

PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT ASSESSORIA TÉCNICA DA BANCADA

“Na exegese do texto constitucional, não se pode perder de vista que uma Constituição é, antes de tudo, propriedade da nação e não daqueles que exercem o poder” (Paine, Thomas. Das Constituições, p. 193).

NEPOTISMO

Parecer

“AUTORIDADES. SERVIDORES PÚBLICOS OCUPANTES DE CARGOS DE CHEFIA. PODERES DA REPÚBLICA. NOMEAÇÃO DE PARENTES PARA CARGOS EM COMISSÃO. VEDAÇÃO. NEPOTISMO. RESSALVAS. STF. MANUTENÇÃO DE NOMEAÇÃO DE PARENTE OCORRIDA EM DATA ANTERIOR À INVESTIDURA NO CARGO OU MANDATO DA AUTORIDADE OU SERVIDOR PÚBLICO EM CARGO DE DIREÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A *ratio* que se extrai do princípio da moralidade albergado no texto constitucional é a de proibir de forma ampla, que haja a constituição ou a manutenção de qualquer tipo de privilégios em face do grupo familiar da autoridade ou governante, de quaisquer dos Poderes, às expensas do Poder Público.”

I – Relatório/Consulta.

Com vistas a aclarar determinada situação jurídica que lhe foi apresentada e tendo em vista a recente orientação do Supremo Tribunal Federal que versa sobre o instituto denominado **NEPOTISMO**, consulta-nos a Deputada Ângela Portela – PT/RO, acerca da legalidade da ocupação de determinado cargo comissionado na seara do Poder Judiciário, quando o beneficiado foi nomeado em data anterior à investidura do parente que detém a qualidade de agente político de um dos Poderes da República.

Objetivamente, o caso concreto veio assim relatado:

“(...)

O cidadãoé cônjuge de uma magistradae alega que foi nomeado em cargo comissionado antes do ingresso de sua esposa na magistratura e antes de conhecer e se casar com ela.

(...)” (grifos nossos).

Pela importância do tema e para melhor enfrentar, ao final, o questionamento que motiva a presente elaboração, tentarei avançar um pouco além da questão objetiva proposta, sempre respeitando o balizamento constitucional que circunscreve a matéria, mas sem a preocupação de aprofundamento, haja vista a notoriedade e ampla publicidade que detém o instituto na sociedade em geral, notadamente após a edição da orientação normativa do STF.

Advirto, na oportunidade, que as ponderações e conclusões que aqui serão expostas representam apenas a opinião pessoal desse Assessor que a presente subscreve, não vinculando e nem expressando, necessariamente, a opinião da Bancada ou do Partido dos Trabalhadores.

II – Conceito/Histórico.

A figura do nepotismo, embora possa encontrar variadas definições, tem sido delineada historicamente como o meio pelo qual familiares daqueles que detém, ainda que temporariamente o poder estatal, são beneficiados através da nomeação para cargos públicos e/ou outras benesses, visando aumentar o poder político e econômico do grupo familiar às custas do erário e em detrimento da sociedade em geral.

Em outras palavras, é o favorecimento, a indulgência que determinados autoridades, servidores ocupantes de cargos de direção e governantes em geral, utilizam-se para contemplar, sem que necessariamente sejam aferidos os critérios de qualificação profissional e normalmente por intermédio da nomeação de cargos públicos em comissão, seus próprios parentes.

Utilizam-se de uma faculdade legítima albergada no texto da Constituição, consistente na possibilidade de nomeação para os cargos demissíveis *ad nutum*, ou seja, em comissão, de pessoas sem concurso público, com o claro propósito de beneficiar os próprios familiares, numa verdadeira concepção patrimonialista do Estado, como afirmado pelo Ministro Celso de Mello em voto que adiante será comentado.

Maria Helena Diniz¹ assim o define o instituto:

“NEPOTISMO. 1. *Direito Administrativo*. Favorecimento de parentes de certos políticos ou governantes, por meio de nomeação a cargos públicos, ou distribuição de favores ou empregos, facilitando-lhes a ascensão social. 2. *História do direito*. Influência excessiva que sobrinhos ou outros familiares dos papas exerciam na administração da Igreja.

