴⁴ MORAES, 2002. p. 103.

⁴⁵ PERES, 1983, apud MELLO, 2004, p. 109.

⁴⁶ FRANCO SOBRINHO, 1974 apud GASPARINI, 2006, p. 10.

⁴⁷ MEIRELLES, 2008. p. 92.

⁴⁸ CARDOSO apud MEIRELLES, 2008, p. 92.

⁴⁹ MEDAUR, 2008. p. 126.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular o ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.⁵⁰

Já os atos de improbidade administrativa foram tratados no art. 85, inc. V da Carta Magna. Por probidade administrativa entendem-se os atos praticados com honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão. Por improbidade administrativa entendem-se aqueles atos praticados que lesem o erário, que possam causar enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outra pessoa durante o exercício do mandato, cargo, função, emprego público.⁵¹

A sanção prevista em nossa Carta Maior aos atos de improbidade administrativa é privativa do Presidente da República, por práticas que atentem contra a proibidade na Administração.⁵² Vejamos: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: V – a proibidade administrativa.”⁵³

Por outro turno, o art. 37, § 4.º, prevê que os agentes públicos em geral são passíveis a responder por atos de improbidade administrativa, com as seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma da lei.⁵⁴

A lei a qual o art. 37, § 4.º se refere é a Lei n.º 8.429/92, que acrescentou ao texto constitucional os atos que acarretam prejuízo ao erário (art. 10) e que constituam enriquecimento ilícito (art. 9.º), e ainda dispõe sobre os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).⁵⁵

Por fim, cabe ressaltar que a moralidade não é mais como antigamente se falava, uma expressão vazia, sem que se possa bem conceituá-la e controlá-la pelas formas ditas por nossa Carta Maior.⁵⁶

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵¹ MEDAUR, 2008. p. 126.

⁵² MEDAUR, loc. Cit.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵⁴ MEDAUR, op. cit., p. 126.

⁵⁵ MEDAUAR, loc. cit.

⁵⁶ FIGUEIREDO, 2003. p. 60.

2.3 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da impessoalidade administrativa foi introduzido em nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988 e acabou confundindo-se com o princípio da igualdade ou da legalidade.⁵⁷

Impessoalidade significa característica de ser imparcial, de julgamento sem paixões, que não sacrifica a sua opinião nem a de outros à própria conveniência.⁵⁸

Em relação à impessoalidade administrativa, podemos dizer que significa que o ato administrativo não deve ser praticado com o intuito de beneficiar ou prejudicar qualquer pessoa ou empresa. Um caso exemplar de infringência a esse princípio, digno de punição, foi a construção da ferrovia norte-sul, quando já se sabia exatamente os vencedores das “concorrências públicas”, uma vez que o princípio da impessoalidade foi ignorado e usou-se a pessoalidade para eleger os vencedores.⁵⁹

Tal princípio consiste na obrigação que a Administração tem de tratar os administrados sem discriminações, tanto para favorecer quanto para prejudicar alguém, em virtude de simpatias pessoais, ideológicas ou políticas, estando assim ligado diretamente ao princípio da igualdade ou isonomia.⁶⁰

No *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, está estabelecido que todos são iguais perante a lei, trata-se portanto do princípio da igualdade ou isonomia. Em relação à Administração Pública, isto significa que todos devem receber o mesmo tratamento perante seus atos, sendo este princípio aplicável tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas.⁶¹

Em relação ao concurso público e às licitações para ingresso no quadro pessoal da Administração, tanto direta como indireta, estes devem também observar o princípio da isonomia ou igualdade, por força do disposto no art. 37, II e XXI da Carta Magna.⁶²

Pode-se encontrar o princípio da impessoalidade expresso no art. 37, *caput*, da Constituição, bem como no inciso II do mesmo artigo quando trata da exigência de concurso público para o ingresso em cargo, função ou emprego público, de forma que todos tenham condições iguais para adentrar o serviço público. Vejamos:⁶³

⁵⁷ FIGUEIREDO, 2003. p. 61.

⁵⁸ HOLANDA apud FIGUEIREDO, 2003, p. 62.

⁵⁹ FERREIRA apud GASPARINI, 2006, p. 9.

⁶⁰ MELLO, 2004. p. 104.

⁶¹ GASPARINI, 2006. p. 20.

⁶² Ibid., p. 21.

⁶³ MELLO, 2004. p. 104.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O princípio em questão ainda determina uma regra de agir objetiva para o administrador. Por exemplo, para se nomear um candidato para um cargo comissionado, os critérios devem ser técnicos e não de favoritismos. Da mesma forma, um candidato não poderá ser rejeitado por motivos de antipatia ou coisa que o valha.⁶⁴

Tendo em vista os concursos públicos, é essencial que se observe o princípio da impessoalidade. Observa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:⁶⁵

Recurso Especial. Administrativo. Concurso Público. Delegado da Polícia Federal. Exame Psicotécnico. Legitimidade. Reversibilidade e Publicidade. 1. O exame psicotécnico é legítimo haja ou não previsão legal, desde que subsista a necessidade de se proceder a avaliação psíquica do candidato aspirante a cargo público. 2. Em face do objetivismo, o seu resultado é passível de reversibilidade e publicidade, de modo a se excluir a subjetividade do avaliador e a ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade. 3. Recurso não conhecido.⁶⁶

Nesse sentido, conclui-se que os atos praticados pela Administração Pública devem ser aqueles que melhor atendam à finalidade legal a que se destinam.⁶⁷

Pode-se ainda encontrar no art. 37, XXI, de nossa Carta Magna, o princípio da impessoalidade escrito de forma tácita, ao estabelecer que os contratos firmados com a Administração dependerão de licitação pública que garanta a igualdade a todos os concorrentes.⁶⁸

Encontra-se no art. 175 da Carta Maior, uma outra referência ao princípio da impessoalidade ao dispor sobre a prestação de serviços públicos diretamente ou mediante licitação. Como podemos ver:⁶⁹

⁶⁴ FIGUEIREDO, 2003. p. 62.

⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 56.

⁶⁶ BRASIL, Recurso Especial nº 254710/PR. *Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=254710&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 4 abr. 2009.

⁶⁷ FIGUEIREDO, op. cit., p. 62.

⁶⁸ MELLO, 2004. p. 104.

⁶⁹ MELLO, loc. cit

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.⁷⁰

Com a inserção do princípio da impessoalidade em nossa Constituição, pretendeu-se criar obstáculos aos atos produzidos mediante antipatias, simpatias, objetivos de vinganças, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Assim, tentou-se fazer valer o sentido de função, ou seja, fazer com que o poder atribuído se destine ao interesse da coletividade, não a interesses pessoais. Já no sentido de interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa agir com equidade para com os interesses envolvidos, de modo que não edite decisões eivadas de preconceitos ou radicalismos.⁷¹

Feito o estudo sobre os princípios da Administração Pública de forma detalhada, abordar-se-ão os servidores públicos, as formas de ingresso na Administração Pública, e em especial as formas de ingresso nos cargos em comissão.

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁷¹ MEDAUR, 2006. p. 125.

3 SERVIDORES PÚBLICOS

O conceito de servidor público nasceu junto com a necessidade de o Estado satisfazer as vontades manifestadas pela sociedade, criando assim órgãos ou entidades, que, por serem pessoas jurídicas, precisam de pessoas físicas para executar suas ações, nascendo assim o servidor público.⁷²

Durante a Idade Média, as pessoas que exerciam funções públicas tinham atividades diversas e um grande laço de fidelidade com o monarca, que determinava as atividades que deveriam ser exercidas por seus subordinados. Com o surgimento do Estado de Direito, foram reconhecidos alguns direitos dos servidores públicos e criou-se também um sistema disciplinar a que estes deveriam obedecer. Naquele período a vontade da sociedade prevalecia.⁷³

No século XX foram criados os regimes estatutários do servidor público, visando a disciplinar a relação jurídica entre o servidor e a Administração Pública, zelando também pela nomeação, estabilidade, remuneração e aposentadoria dos servidores públicos.⁷⁴

3.1 ASPECTOS GERAIS

Os servidores públicos são pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Pública Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos e compreendem: os servidores estatutários, empregados públicos e os servidores temporários. Os servidores estatutários estão sujeitos ao regime estatutário e ocupam cargos públicos; os empregados públicos são contratados mediante o regime da legislação trabalhista e ocupam empregos públicos; já os servidores temporários são contratados por tempo determinado com o intuito de atender a uma necessidade temporária excepcional de interesse público, exercendo assim a função de servidor público, embora não estejam vinculados a cargo ou emprego público.⁷⁵

⁷² BASTOS, 2002. p. 409.