Da mesma forma, colhe-se no Dicionário Aurélio²:

“Nepotismo (De *nepote* + *ismo*). S.m 1. Autoridade que os sobrinhos e outros parentes do papa exerciam na administração eclesiástica. 2. Favoritismo, patronato: (...)”

A melhor conceituação, contudo, nos é apresentada pela atual Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha³ quando assevera

“O nepotismo originou-se na Igreja Católica, quando os papas ofereciam benefícios e graças especiais a seus sobrinhos (daí o emprego da palavra nepotismo) e a seus familiares em geral. O “direito divino do rei”, que justificava as suas condições especiais e extraordinárias em relação aos súditos, e que lhes dava uma condição pessoal soberana, caracterizando o Poder Político por eles detidos como um poder pessoal, incontestável e inquestionável, fez com que o próprio Estado fosse não uma coisa pública, mas uma res particular, patrimônio do monarca, que distribuía, repartia e compartilhava, segundo os seus únicos interesses, a quem bem entendesse, e, claro, ele só entendia e o estendia a seus parentes e pessoas a ele ligadas.”

Em síntese, o nepotismo pode ser compreendido como a ação praticada por integrante da Administração Pública, em quaisquer dos Poderes, condenável do ponto de vista moral e ético, e no mais das vezes vedado por lei, que viola o princípio da moralidade administrativa, da igualdade e gera favorecimento de pessoas ligadas legal ou afetivamente ao agente praticante do ato.

III – A Legislação.

O tema vem permeando a pauta do Congresso Nacional há alguns anos, estando em trâmite na Câmara dos Deputados a PEC 334-B, de 1996⁴ (aguardando apreciação do Plenário), que condensa algumas das propostas legislativas apresentadas no período.

Apesar de ainda não ter havido qualquer avanço da matéria em termos de produção legislativa com eficácia geral e irrestrita, não há como negar que estamos num especial momento da democracia brasileira, onde parece haver uma certa convergência na sociedade acerca da necessidade de proceder-se à revisão de alguns dos mecanismos que ainda insistem em fincar raízes na Administração

Pública, de modo a torná-la mais transparente, democrática e, sobretudo, em sintonia com os postulados éticos desses novos tempos democráticos.

No vácuo e porque não dizer, na própria omissão do Congresso Nacional, o Conselho Nacional de Justiça e posteriormente o Supremo Tribunal Federal, devidamente autorizado pelo artigo 103-A da Constituição Federal, trouxeram a lume o alcance e a abrangência vinculante do princípio da moralidade administrativa, a balizar e normatizar as ações administrativas no âmbito dos três Poderes da República e na esfera da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nesse sentido, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, há muito assevera em seu art. 117:

“Art. 117. Ao servidor é proibido:

...

VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;”

No mesmo sentido, a Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, que *cria as carreiras dos servidores do Poder Judiciário, fixa os valores de sua remuneração e dá outras providências*, prescreve em seu art. 10:

“Art. 10. No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9, do cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juizes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade.”

Por sua vez, a Lei nº 9.953, de 4 de janeiro de 2000, que dispunha sobre a carreira de apoio técnico administrativo do Ministério Público da União e foi revogada pela Lei nº 11.415, de 2006, afirmava em seu então art. 22:

“Art. 22. No âmbito do Ministério Público da União é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 13, de cônjuge, companheiro, ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo da Carreira de Apoio Técnico-Administrativo, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao membro determinante da incompatibilidade.”

Já a Lei nº 11.415, de 2006, que dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, fixa os valores de sua remuneração; revoga a Lei nº 9.953, de 4 de janeiro de 2000, e a Lei nº 10.476, de 27 de junho de 2002, reiterou em seu art. 5º:

“Art. 5º No âmbito do Ministério Público da União é vedada a nomeação ou designação, para cargo em comissão, de cônjuge, companheiro(a), parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o 3º (terceiro) grau, dos respectivos membros, salvo de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para o exercício perante o membro ou servidor determinante da incompatibilidade, situação que se aplica à função de confiança. “

Na mesma quadra, a Lei nº 8.432, de 11 de junho de 1992, afirmava em seu art. 44, §3º, verbis:

“Art. 44...

§ 3º Não poderão ser nomeados ou designados para os cargos em comissão, criados nesta lei, parentes consangüíneos ou afins até o terceiro grau, de Juízes em atividade ou aposentados há menos de cinco anos, tanto do primeiro como do segundo grau de jurisdição.”

De outro ângulo, a Resolução nº 246, de 18.12.2002, do Supremo Tribunal Federal, alterada pela resolução nº 249 de 5.2.2003, estabelece em seu art. 7º:

“Art. 7º. É vedado ao servidor do Supremo Tribunal Federal:

I – usar cargo ou função, facilidades, amizades, tempo, posição e influências para obter favorecimento para si ou para outrem; (...)

...

XVIII – manter sob sua subordinação hierárquica cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o 3º grau”.

Por outro lado, o Regimento Interno da Corte Suprema assevera:

Art. 355 (...)

§ 7º: “Salvo se funcionário efetivo do Tribunal, não poderá ser nomeado para cargo em Comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade”

Art. 357 (...)

Parágrafo único: “Não pode ser designado Assessor, Assistente Judiciário ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade”.

E, finalmente, o art. 37 da Constituição Federal prescreve:

“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: (...)”

Como se verifica, embora não houvesse no rol legislativo pátrio nenhuma norma expressa vedando a prática do nepotismo de maneira abrangente no âmbito da Administração Pública Federal, Estadual, Distrital e Municipal, já vigoravam diversos institutos específicos proibindo e orientando o atuar do Administrador Público, dos Agentes Políticos e dos governantes em geral, na trilha dos princípios albergados na Constituição Federal.

Não se discute, dessa forma, a força vinculante e obrigatória da recente decisão do STF, consubstanciada na citada Súmula 13, de 2008.

IV – A Resolução nº 07, de 1995 do CNJ, a Súmula Vinculante nº 13, de 2008 do STF e o Princípio da Moralidade.

Como afirmado acima, no dia 18 de outubro de 2005 o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com base no art. 37 da Constituição Federal, editou a Resolução nº 07, publicada no DOU de 14 de novembro de 2005, vedando o Nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

No rastro da citada Resolução e em decorrência de reiteradas manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema (*ADI nº 1.521 - MC -DJ de 17/3/2000; MS nº 23.780 - DJ de 3/3/2006; ADC nº 12 - MC - DJ de 1º/9/2006; ADC nº 12 e RE nº 579.951*), a Corte editou, com sustentáculo no citado art. 37 da Constituição Federal, notadamente em face do princípio da moralidade administrativa, a Súmula Vinculante nº 13, com o seguinte conteúdo normativo:

“SÚMULA VINCULANTE Nº 13

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

Na ausência de uma definição legislativa orientadora do tema, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que ofertar à sociedade brasileira, com força vinculante em relação a toda à Administração, uma interpretação abrangente do

texto constitucional, que se erige como 'norma' a regular, em todas as esferas do Poder Público, a condução dos agentes públicos e autoridades em geral, em relação ao preenchimento de cargos públicos em comissão.

Na verdade, a Súmula tem substrato no princípio da moralidade, ausente nas Cartas Constitucionais precedentes e que foi inserido solenemente no art. 37 da Carta Magna, sob o vento dos novos tempos democráticos.

Tal princípio repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, razão pela qual não tem relevo algum afirmar, como já se arvoraram alguns, que a inexistência de norma expressa na Constituição ou em Lei infraconstitucional vedando a prática do nepotismo conduziria à legalidade da ação

É que o raciocínio jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido, somente tem incidência no domínio do Direito Privado, onde as relações são regidas pela denominada licitude implícita, o contrário ocorrendo no domínio do Direito Público, como bem demonstrou o eminente Professor Geraldo Ataliba⁵, assinalando que, nesse campo, o que não é previsto é proibido.

Carmem Lúcia Antunes Rocha⁶, afirma que a moralidade administrativa "é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada a realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais, submete o administrador público"

Assim, a prática do administrador público há de ser orientada pelo acatamento desse princípio, por um comportamento virtuoso, marcado por uma conduta conforme a natureza do cargo por ele desenvolvida, dos fins buscados e consentâneos com o Direito, e dos meios utilizados para o atingimento destes fins.

Toda essa normatividade do princípio da moralidade albergado no texto do art. 37 da Constituição Federal foi solenemente delineada no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, nos autos do Recurso Extraordinário nº 579.951-4/RN, ou seja, exatamente o voto que conduziu o STF para a edição da Súmula vinculante. Vejamos alguns trechos do referido voto:

"(...)