⁷³ Ibid., p. 410.

⁷⁴ Ibid., p. 411.

⁷⁵ DI PIETRO, 2007. p. 478.

Com base nos arts. 37 a 41 da Constituição Federal, conclui-se que há uma gama de pessoas físicas ligadas à Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional pública, por um regime de dependência em que o servidor público presta serviços ao Estado mediante remuneração.⁷⁶

No conceito de agente público, podemos incluir todos aqueles que desempenham, de qualquer maneira, função pública, ainda que de forma temporária ou privada. Faz-se necessário salientar que a expressão “agentes públicos” é mais abrangente que a expressão “servidores públicos”, pois essa abrange: os agentes políticos, funcionários, servidores e os contratados por tempo determinado para serviços de caráter excepcional.⁷⁷

Pode-se caracterizar o servidor público como agente público por este estar investido em uma função pública e pelo cunho público dessa função. Ou seja, só é agente público aquele que está investido em uma função pública e de natureza pública.⁷⁸

Para que se possa entender melhor a caracterização de servidor público, é necessário diferenciar alguns conceitos como: função, cargo e emprego.⁷⁹

Para entender essas expressões, é preciso ter em mente que na Administração Pública todas as competências são previstas em lei e distribuídas em três níveis diversos: pessoas jurídicas (União, Estados e Municípios), órgãos (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e servidores públicos; estes podem ocupar cargos, empregos ou funções públicas.⁸⁰

Cargo é a denominação dada a mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente. Os servidores titulares de cargos públicos são submetidos a um regime jurídico específico, podendo ele ser estatutário ou institucional.⁸¹

Todo cargo público constitui o exercício de função pública devendo ser criado por lei em número exato, com nome certo e remuneração indicada por meio de símbolos numéricos e/ou alfabéticos.⁸²

A função pública por sua vez poderá ser exercida sem estar revestida de cargo, isto é, pode ser exercida por pessoas que não possuem cargos públicos, mas nem por isso deixam de exercer a função pública. É o caso dos contratados por tempo determinado como prevê o art. 37, IX da Carta Maior. Observa-se:⁸³

⁷⁶ GASPARINI, 2006. p. 139.

⁷⁷ FIGUEIREDO, 2003. p. 566.

⁷⁸ GASPARINI, op. cit. p. 140.

⁷⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 483.

⁸⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 483.

⁸¹ MELLO, 2004. p. 233.

⁸² MEDAUR, 2008. p. 262.

⁸³ MEDAUR, loc. cit.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Pode ainda a função ter caráter permanente, como os casos de chefia, direção ou assessoramento, ou outro tipo de atividade da qual o legislador não crie um cargo específico, de maneira geral são cargos de confiança. Temos como exemplo os cargos de livre provimento e exoneração, também conhecidos como “cargos comissionados”.⁸⁴

Por fim, temos o emprego público que consiste no fato de a função pública ser exercida mediante um contrato regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.⁸⁵

Quando se trata de empregos permanentes na Administração direta ou autárquica, os empregos públicos só poderão ser criados por lei, de acordo com os art. 61, §1.º, II, “a” da Carta Magna.⁸⁶

Após os estudos dos conceitos supracitados, podem-se classificar os servidores públicos de maneira mais clara:

3.1.1 Agentes políticos

Trata-se de titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, aqueles que fazem parte da estrutura constitucional do Estado. Como exemplos, temos: o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos, Ministros, Senadores, Secretários das diversas pastas, Deputados (estaduais e federais) e Vereadores.⁸⁷

São os componentes mais importantes do Governo, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.⁸⁸

Os agentes políticos são os possuidores da mais alta hierarquia da organização da Administração Pública, isto é, são aqueles que compõem sua estrutura constitucional. Devem

⁸⁴ DI PIETRO, 2007. p. 485.

⁸⁵ MEDAUR, op.cit., p. 262.

⁸⁶ MELLO, 2004. p. 234.

⁸⁷ MELLO, 2004. p. 229.

⁸⁸ MEIRELLES, 2003 apud PIETRO, 2007, p. 477.

estes traçar e impor orientações aos órgãos e agentes que lhes são subordinados, com o objetivo de atender aos anseios sociais.⁸⁹

3.1.2 Servidores públicos em sentido estrito ou estatutários

Os servidores estatutários são aqueles que estão vinculados à Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública mediante uma ligação institucional, e seu regime será portanto o de cargo público.⁹⁰

Estão submetidos ao regime estatutário, estabelecido em lei de cada uma das unidades da federação, podendo a lei ser modificada de forma unilateral, desde que respeite os direitos adquiridos de cada servidor. Quando são nomeados, ingressam em uma situação jurídica já definida a qual serão submetidos sem qualquer possibilidade de alteração das normas em vigor, pois se tratam de normas de ordem pública.⁹¹

Devem ser titulares de cargo público e em comissão, com regime jurídico estatutário ou particular e integram a Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas de Direito Público. Caso o servidor seja titular de cargo efetivo, poderá ele adquirir estabilidade e sujeitar-se a regime especial de previdência social.⁹²

3.1.3 Empregados públicos

São contratados pela Administração Pública e estão sujeitos à legislação trabalhista, não deixando de lado as possíveis alterações constitucionais relativas ao direito do trabalho. Os Estados e Municípios não podem derrogar qualquer norma trabalhista, uma vez que não possuem competência para legislar a respeito da matéria, sendo esta competência reservada para a União. Embora submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), submetem-se

⁸⁹ GASPARINI, 2006. p. 156.

⁹⁰ GASPARINI, op. cit., p. 172.

⁹¹ DI PIETRO, 2007. p. 479.

⁹² MEIRELLES, 2008. p. 419.

também às normas constitucionais no que diz respeito à investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas na Carta Magna.⁹³

Os empregados públicos possuem um regime jurídico híbrido, isto é, teoricamente estariam submetidos à legislação trabalhista, entretanto muitas vezes essa legislação é afastada em razão de o empregado exercer uma atividade estatal, inerente à administração pública.⁹⁴

3.1.4 Contratados por tempo determinado

Os servidores temporários são aqueles que são contratados por um tempo determinado apenas para atender a uma necessidade (de interesse público) excepcional e temporária. Apesar de não estarem vinculados a cargo ou emprego públicos, estes exercem função pública.⁹⁵

Então são considerados servidores públicos, submetidos ao regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Maior, assim como ao regime geral de previdência social. Essa contratação só pode ser feita por um determinado tempo e com a intenção de atender a uma necessidade de interesse público, temporária e excepcional. Pelo fato de o art. 37, no inciso IX, não se referir exclusivamente às atividades de natureza eventual, temporária ou excepcional, é possível também a contratação para atividades regulares e permanentes, importando assim mais a finalidade de solucionar uma necessidade temporária de excepcional interesse público do que a natureza da atividade realizada pelo contratado.⁹⁶

Há ainda uma quinta classificação que, embora pouco abordada pela doutrina, não é menos merecedora de atenção: são os militares.⁹⁷

Os militares deixaram de ser servidores públicos com a publicação da emenda constitucional n.º 18/98, e, por conseguinte, as normas aplicáveis aos servidores públicos

⁹³ DI PIETRO, 2007. p. 479.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 659.

⁹⁵ DI PIETRO, loc. cit.