Dentre tais pronunciamentos, destaco a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, nos seguintes termos:

"Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta GORDILLO, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente.

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não podem ser um obstáculo à determinação da regra da proibição ao nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRIA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um 'núcleo fixo' (Begriffkern) ou 'zona de certeza', que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. **A vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade**" (grifei).

Apesar de não ter participado daquele julgamento, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha perfilha o mesmo entendimento, veiculado em sede doutrinária:

"O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa".

Já o Ministro Carlos Britto, relator da mencionada ADC 12-MC/DF, referindo-se aos princípios em tela, afirmou o seguinte:

"[São] Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática

do chamado 'nepotismo'. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. pp. 213-214) comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do 'cruzamento' (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor)".

E acrescenta:

"(...) as restrições constantes do ato normativo do CNJ são (...) as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade (...). Quero dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente

positivado. Não se tratando, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público” (grifos no original).

....

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no caput do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns “bolsões” de atraso institucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional.

....

Além de ofensiva à moralidade administrativa, a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigem concurso público, como já se viu acima, fere o princípio da impessoalidade e, por extensão, o basilar princípio da isonomia, porque prevalece o nefasto “QI”, o popular “quem indica”, mencionado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto pioneiro sobre o nepotismo, na ADI 1.521/RS, em que o Plenário indeferiu pedido de medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que traziam normas vedando a contratação de parentes de autoridades públicas.

....

Em suma, como afirmou o Ministro Celso de Mello, no julgamento da citada ADI 1.521/RS:

“(...) quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos, não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa”.

Como se vê, as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados contidos no referido dispositivo da Constituição são auto-aplicáveis, visto que trazem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em conseqüência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que vulnerarem os valores fundantes do texto constitucional.

...

Assim, o argumento, data venia falacioso, de que, se a Carta Magna não vedou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes, essa prática seria lícita, não merece prosperar,

pois totalmente apartada do ethos que permeia a “Constituição-cidadã” a que se referia o saudoso Ulisses Guimarães.

Em linha de coerência com o que fixou a Corte Suprema, o Deputado Antônio Carlos Biscaia – PT/RJ, justificando proposta de emenda constitucional⁷ apresentada à Câmara dos Deputados afirmou sobre o tema:

“(…)

A atuação do Estado deve dar-se sempre dentro de limites informados por um universo de princípios destinados a assegurar a prevalência do público sobre o privado, e a orientar a Administração Pública na sua atividade concreta e imediata para a consecução dos interesses coletivos.

Nesse sentido, uma Administração que pretende ser competente e é orientada por princípios como o da moralidade e o da legalidade, não pode conviver com a existência de favoritismos sem critério, que protegem certos indivíduos por apresentarem relação de parentesco com quem os beneficia.

A prática do empreguismo discricionário, mesmo em se tratando de cargos comissionados, viola o princípio constitucional da moralidade, uma vez que se revela injusta e desonesta para com outros indivíduos que mereceriam o cargo.

O nepotismo constitui prática não aceita em Estados Democráticos. Democracia pressupõe igualdade de tratamento e de oportunidades a todos os cidadãos, o que é incompatível com a existência de privilégios para alguns poucos.

…

Poucas vezes na história republicana deste País criou-se uma expectativa tão sólida de mudança. Neste contexto, insere-se o desejo de que velhas e condenáveis práticas existentes na gerência da máquina administrativa também acabem, dentre elas o nepotismo e o empreguismo. Esse é, portanto, um momento único para que sejam redobrados os esforços no sentido de aprovação de dispositivos com aplicação geral que estabeleçam restrições(…)”

Assim o Supremo Tribunal Federal cumpriu a contento sua função de interprete da Constituição Federal, apresentando à sociedade brasileira, em toda a sua dimensão, a força normativa que se extrai do princípio da moralidade, de modo a vincular e pautar, com breves ressalvas, o atuar público de quaisquer dos integrantes dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Evidentemente, que a edição da Súmula Vinculante não obsta a que o Congresso Nacional venha a estabelecer regramento mais objetivo sobre o tema, desde que preserve, em minha avaliação, os princípios éticos e morais que norteiam e balizam os atos e as práticas administrativas dos agentes públicos e dos governantes em geral.