⁹⁶ MEIRELLES, 2008. p. 419.

⁹⁷ DI PIETRO, 2007. p. 476.

agora só lhes são aplicadas também quando houver previsão expressa, como a disposta no art. 142, § 3.º, inciso VIII.⁹⁸

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV.

O regime ao qual os militares estão submetidos é o estatutário, pois é estabelecido em lei a que estão submetidos sem depender de contrato. O regime jurídico é estabelecido por legislação própria e define as normas sobre o ingresso, os limites de idade, a estabilidade, a transferência para a inatividade, os direitos e deveres, a remuneração e as prerrogativas dos militares.⁹⁹

3.2 PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS

Por provimento entende-se o ato de preencher cargo ou ofício público por nomeação.¹⁰⁰

O termo provimento tem sua origem no infinitivo do verbo prover e tem por significado o ato ou ação de ver antecipadamente, antecipado fornecimento, preenchimento, ato ou ação de preencher algo ou alguma coisa que está faltando, porém tecnicamente este termo significa: dar a titularidade de um cargo público a um funcionário.¹⁰¹

Provimento é o ato pelo qual se dá o preenchimento do cargo público pelo seu titular; pode ser feito de duas formas: originária ou derivada. O provimento feito da forma originária ocorre por meio de nomeação, enquanto o provimento efetuado pela forma derivada concretiza-se mediante transferência, promoção, remoção, acesso, reintegração, readmissão,

⁹⁸ Ibid., p. 482.

⁹⁹ Ibid., p. 482.

¹⁰⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA*. Curitiba: Positivo, 2004. p. 585.

¹⁰¹ CRETELLA JÚNIOR, 2000. p. 431.

enquadramento, aproveitamento ou reversão, sempre gerando uma modificação na situação de serviço do provido.¹⁰²

A Lei Federal n.º 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, em seu artigo 8.º, lista as formas de provimento de cargos públicos. Observa-se:¹⁰³

Art. 8.º São formas de provimento de cargo público:

I - nomeação;

II - promoção;

III - (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97);

IV - (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97);

V - readaptação;

VI - reversão;

VII - aproveitamento;

VIII - reintegração;

IX - recondução.

Quando a nomeação independe de qualquer vínculo entre o provido e a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública, temos o provimento de modo originário. Caso haja vinculação, mas o servidor preste um novo concurso público, haja uma nova nomeação, um novo estágio probatório, ainda assim é considerada originária. Assim, a nomeação é a única modalidade de provimento originário. Pode-se observar o disposto no artigo 37, inciso II, da Carta Maior.¹⁰⁴

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O provimento originário é aquele em que alguém é preposto em um cargo, independente de ter algum vínculo com o cargo público e deve ser feito somente por nomeação. A nomeação é de competência do Presidente do Poder Executivo nos cargos da Administração Central e deve ser dada por meio de decreto (artigo 84, XXV, da Constituição

¹⁰² MEIRELLES, 2008. p. 429.

¹⁰³ MELLO, 2004. p. 280.

¹⁰⁴ GASPARINI, 2006. p. 275.

Federal), podendo esta competência ser delegada aos Ministros (parágrafo único do mesmo artigo), neste caso a nomeação será feita mediante portaria.¹⁰⁵

A nomeação para os cargos de provimento originário deverá ser publicada no diário oficial ou afixada na sede da Chefia do Executivo. Com a nomeação, o cargo estará preenchido, entretanto são necessários ainda dois elementos para que o nomeado inicie suas atividades inerentes ao cargo: a posse e o início do exercício.¹⁰⁶

De maneira geral, a posse e o exercício são dados em momentos diversos e por autoridades igualmente diversas, porém há casos em que são dados em um só ato e perante a mesma autoridade. Com a posse o cargo estará provido, sem que possa ser ocupado por outra pessoa, mas o provimento só estará completo com a entrada em exercício do nomeado.¹⁰⁷

A posse nada mais é do que o ato de aceitação do cargo e um compromisso de bem-servir. Com a posse ocorre a “investidura” do servidor, ou seja, trava-se a relação funcional.¹⁰⁸

Com o ato da posse o servidor estará aceitando as atribuições, as responsabilidades e os direitos do cargo que lhe são conferidos e deve ser efetuado mediante a assinatura de um termo. Em geral é dado o prazo de trinta dias para que o nomeado tome posse; em alguns casos é permitida a prorrogação desse prazo, a pedido do candidato, exceto na esfera federal.¹⁰⁹

Já o início do exercício consiste no início do desempenho das atribuições do cargo pelo nomeado, contando-se a partir daí os dias trabalhados, para fins de tempo de serviço e de remuneração.¹¹⁰

O servidor terá quinze dias para entrar em exercício, ou seja, deve colocar-se à disposição da administração pública nesse prazo, caso contrário será exonerado, conforme dispõe o artigo 15 e parágrafos da Lei n.º 8.112/90.¹¹¹

O provimento derivado é aquele que advém de um vínculo anterior com a administração pública, autárquica e fundacional pública.¹¹²

O provimento derivado dar-se-á mediante promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução.¹¹³

¹⁰⁵ MELLO, 2004. p. 280.

¹⁰⁶ MEDAUR, 2008. p. 267.

¹⁰⁷ MEIRELLES, 2008. p. 444.

¹⁰⁸ MELLO, *op. cit.*, p. 281.

¹⁰⁹ MEDAUR, 2008. p. 267.

¹¹⁰ MEDAUR, *loc. cit.*

¹¹¹ MELLO, 2004. p. 281.

¹¹² GASPARINI, 2006. p. 275.

¹¹³ *Ibid.*, p. 282.

3.2.1 Promoção

É a forma de provimento em que o servidor passa para um cargo de maior responsabilidade e maior complexidade de atribuições, dentro da carreira a que pertence, ou seja, o servidor ascende na carreira.¹¹⁴

A promoção ocorre quando um servidor público muda de um cargo de igual natureza, porém com funções e vencimentos mais elevados e dá-se por merecimento ou por antiguidade, desde que haja vaga.¹¹⁵

3.2.2 Readaptação

Tal instituto traduz-se por ser a espécie de transferência do servidor público para outro cargo mais compatível com sua eventual e posterior limitação de capacidade física ou mental, havendo sempre uma prévia inspeção médica, a fim de averiguar sua compatibilidade com o futuro cargo.¹¹⁶

É uma espécie de provimento derivado horizontal, uma vez que o servidor não ascende e nem é rebaixado. Um exemplo claro de readaptação é o caso do servidor que exercia a função de motorista e após perde um braço em um acidente, foi readaptado para a função de vigilante escolar, conforme já decidiu o STF.¹¹⁷

3.2.3 Reversão

Trata-se da volta do servidor aposentado às suas atividades, podendo ser *ex officio* ou a pedido do servidor, mas é necessário que haja vaga para tal caso acontecer. Ocorre muitas

¹¹⁴ DI PIETRO, 2007. p. 561.

¹¹⁵ GASPARINI, 2006. p. 284.

¹¹⁶ MELLO, 2004. p. 282.

¹¹⁷ GASPARINI, 2006. p. 276.

vezes nos casos em que é concedida a aposentadoria por incapacidade laboral e a saúde do servidor volta ao estado normal.¹¹⁸

A reversão traz de volta o servidor às suas atividades laborais por não existirem mais as razões pelas quais foi determinada a aposentadoria ou ela tenha sido deferida equivocadamente, podendo ser feita *ex officio* ou a pedido do servidor afastado.¹¹⁹

3.2.4 Aproveitamento

O aproveitamento representa o reingresso do servidor estável que estava disponível, no mesmo cargo que ocupava anteriormente ou em cargo de equivalentes atribuições e vencimentos.¹²⁰

É obrigatório o aproveitamento, não podendo o servidor rejeitá-lo, porém não pode o servidor exigir seu aproveitamento, conforme a Súmula 39 do STF:¹²¹ “À falta de lei, funcionário em disponibilidade não pode exigir, judicialmente, o seu aproveitamento, que fica subordinado ao critério de conveniência da administração.”

3.2.5 Reintegração

A reintegração evidencia-se pelo retorno do servidor ilegalmente desligado ao cargo que ocupava ou a outro equivalente, sendo ressarcido dos prejuízos sofridos pelo afastamento.¹²²

Em outras palavras, é a recondução do servidor ao cargo que ocupava anteriormente à sua demissão, com direito ao pagamento integral dos vencimentos e vantagens que perdera durante o tempo em que esteve afastado, desde que o afastamento tenha sido reconhecido como ilegal em decisão judicial ou administrativa.¹²³

¹¹⁸ FIGUEIREDO, 2003. p. 609.

¹¹⁹ MELLO, op cit., p. 283.

¹²⁰ MELLO, loc. cit., p. 283.

¹²¹ GASPARINI, op. cit., p. 277.

¹²² BASTOS, 2002. p. 441.

¹²³ MEIRELLES, 2008. p. 474.

3.2.6 Recondução

A recondução consiste no retorno do servidor estável ao cargo que anteriormente ocupava, em virtude de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou de reintegração do ocupante anterior.¹²⁴

O instituto da recondução pode ser encontrado no artigo 41, parágrafo 2.º da Constituição Federal, determinando que o servidor que ocupava o cargo do reintegrado seja reconduzido ao seu cargo de origem. Observa-se:¹²⁵

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Importante salientar que nem todos podem ter acesso aos cargos públicos, empregos ou funções públicas. Só estão acessíveis aos brasileiros natos ou naturalizados, aos portugueses equiparados que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. É o que dispõe o artigo 37, I da nossa Carta Magna.¹²⁶

Conforme o artigo 37, II da Constituição Federal, não bastam os requisitos do inciso I do referido artigo; a investidura em cargo ou emprego público dependerá também de aprovação prévia do candidato em concurso público de provas ou de provas e títulos, exceto para os cargos em comissão.¹²⁷

3.3 PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO

Os cargos em comissão também são chamados de cargos de confiança, pois devem ser ocupados por pessoas que desfrutam da confiança daquele que o nomeou ou propôs a

¹²⁴ MEIRELLES, loc.cit.

¹²⁵ BASTOS, op.cit., p. 441.

¹²⁶ MORAES, 2002. p. 142.

¹²⁷ MEDAUR, 2008. p. 263.

nomeação. Caso a confiança deixar de existir ou se há troca da autoridade que propôs a nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão é exonerado, devendo apenas permanecer nesses cargos aqueles que possuem vínculo de confiança com aquele que o nomeia. Esses cargos são criados por lei, determinando seu número certo.¹²⁸

São considerados cargos comissionados os de livre provimento e exoneração que não necessitam de concurso público; esses cargos são destinados à direção, chefia e assessoramento. Trata-se de uma exceção ao princípio do acesso aos cargos públicos mediante concurso público. Para que haja o provimento desses cargos, é necessário que haja um vínculo de confiança entre o provido e a autoridade que o nomeou.¹²⁹

São cargos de caráter provisório, sendo declarados em lei de livre nomeação e exoneração, destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Porém há que se observar o disposto na Emenda Constitucional 19, que determina o preenchimento de uma parcela dos cargos em comissão por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos dispostos em lei (art. 37, V da Constituição Federal).¹³⁰

É sabido que atualmente a escolha não é absolutamente livre, como antigamente, pois os cargos em comissão devem ser preenchidos preferencialmente por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.¹³¹

Recomenda-se que os cargos comissionados e as funções de confiança sejam ocupados preferencialmente por servidores ocupantes de cargos técnicos ou profissionais, nos casos previstos em lei.¹³²

Na verdade não se vedou o acesso aos cargos comissionados a pessoas de fora da Administração Pública, o disposto no art. 37, inciso V, apenas restringiu o acesso de pessoas estranhas aos quadros da Administração Pública aos cargos de confiança. Ou seja, os cargos de direção, chefia e assessoramento, devem ser exercidos preferencialmente por servidores públicos efetivos. Observa-se:¹³³

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de

¹²⁸ Ibid., p. 265.

¹²⁹ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 105.

¹³⁰ MEIRELLES, 2008. p. 425.

¹³¹ GASPARINI, 2005. p. 183.

¹³² SILVA apud MORAES, 2002, p. 159.

¹³³ COELHO, 2004. p. 107.

carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Quanto à estabilidade dos cargos em comissão, é sabido que esta não poderá ser alcançada pelos ocupantes do cargo, uma vez que se trata de cargos de livre nomeação e exoneração, sendo este privilégio destinado apenas aos servidores concursados.¹³⁴

Em relação ao regime jurídico dos cargos em comissão, vale mencionar que todos os princípios da Administração Pública devem ser aplicados aos cargos em comissão e funções de confiança.¹³⁵

Quanto à aposentadoria, esse tema já foi muito discutido, tendo-se atualmente o entendimento de que, se uma pessoa exerceu um cargo comissionado por tempo suficiente para aposentar-se, este será merecedor da aposentadoria. Inclusive, há jurisprudência do Tribunal de Contas da União a favor da concessão de aposentadoria.¹³⁶

Cargo em comissão – Aposentadoria. Assunto: Consulta. Interessado: Senado Federal.

“Ementa: Possibilidade de aposentadoria de servidor ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a Administração Pública, antes da alteração no art. 183 da Lei 8.112/1990 pela Lei 8.647m de 13.4.1993 – Resposta afirmativa.”

No entanto é vedado acumulação de cargos para os que exercem cargos em comissão, exceto, por exemplo, a função de professor, que é entendida como aprimoramento técnico.¹³⁷

Segundo Lúcia Valle Figueiredo: “Com relação aos direitos e deveres, os que ocupam cargos em comissão são tão funcionários quanto os efetivos. A única diferença é a precariedade da permanência no cargo.”¹³⁸

A livre nomeação e exoneração para cargos públicos traz alguns pontos negativos; entre eles o perigo de um órgão arbitrário, com tendências políticas, indicar ou nomear pessoas incapazes de realizar uma determinada função, descambando assim para a proteção e para o apadrinhamento.¹³⁹

Esgotados os assuntos pertinentes no que tange aos servidores públicos, passar-se-á ao estudo das legislações e jurisprudências relativas ao tema do presente trabalho.

¹³⁴ FIGUEIREDO, 2003. p. 579.

¹³⁵ FIGUEIREDO, loc cit.

¹³⁶ FIGUEIREDO, 2003. p. 583.

¹³⁷ Ibid., p. 581.

¹³⁸ FIGUEIREDO, 2003. p. 581.

¹³⁹ CRETELLA JÚNIOR, 2000. p. 458.

4 LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

Tendo em vista as duas normas mais importantes para o combate ao nepotismo na Administração Pública, quais sejam a Resolução n.º 7, de 18 de outubro de 2005, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Súmula Vinculante n.º 13, de 29 de agosto de 2008, do Supremo Tribunal Federal (STF), abordar-se-á cada uma delas cuidadosamente, bem como algumas jurisprudências no mesmo sentido.

4.1 RESOLUÇÃO N.º 7 DE 18 DE OUTUBRO DE 2005 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) foi a associação que mais lutou para moralizar a administração judiciária brasileira. No ano de 2001, a referida associação pleiteou a revogação da Resolução n.º 388/97 do TST, que proibia o nepotismo, porém garantia direito adquirido aos que já se encontravam no cargo. Tal luta ocorreu pelos inúmeros casos de nepotismo na Justiça do Trabalho, havendo casos escandalosos em que o Presidente de um TRT nomeou dezenas de familiares, tendo como único critério para o preenchimento do cargo o parentesco que tinham com o Presidente do TRT.¹⁴⁰

A ANAMATRA foi a primeira entidade nacional a consultar o CNJ para que este vedasse o nepotismo em toda a Justiça do Trabalho. Paulo Lobo, representante da OAB no CNJ, apresentou uma proposta para que a proibição se estendesse a todo o Poder Judiciário. No dia 27 de setembro de 2005, não só a Resolução foi aprovada, bem como teve efeito para todo o Judiciário. Foi dado o prazo de noventa dias para que os Presidentes dos Tribunais exonerassem os ocupantes de cargos de comissão ou função gratificada em condição de nepotismo. O prazo começou a ser contado no dia 16 de janeiro de 2006.¹⁴¹

¹⁴⁰ LEAL, João José. *Resolução 07/05 Do Conselho Nacional De Justiça: fim do nepotismo no poder judiciário?* Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2334/RESOLUCAO_0705_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTICA_FIM_DO_NEPOTISMO_NO_PODER_JUDICIARIO>. Acesso em: 23 abr. 2009.