Estão vedadas, portanto, as nomeações 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.

Para melhor compreensão do alcance da vedação explicitada pela Súmula, transcreve-se os dispositivos do Código Civil em vigor, no que diz respeito às relações de parentesco:

“(…)

SUBTÍTULO II
Das Relações de Parentesco
CAPÍTULO I
Disposições Gerais

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

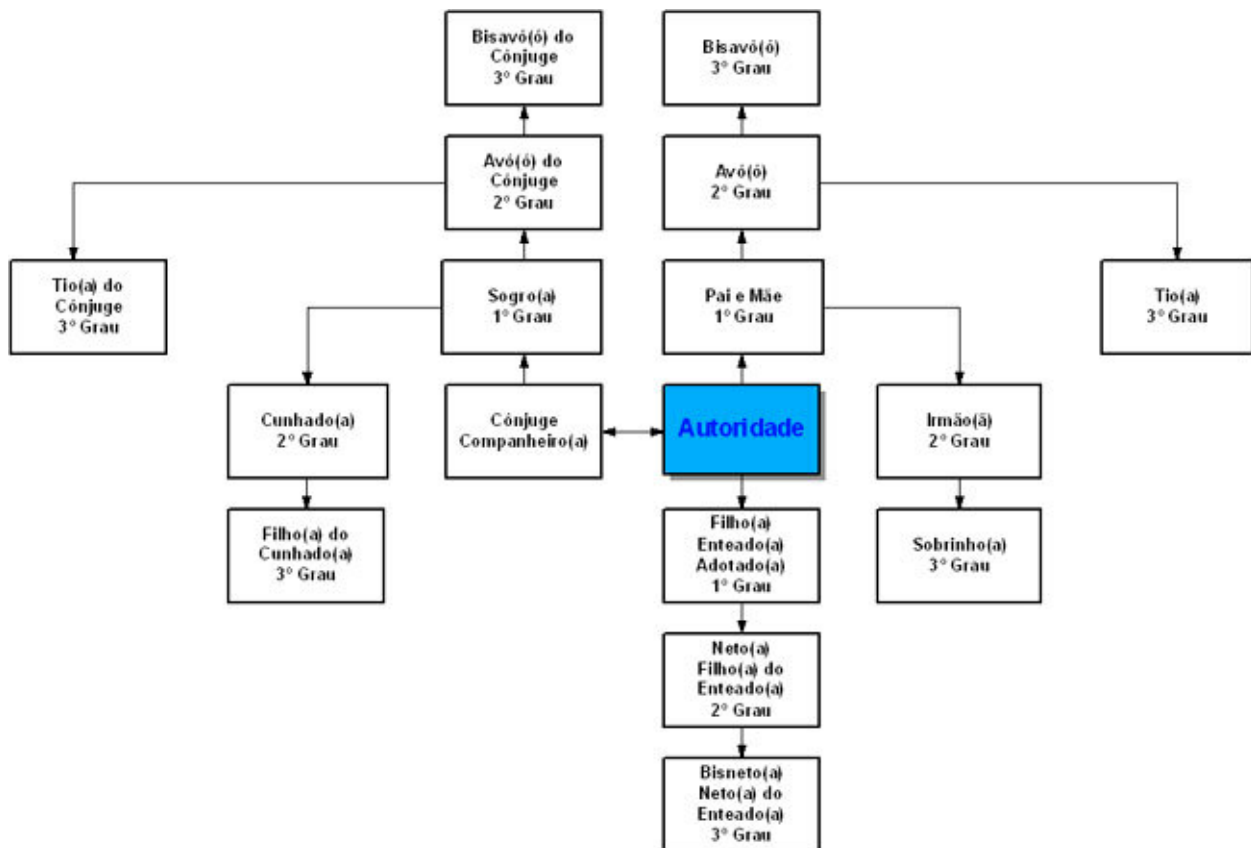
Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. (...)”