¹⁴¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Fim do nepotismo: mais uma vitória da Anamatra*. Disponível em:

<http://www1.anamatra.org.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=19731>. Acesso em: 23 abr. 2009.

Observam-se alguns importantes dispositivos da Resolução n.º 7 do CNJ:¹⁴²

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

Art. 5º Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contado da publicação deste ato, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2º, comunicando a este Conselho.

Parágrafo único. Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.

Para que se compreenda melhor sobre a Resolução, vale mencionar os conceitos de cônjuge, companheiro, parente em linha reta, colateral ou por afinidade.

Por cônjuge entende-se um dos membros da sociedade conjugal, ou seja, o marido ou a esposa, enquanto por companheiro (a) entende-se um dos membros que vive em união estável.¹⁴³

O parentesco natural divide-se em linha reta e em linha colateral. O parentesco em linha reta é aquele em que as pessoas são ligadas através da ascendência ou da descendência. Importante observar que não há limites. São parentes em linha reta: o pai, o avô, o bisavô, o

¹⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução N° 7, de 18 de Outubro de 2005*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=101&Itemid=160>. Acesso em: 23 abr. 2009.

¹⁴³ BAPTISTA, Antonio Sergio. *Explicando a Súmula Vinculante 13*. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/administrativo/1382-explicando-a-sumula-vinculante-13.html>>. Acesso em: 23 abr. 2009.

filho, o neto, o bisneto, etc. Já os parentes em linha colateral são aqueles que não descendem uns dos outros, mas têm um tronco em comum.(DINIZ, 2002 apud FIUZA, p. 1299).¹⁴⁴

O parentesco por afinidade é a relação que liga um dos cônjuges ou companheiros aos parentes do outro, não se contando os graus, mas por analogia entende-se que uma pessoa é parente da outra por afinidade no mesmo grau em que seu companheiro ou cônjuge o é pela consanguinidade.¹⁴⁵

Vale lembrar que, em se tratando de parentesco por afinidade em linha reta, o vínculo não se extingue com a dissolução do casamento, continuando a gerar efeitos de impedimento matrimonial e de impedimento processual.¹⁴⁶

É pertinente então a análise do art. 2.º da Resolução em questão.

O inciso I trata do tipo mais comum de nepotismo, aquele que consiste no privilégio de se nomear para cargo de provimento em comissão ou de função gratificada parentes de juízes de primeiro ou segundo grau de um determinado Tribunal ou Juízo. Popularmente conhecido como nepotismo direto ou explícito, é facilmente percebido pelo grau de parentesco que o nomeante tem com o nomeado para o cargo e pelo fato de trabalharem no mesmo espaço administrativo, fato que foi vedado com a Resolução estudada.¹⁴⁷

Pelo disposto no inciso I, não parece haver dúvidas quanto à interpretação de seu texto, bastando recorrer ao Código Civil, para que se possa verificar quais são as pessoas impedidas de exercer cargos em comissão ou de função gratificada. Entretanto poderá haver dificuldade no cumprimento da norma quando a figura do noivo (a) ou do (a) namorado (a) tentar dissimular a figura do companheiro (a). Mas para suprir essa dificuldade, aplica-se o art. 1.º da Resolução que veda implicitamente e por extensão as outras hipóteses de nepotismo.¹⁴⁸

No inciso II, encontra-se a figura do nepotismo cruzado ou dissimulado, que consiste no acordo entre dois ou mais magistrados de tribunais ou juízos diferentes para que um beneficie o (s) parente (s) do outro e vice-versa, com cargos de confiança. Como exemplo, pode-se citar o caso do filho de um juiz federal que foi nomeado para exercer cargo de provimento em comissão na Justiça Estadual, em troca da nomeação da esposa de um juiz de

¹⁴⁴ FIUZA, Assunção. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: [s. n.], 2008. p. 1060.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 1061.

¹⁴⁷ LEAL, João José. *Resolução 07/05 Do Conselho Nacional De Justiça: fim do nepotismo no poder judiciário?* Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2334/RESOLUCAO_0705_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTICA_FIM_DO_NEPOTISMO_NO_PODER_JUDICIARIO>. Acesso em: 23 abr. 2009>.

¹⁴⁸ LEAL, João José. *Resolução 07/05 Do Conselho Nacional De Justiça: fim do nepotismo no poder judiciário?* Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2334/RESOLUCAO_0705_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTICA_FIM_DO_NEPOTISMO_NO_PODER_JUDICIARIO>. Acesso em: 23 abr. 2009.

direito para cargo de igual natureza, na Justiça Federal, dificultando-se assim o controle desse tipo de nepotismo.¹⁴⁹

O inciso III veda a nomeação ou indicação de qualquer servidor investido em cargo de assessoramento ou de direção para exercer cargos de provimento em comissão ou de função gratificada. Trata-se então da vedação de outros funcionários já investidos em cargo de assessoramento ou direção de nomear seus parentes (de acordo com o que dispõe o inciso I) para cargo de mesma natureza, com o uso de seu poder político-administrativo.¹⁵⁰

O inciso IV veda a contratação em caráter excepcional e temporário dos mesmos parentes mencionados no inciso I, seja do magistrado ou de servidor em cargo de direção e de assessoramento. Nesse caso, enquadra-se a figura dos funcionários admitidos sem concurso público.¹⁵¹

Por fim, o inciso V considera nepotismo:¹⁵²

[...] a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios os mencionados parentes "dos membros ou juizes vinculados, ou servidor em cargo de direção ou de assessoramento".

Com a redação do art. 5.º, pode-se concluir que a Resolução rejeita a tese da existência de direito adquirido em relação aos que já ocupam cargos de confiança, se nomeados em razão de seu parentesco com magistrados vinculados ao Juízo ou Tribunal. O argumento é que não se conquista direito adquirido mediante ato administrativo de natureza precária ou sujeita ao poder discricionário de seu intitulado. Se o magistrado perdeu o poder discricionário de nomear parentes para cargos de provimento em comissão, fica evidente que seu beneficiário não tem direito de permanecer no cargo, diante da nova Resolução do CNJ.¹⁵³

Com o objetivo de moralizar a estrutura administrativa do Poder Judiciário, o CNJ editou essa Resolução impedindo assim que parentes próximos dos magistrados fossem nomeados para exercer cargos de assessoramento ou direção, dando maior credibilidade ao Poder Judiciário. Esse fato foi embasado no princípio da moralidade inserido na cabeça do artigo 37 da Constituição Federal.¹⁵⁴

¹⁴⁹ LEAL, op. cit.

¹⁵⁰ LEAL, loc. cit.

¹⁵¹ LEAL, loc. cit.

¹⁵² LEAL, loc. cit.

¹⁵³ LEAL, João José. *Resolução 07/05 Do Conselho Nacional De Justiça: fim do nepotismo no poder judiciário?* Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2334/RESOLUCAO_0705_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTICA_FIM_DO_NEPOTISMO_NO_PODER_JUDICIARIO>. Acesso em: 23 abr. 2009.

¹⁵⁴ SILVA JÚNIOR, Evaldo de Paula e. *Conselho Nacional de Justiça e a Resolução nº 07*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7919>>. Acesso em: 24 abr. 2009.

Ficou claro que os critérios de parentesco não são suficientes para que a autoridade pública exerça sua discricionariedade para investir alguém em um determinado cargo, uma vez que esses critérios são de cunho subjetivo, podendo coexistir com outros objetivos, bem como a comprovação de capacitação técnica.¹⁵⁵

Entretanto, é necessário que essa Resolução se estenda aos demais Poderes (Legislativo e Executivo), pois se sabe que a prática do nepotismo é muito comum nesses Poderes.¹⁵⁶

4.2 SÚMULA VINCULANTE N.º 13 DE 29 DE AGOSTO DE 2008 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O grande marco para a edição da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal (STF) foi o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12, estendendo o entendimento da Resolução n.º 7 do CNJ a toda a Administração Pública.¹⁵⁷

Outras ações incentivaram a edição da súmula, bem como: o Recurso Especial n.º 579.951, o Mandado de Segurança n.º 23.718 e a ADC 12 MC, ambos apreciados pelos Ministros do Supremo. O texto da referida Súmula foi editado da seguinte forma:

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.¹⁵⁸

¹⁵⁵ SILVA JÚNIOR, loc. cit.

¹⁵⁶ SILVA JÚNIOR, loc. cit.

¹⁵⁷ MAGALHÃES, Bruno Barata. *Não há interpretação exata para a Súmula Vinculante 13*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-10/nao_interpretacao_exata_sumula_vinculante_13?pagina=2>. Acesso em: 24 abr. 2009.

¹⁵⁸ BRASIL. Súmula Vinculante n.º 13 de 2008. *Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_014>. Acesso em: 25 abr. 2009.

Para que se possa melhor compreender os motivos pelos quais o STF editou essa Súmula Vinculante, é necessário analisar seus precedentes e o voto dos Ministros. Usa-se aqui a ADC 12 MC como referência.

4.2.1 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

Consagram-se aqui os princípios regentes de toda a administrativa pública, em especial os princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade (este omitido pelo art. 37, pois já está consagrado no *caput* do art 5.º da nossa Lei Fundamental).¹⁵⁹

É possível concluir que a intenção da Resolução do CNJ, que precede a edição dessa Súmula, teve o intuito de debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais, bem como a impessoalidade, a eficiência e a igualdade.¹⁶⁰

4.2.2.1 Impessoalidade

Consiste na eliminação do personalismo, na proibição do *marketing* pessoal ou da autopromoção com cargos, funções, empregos, obras e serviços públicos. Ou seja, na separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a metáfora republicana de que “não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio”.¹⁶¹

Em outras palavras, é vedada a nomeação ou designação de parentes não concursados para trabalhar em cargos de comissão ou em função de confiança, tanto ostensivamente, quanto pela fórmula disfarçada de “cruzamento” (ocasião em que uma autoridade nomeia o

¹⁵⁹ BRITTO, Carlos Ayres. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6*. Distrito Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=372910&codigoClasse=591&numero=12&siglaRecurso=MC&classe=ADC>>. Acesso em: 5 maio 2009.

¹⁶⁰ BRITTO, Carlos Ayres. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6*. Distrito Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=372910&codigoClasse=591&numero=12&siglaRecurso=MC&classe=ADC>>. Acesso em: 5 maio 2009.

¹⁶¹ BRITTO, loc. cit.

parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca de um favor igual).¹⁶²

4.2.1.2 Eficiência

Esse princípio determina a obrigatoriedade de mão de obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo com relação à capacitação técnica, vocação e força de vontade para realizar o serviço.

Essas qualificações muitas vezes são deixadas de lado quando se trata de um ambiente íntimo e familiar das repartições estatais. Como pode ser cobrada a assiduidade de um filho ou esposa ao trabalho? Como punir de maneira adequada quando for necessário? Parece que há aqui uma fusão do ambiente familiar com o espaço público.¹⁶³

4.2.1.3 Igualdade

Facilitar o acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança expressa sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre o parâmetro da qualificação do profissional.¹⁶⁴

Além disto, essa cultura de prevalente arrebanhamento de mão de obra parental ou familiar traz para a família beneficiada uma superafetação de renda, poder político e prestígio social.¹⁶⁵

Além desses princípios, a prática do nepotismo pode resvalar para a zona da imoralidade administrativa, porém o ilícito imoral já é uma consequência da inobservância dos três outros princípios supracitados.¹⁶⁶

¹⁶² BRITTO, loc. cit.

¹⁶³ BRITTO, Carlos Ayres. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6*. Distrito Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=372910&codigoClasse=591&numero=12&siglaRecurso=MC&classe=ADC>>. Acesso em: 5 maio 2009.

¹⁶⁴ BRITTO, loc. cit.

¹⁶⁵ BRITTO, loc. cit.

¹⁶⁶ BRITTO, loc. cit.

Pode-se acreditar que a Resolução do CNJ seja atentatória aos direitos de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, mas isto não é verdadeiro, pois a interpretação dos incisos II e V do art. 37 da Constituição Federal deve ser dada à luz dos comandos que se encontram no *caput* do referido artigo. Ou seja, o que já era proibido antes da edição da Resolução agora tomou ainda mais força com essa tipificação.¹⁶⁷

4.2.2 Voto do Ministro Celso de Mello

A Resolução CNJ n.º 7 de 2005 prestou efetiva reverência ao texto da Carta Magna, mostrando-se fiel aos princípios fundados na ética republicana. Sabe-se que o Estado no exercício de suas atividades não pode ignorar os princípios essenciais, não importa se no âmbito do Poder Executivo, no âmbito do Poder Legislativo ou no domínio do Poder Judiciário, as atividades não de ser exercidas com a observância dos postulados da igualdade, moralidade e impessoalidade administrativa.¹⁶⁸

Esses princípios devem reger os órgãos estatais, principalmente os órgãos do Poder Judiciário, não tolerando práticas e costumes administrativos que tendam a confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante.¹⁶⁹

A Resolução CNJ n.º 07/2005 veio para construir a ordem democrática, distinguindo-se assim o espaço público do espaço privado.¹⁷⁰

É necessário preservar as relações que os conceitos de espaço público e de espaço privado guardam entre si, para que tais conceitos não se confundam nem causem a destruição dos fins ético-jurídicos visados pelo constituinte.¹⁷¹

O nepotismo na esfera institucional do poder político não pode ser admitido, sob pena de o processo de governo ser levado a um retrocesso histórico, o que é inadmissível, na perspectiva da atualização e modernização do aparelho do Estado.¹⁷²

O fato é que quem possui o poder e a força do Estado em suas mãos não poderá

¹⁶⁷ BRITTO, loc. cit.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6*. Distrito Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=372910&codigoClasse=591&numero=12&siglaRecurso=MC&classe=ADC>>. Acesso em: 5 maio 2009.

¹⁶⁹ MELLO, loc. cit.

¹⁷⁰ MELLO, loc. cit.

¹⁷¹ MELLO, loc. cit.

¹⁷² MELLO, loc. cit.

exercer em benefício próprio a autoridade que lhe é dada pelas leis da República. O nepotismo demonstra ser um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, além de desrespeitar os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e igualdade administrativa.¹⁷³

4.2.3 Voto do Ministro Cezar Peluso

Mesmo que na grande maioria dos casos a nomeação para cargos em comissão ou de confiança recaísse sobre pessoas de grande competência, o simples fato de haver exceções bastaria para oferecer grave risco à administração pública. Esse fato acaba frustrando a escolha de indivíduos mais competentes, tendo reflexos diretos na eficiência da administração pública.¹⁷⁴

Isso viola alguns princípios constitucionais, como o da impessoalidade, princípio este relacionado com o controle jurídico do exercício do poder político, que é mantido por minorias.¹⁷⁵

O que limita o poder discricionário do administrador em escolher seus funcionários garantindo a satisfação das necessidades e dos interesses públicos é o princípio da impessoalidade, que deverá guiar o administrador na escolha dos quadros, não para servir ao titular desse poder, mas para atender às necessidades da administração pública. Daí a exigência constitucional de concurso público como regra geral.¹⁷⁶

Desta forma não há como negar à prática do nepotismo como uma ofensa ostensiva ao princípio constitucional da impessoalidade.¹⁷⁷

¹⁷³ MELLO, loc. cit.