A vedação pode ser melhor divisada no diagrama abaixo⁸:



Como se observa:

- São parentes em linha reta ascendente: Pai / Mãe, Avô(ó), Bisavô(ó).
- São parentes em linha reta descendente: Filho(a), Neto(a), Bisneto(a).
- São parentes em linha colateral: Tio(a), Irmão(ã), Sobrinho(a).
- São parentes por afinidade: Sogro(a), Avô(ó) do Cônjuge e/ou Companheiro(a), Bisavô(ó) do Cônjuge e/ou Companheiro(a), Tio(a) do Cônjuge e/ou Companheiro(a), Cunhado(a), Filho(a) do Cunhado(a), Genro, Nora.
- São parentes civilmente: Filho(a) adotado, Enteadado(a), Filho(a) do Enteadado(a), Neto(a) do Enteadado(a).

V – As Relações Homoafetivas e o Nepotismo.

Uma questão que precisa ser melhor aclarada consiste em aferir se os casais que mantêm relações homoafetivas, assim reconhecidas nas esferas civil, previdenciária, familiar e até mesmo eleitoral estariam inseridos nas vedações estabelecidas nas expressões “*cônjuge e companheiro*” ou, em outras palavras, se

haveria proibição à nomeação de companheiro ou de companheira do parente ou governante que mantém relação homoafetiva? A resposta, entendo, deve ser positiva, conforme tentarei demonstrar em seguida.

A Constituição Federal preceitua no seu art. 5º que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”*.

Por sua vez, a existência de casais homossexuais é uma realidade que há muito vem sendo reconhecida pelo Estado brasileiro, seja na seara previdenciária, civil ou familiar, inclusive com a possibilidade de adoção, por casais homoafetivos.

É o que se divisa de julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹ quando assevera que *‘não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados destas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária.’*

Ora, a partir do momento em que o Estado, de maneira acertada, diga-se de passagem, passa a reconhecer, à semelhança das entidades familiares, direitos aos casais que mantém relações homoafetivas, também deverá impor, como contraponto, os mesmos deveres e restrições inerentes às mencionadas relações familiares ditas ‘convencionais’.

Há, portanto, ônus e bônus nesses novos tempos de democracia plena. Nessa perspectiva, havendo qualquer reconhecimento formal do Estado em face de eventual união homoafetiva, estará esta, a exemplo dos demais grupos familiares, adstrita à observância do preceito veiculado na Súmula vinculante nº 13, de 2008.

A propósito do que se afirma, o Tribunal Superior Eleitoral, ao apreciar o Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, do Estado do Pará, onde se discutia a inelegibilidade de candidata que mantinha relação homoafetiva com a então prefeita do Município de Viseu, exarou o seguinte Acórdão:

“REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO . RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, §7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal.

Recurso a que se dá provimento.”

Destaca-se da referida decisão, os seguinte trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes:

“(…)

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, acredito que esse relacionamento tenha reflexo na esfera eleitoral.

Vale ressaltar que, no plano patrimonial, o STJ admite a repercussão desse tipo de relação e a denomina sociedade ou união de fato. No Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se a companheira homossexual para fins previdenciários (Pet nº 1.984-9/RS).

Colaciono trecho bastante elucidativo do voto do Ministro Rui Rosado, proferido no Resp nº 148897/MG, *verbis*:

‘A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC (anterior): mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.

*Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: ‘Oui, monsieur, l’amour’. E assim é, na verdade, pois o **Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento**, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante (grifos nossos).’*

É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos.

Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil Alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de

concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

(...)"

No mesmo julgado, o ex-Ministro Carlos Velloso afirmou:

"(...)

O eminente relator demonstrou que o mundo evolui e é preciso reconhecer estas novas entidades que se formam. Desconhecer a realidade seria desconhecer o papel do Direito e, principalmente, do Direito Público.

E. S.Exa. demonstrou que no Superior Tribunal de Justiça essa questão já foi reconhecida; no Supremo Tribunal Federal já se reconheceu a união homossexual para o fim de um dos partícipes dessa união ficar protegido pela Previdência Social. (...)"

Comentando a referida decisão, o professor Vitor Frederico Kümpel¹⁰, assevera:

"... para considerar ambas entidades familiares, estabeleceu a Corte Eleitoral uma relação de coordenação, ou seja, fixou um dever, e, sem perceber, criou uma faculdade, pois nas relações de coordenação, a todo dever, fixa-se um direito. O Prof. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR ensina que sistematicamente, nas relações de coordenação, por serem normas de conduta, como no caso em questão, o dever imposto pelo Estado às relações homossexuais, equiparando-os às relações familiares, implica a faculdade de o homossexual exigir que o Estado lhe garanta os mesmos direitos da família."