¹⁷⁴ PELUSO, Cezar. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6*. Distrito Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=372910&codigoClasse=591&numero=12&siglaRecurso=MC&classe=ADC>>. Acesso em: 6 maio 2009.

¹⁷⁵ PELUSO, loc. cit.

¹⁷⁶ PELUSO, loc. cit.

¹⁷⁷ PELUSO, loc. cit.

4.3 JURISPRUDÊNCIAS

Verifica-se no presente item decisões recentes dos Tribunais Nacionais, com os respectivos entendimentos das autoridades prolatoras. Observa-se então o Recurso Extraordinário n.º 579-951-4 encaminhado ao STF, advindo de uma decisão do Tribunal do Rio Grande do Norte, o Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 6650-9 igualmente interposto perante o Supremo contra uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e a Apelação Cível n.º 2008.048148-6, interposta perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina contra uma decisão da Vara Única do Município Itaiópolis.

4.3.1 Recurso Extraordinário 579.951-4

O Recurso Extraordinário em estudo foi interposto para que o Supremo Tribunal Federal reformasse o acórdão oriundo do Tribunal do Rio Grande do Norte, que havia entendido que a nomeação para os cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde do Município de Água Doce e de motorista do mesmo Município, ocupados por Elias Raimundo de Souza e Francisco Souza do Nascimento, respectivamente, o primeiro, irmão de vereador e o segundo irmão do Vice-Prefeito do referido Município, seria legal.¹⁷⁸

O Tribunal do Rio Grande do Norte entendeu que a Resolução 07 do CNJ não se aplicaria ao Legislativo e ao Executivo e ainda afirmou que os cargos políticos também não estão sujeitos à referida Resolução.¹⁷⁹

O Ministério Público do Rio Grande do Norte, ora recorrente, alegou em sede de Recurso Extraordinário que não se pode dar interpretação isolada dos incisos II e V do artigo 37 da Carta Maior, e dissociada do que é expresso na cabeça do mesmo artigo.¹⁸⁰

Observar-se-á primeiramente a ementa e posteriormente os votos de alguns Ministros do Supremo acerca do julgamento do referido recurso interposto.

¹⁷⁸ LEWANDOWSKI, Ricardo. *Recurso Extraordinário 579.951-4*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=579951&classe=RE>>. Acesso em: 8 maio 2009.

¹⁷⁹ LEWANDOWSKI, loc. cit.

¹⁸⁰ LEWANDOWSKI, loc. cit.

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.
 RE 579951 / RN- RIO GRANDE DO NORTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
 Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI.
 Julgamento: 20/08/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno¹⁸¹

Passar-se-á à análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o caso.

4.3.1.1 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Além de grande ofensa à moralidade administrativa, a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigem concurso público fere o princípio da impessoalidade e o princípio da isonomia, porque prevalece o repudiável “QI”, popularmente conhecido como “quem indica”.¹⁸²

Ademais, na maior parte das vezes, a nomeação de parentes inaptos ao trabalho e seu completo despreparo para exercer as funções para as quais foi nomeado acaba por ferir também o princípio da eficiência expresso no *caput* da Carta Magna.¹⁸³

O argumento falacioso usado pelo recorrido de que a Carta Magna não vedou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes e, portanto, seria uma prática lícita não merece prosperar, pois encontra-se afastada dos princípios que norteiam a “Constituição Cidadã”, assim referida por Ulisses Guimarães.¹⁸⁴

O que se discute no presente caso é se os princípios do artigo 37, *caput*, são ou não autoaplicáveis e se a proibição do nepotismo se estende a todos os Poderes e a todos os níveis

¹⁸¹ LEWANDOWSKI, loc. cit.

¹⁸² LEWANDOWSKI, Ricardo. *Recurso Extraordinário 579.951-4*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=579951&classe=RE>>. Acesso em: 8 maio 2009.

¹⁸³ LEWANDOWSKI, loc. cit.

¹⁸⁴ LEWANDOWSKI, loc. cit.

político-administrativos da Federação, independentemente de lei formal. E considera-se, sim, autoaplicáveis os princípios constitucionais.¹⁸⁵

Por todo o exposto, entende-se nulo o ato de nomeação de Francisco Souza do Nascimento e hígida a nomeação de Elias Raimundo, por não ter sido comprovada a prática do nepotismo cruzado.¹⁸⁶

4.3.1.2 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

Os princípios do artigo 37 da Constituição Federal são extensíveis a toda a Administração Pública, porém os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade vêm num contexto não de governo, não de poder político, mas de Administração Pública, ou seja, para o exercício da atividade administrativa em si.¹⁸⁷

O governo abrange a Administração Pública, que é segmento do governo, porque incorpora ingrediente político.¹⁸⁸

O artigo 37, portanto, refere-se a cargos em comissão e de confiança, tratando apenas dos cargos meramente administrativos, não políticos. Sabe-se que o cargo de Secretário Municipal de Saúde é um cargo meramente político, não estando, pois, submetido ao artigo 37 da Lei Maior.¹⁸⁹

Por óbvio que os princípios constitucionais do artigo 37 aplicam-se a todos os dirigentes superiores de toda a Administração Pública, porém, os cargos a que se refere o inciso V são meramente administrativos, não sendo estes princípios aplicados aos cargos políticos.¹⁹⁰

Ou seja, o Chefe do Poder Executivo tem total liberdade para escolher seus quadros de governo, mas não é livre para escolher seus quadros administrativos.¹⁹¹

¹⁸⁵ LEWANDOWSKI, loc. cit.

¹⁸⁶ LEWANDOWSKI, loc. cit.

¹⁸⁷ BRITTO, Carlos Ayres. *Recurso Extraordinário 579.951-4*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=579951&classe=RE>>. Acesso em: 9 maio 2009.

¹⁸⁸ BRITTO, loc. cit.

¹⁸⁹ BRITTO, loc. cit.

¹⁹⁰ BRITTO, loc. cit.

¹⁹¹ BRITTO, loc. cit.

4.3.2 Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 6650-9

O presente agravo foi interposto contra uma decisão advinda da 1.^a Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR nos autos da Ação Popular 2.424/2008.¹⁹²

A decisão foi no sentido de suspender o ato de nomeação do irmão do Governador do Estado do Paraná para o cargo de Secretário Estadual de Transportes.¹⁹³

O reclamante alegou ofensa à Súmula Vinculante n.º 13 do STF, pois os secretários estaduais são na verdade agentes políticos, por esta razão seu caso não estaria submetido às hipóteses da referida súmula.¹⁹⁴

Observa-se a ementa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao caso em apreço.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido.

Rcl 6650 MC-AgR / PR – PARANÁ. AG.REG.NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO.

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 16/10/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno¹⁹⁵

¹⁹² GRACIE, Ellen. *Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 6650-9*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=6650&classe=Rcl-MC-AgR>>. Acesso em: 10 maio 2009.

¹⁹³ GRACIE, Ellen. *Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 6650-9*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=6650&classe=Rcl-MC-AgR>>. Acesso em: 10 maio 2009.

¹⁹⁴ GRACIE, loc. cit.

¹⁹⁵ GRACIE, loc. cit.

Analisar-se-á no momento o voto da Ministra-Relatora, Ellen Gracie, integrante do Supremo Tribunal Federal.

4.3.2.1 Voto da Ministra Ellen Gracie

A decisão não deve receber qualquer reforma por refletir o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o julgamento do Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, que entendeu que a nomeação de parentes para cargos políticos não violaria os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, tendo em vista sua natureza política.¹⁹⁶

Os cargos políticos não estariam, portanto, submetidos à Súmula Vinculante n.º 13. Como se observou, o cargo de Secretário Estadual de Transportes é meramente político, não merecendo então a decisão ser reformada.¹⁹⁷

4.3.3 Apelação Cível n. 2008.048148-6

O representante do Ministério Público Estadual ingressou com uma Ação Civil Pública contra o Município de Itaiópolis, a Câmara de Vereadores do Município de Itaiópolis e o Instituto de Previdência do Município de Itaiópolis, visando a eliminar o nepotismo supostamente praticado pelos réus.¹⁹⁸

Havia sido editada uma Lei Complementar no referido município, proibindo a contratação de cônjuges e parentes até o segundo grau, do Prefeito, do Vice-Prefeito e do Presidente da Câmara de Vereadores para o preenchimento de cargos comissionados na esfera dos Poderes Legislativo e Executivo.¹⁹⁹

¹⁹⁶ GRACIE, Ellen. *Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 6650-9*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=6650&classe=Rcl-MC-AgR>>. Acesso em: 10 maio 2009.

¹⁹⁷ GRACIE, Ellen. loc. cit.

¹⁹⁸ MEDEIROS, Luiz César. *Apelação Cível n. 2008.048148-6 Itaiópolis*. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra/html.action?qID=AAAG%2B9AAMAAA4VWAAS&qTodas=nepotismo+itai%F3polis&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso em: 22 maio 2009.

¹⁹⁹ MEDEIROS, loc. cit.

O Ministério Público arguiu a inconstitucionalidade dessa Lei, uma vez que deveria ser estendida aos parentes até o terceiro grau, de todos os Vereadores, Secretários Municipais, Chefes de Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.²⁰⁰

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes.²⁰¹

Observar-se-á o voto do Desembargador-Relator, Luiz César Medeiros.

4.3.3.1 Voto do Desembargador Luiz Cezar Medeiros

O nepotismo deve ser combatido independentemente de Lei Municipal, pois esse viola os sagrados princípios constitucionais, tais como: o da moralidade, o da impessoalidade, o da isonomia e o da eficiência, os quais são considerados mais importantes que qualquer norma.²⁰²

Diante disto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 13, que teve como precedente o Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, em que o Ministro Joaquim Barbosa alega que os princípios constitucionais são autoaplicáveis no que tange à atuação do administrador público, e qualquer ato que viole os referidos princípios poderá ser apreciado pelo Judiciário.²⁰³

O Ministro supracitado afirma ainda que o que está em questão não é a qualidade do trabalho dos “servidores-parentes” e sim a forma do provimento dos cargos que ocupam, que se deu em virtude de seu parentesco com a autoridade que o nomeou ou indicou, causando dano aos demais cidadãos tão capacitados ou mais do que esse servidor.²⁰⁴

Em relação às reivindicações do Ministério Público, Luiz Cezar Medeiros afirma:

Quanto ao reclamo do parquet, de fato, em homenagem aos princípios constitucionais que devem pautar a atuação do Estado, notadamente a moralidade administrativa, devem ser vedadas quaisquer contratações que visem a favorecimentos ou discriminações em detrimento do interesse público.²⁰⁵

²⁰⁰ MEDEIROS, loc. cit.

²⁰¹ MEDEIROS, loc. cit.

²⁰² MEDEIROS, Luiz César. *Apelação Cível n. 2008.048148-6 Itaiópolis*. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAG%2B9AAMAAA4VWAAS&qTodas=nepotismo+itai%F3polis&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso em: 22 maio 2009.

²⁰³ MEDEIROS, loc. cit.

²⁰⁴ MEDEIROS, loc. cit.

²⁰⁵ MEDEIROS, loc. cit.

Deu-se provimento ao recurso do Representante do Ministério Público, e negou-se o recurso do réu, por unanimidade, nos termos do voto do relator.²⁰⁶

²⁰⁶ MEDEIROS, loc. cit.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo estudar o nepotismo, assim como a sua possibilidade ou vedação na Administração Pública Brasileira.

Inicialmente foram estudados os princípios da Administração Pública para averiguar se o nepotismo poderia ferir alguns desses princípios. Deu-se ênfase aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa, porém não menos importantes são os princípios da eficiência e da isonomia ou igualdade administrativa.

Logo após, analisaram-se os servidores públicos, seus aspectos gerais, os agentes públicos, os servidores estatutários, os empregados públicos e os contratados por tempo determinado. Estudou-se ainda o provimento de cargos tanto o originário como o derivado. Analisou-se por fim o provimento de cargos comissionados, para averiguar se o nepotismo era compatível com esses termos.

Por fim, foi efetuada uma análise das normas que versam sobre o nepotismo, bem como a Resolução n.º 7 de 2005 do Conselho Nacional de Justiça e a Súmula Vinculante n.º 13 de 2008 do Supremo Tribunal Federal. Efetuou-se ainda uma análise jurisprudencial referente à aplicação das normas supracitadas em relação ao nepotismo. Como resultado, observou-se que não haveria necessidade sequer de normas que vedassem o nepotismo, uma vez que os princípios constitucionais e doutrinários da Administração Pública seriam autoaplicáveis e vedariam essa prática, uma vez que os ferem.

A única exceção que lamentavelmente persiste é o nepotismo nos cargos políticos, uma vez que os Ministros do Supremo Tribunal Federal entendem que os princípios constitucionais não são aplicáveis quando se trata de cargos dessa natureza.

De forma sucinta, conclui-se que o nepotismo na Administração Pública é vedado (não se admitindo direito adquirido para os que já se encontravam nos cargos antes mesmo da Resolução n.º 7/05 do Conselho Nacional de Justiça), com exceção dos cargos eminentemente políticos.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Fim do Nepotismo*: mais uma vitória da Anamatra. Disponível em: <http://ww1.anamatra.org.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=19731>. Acesso em: 23 abr. 2009.

BAPTISTA, Antonio Sergio. *Explicando a Súmula Vinculante 13*. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/administrativo/1382-explicando-a-sumula-vinculante-13.html>>. Acesso em: 23 abr. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_014>. Acesso em: 25 abr. 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=372910&codigoClasse=591&numero=12&siglaRecurso=MC&classe=ADC>>. Acesso em: 5 maio 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Recurso Extraordinário nº 579.951-4*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=579951&classe=RE>>. Acesso em: 9 maio 2009.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=101&Itemid=160>. Acesso em: 23 abr. 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O dicionário da Língua Portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIUZA, Assunção. *Novo Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRACIE, Ellen. *Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação nº 6650-9*. Distrito Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=6650&classe=Rcl-MC-Agr>>. Acesso em: 10 maio 2009.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, João José. *Resolução nº 07/05 Do Conselho Nacional De Justiça: fim do nepotismo no poder judiciário?* Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2334/RESOLUCAO_0705_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTICA_FIM_DO_NEPOTISMO_NO_PODER_JUDICIARIO>. Acesso em: 23 abr. 2009.

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Recurso Extraordinário nº 579.951-4*. Distrito Federal.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=579951&classe=RE>>. Acesso em: 8 maio 2009.

MAGALHÃES, Bruno Barata. *Não há interpretação exata para a Súmula Vinculante 13*.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-10/nao_interpretacao_exata_sumula_vinculante_13?pagina=2>. Acesso em: 24 abr. 2009.

MEDAUR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. ed. São Paulo: [s. n.], 2008. 128 p.

MEDEIROS, Luiz César. *Apelação Cível n° 2008.048148-6*. Itaiópolis. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAG%2B9AAMAAA4VWAAS&qTodas=nepotismo+itai%F3polis&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso em: 22 maio 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=372910&codigoClasse=591&numero=12&siglaRecurso=MC&classe=ADC>>. Acesso em: 5 maio 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: [s. n.], 2008.

PELUSO, Cezar. *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=372910&codigoClasse=591&numero=12&siglaRecurso=MC&classe=ADC>>. Acesso em: 6 maio 2009.

SILVA JÚNIOR, Evaldo de Paula. *Conselho Nacional de Justiça e a Resolução n° 07*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7919>>. Acesso em: 24 abr. 2009.