Desta feita, equiparando os institutos da relação estável dita 'convencional' e das relações homoafetivas, quando de alguma forma reconhecida pelo Estado, tem-se, em nossa opinião, que a nomeação de cônjuge e do companheiro, inclusive aqueles formados pelas uniões homoafetivas, por políticos ou autoridades de quaisquer dos Poderes da República caracteriza o instituto do Nepotismo e, portanto, estão vedadas pela Constituição Federal.

VI – Exceções Admitidas expressamente pela Súmula Vinculante nº 13/2008.

Não obstante a abrangência da vedação explicitada pelo Supremo Tribunal Federal, restaram excepcionadas algumas situações específicas.

Com efeito, no julgamento do RE nº 579.951/RN, que norteou a edição da Súmula Vinculante nº 13/2008, o Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**, ao proferir seu voto pela vedação ao Nepotismo naquele caso concreto, fez expressa ressalva acerca da inaplicabilidade da decisão e, posteriormente, da Súmula, em relação à ocupação dos cargos de natureza política.

Nesse sentido, colhe-se do Informativo STF nº 516:

“O Tribunal deu parcial provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que reputara constitucional e legal a nomeação de parentes de vereador e Vice-Prefeito do Município de Água Nova, daquela unidade federativa, para o exercício dos cargos, respectivamente, de Secretário Municipal de Saúde e de motorista. Asseverou-se, inicialmente, que, embora a Resolução 7/2007 do CNJ seja restrita ao âmbito do Judiciário, a vedação do nepotismo se estende aos demais Poderes, pois decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF, tendo aquela norma apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos dessa restrição que são próprios a atuação dos órgãos jurisdicionais. (...)

Aduziu-se que art. 37, caput, da CF/88 estabelece que a Administração Pública é regida por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade, sendo que, dentre eles, o da moralidade e o da impessoalidade exigem que o agente público pautе sua conduta por padrões éticos que têm por fim último alcançar a consecução do bem comum, independentemente da esfera de poder ou do nível político-administrativo da Federação em que atue.

Acrescentou-se que o legislador constituinte originário, e o derivado, especialmente a partir do advento da EC 1/98, fixou balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos, que, de alguma forma, buscassem finalidade diversa do interesse público, como a nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, segundo uma interpretação equivocada dos incisos II e V do art. 37 da CF.

Considerou-se que a referida nomeação de parentes ofende, além dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, o princípio da eficiência, haja vista a inapetência daqueles para o trabalho e seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem.

Frisou-se, portanto, que as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados do art. 37 da CF são auto-aplicáveis, por trazerem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em conseqüência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que transgridam os valores fundantes do texto constitucional.

Com base nessas razões, e fazendo distinção entre cargo estritamente administrativo e cargo político, declarou-se nulo o ato de nomeação do motorista, considerando hígida, entretanto, a nomeação do Secretário Municipal de Saúde. RE nº 579951/RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 20.8.2008.” (Grifamos)

No mesmo sentido, o ministro Cezar Peluso deferiu liminar na Reclamação 6650, na qual Eduardo Requião de Mello e Silva questionou no Supremo Tribunal Federal decisão do juiz de primeira instância de anular sua nomeação para o

cargo de secretário estadual de transportes. Com a decisão, além de suspender o ato do magistrado paranaense, o Ministro Peluso também restabeleceu a validade da nomeação do irmão do governador para o cargo de secretário estadual dos transportes. Argumentou o Ministro que "os secretários estaduais são agentes políticos, os quais entretêm com o Estado vínculo de natureza igualmente política, razão por que escapam à incidência das vedações impostas pela Súmula Vinculante 13".

Estas são as exceções atualmente admitidas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

VII – O Nepotismo no Direito Comparado.

Diante do que me propus elaborar não havia previsão de avançar na pesquisa do direito internacional acerca do tema Nepotismo.

Identifiquei, contudo, na justificação da Proposta de Emenda à Constituição nº 549¹¹ as seguintes informações que achei relevante destacar:

“(...)

A Constituição da Colômbia prevê expressamente, no seu art. 126, que *‘los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengen parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o com quien estén ligados por matrimonio o unión permanente’*, vedando-se também a designação de pessoas vinculadas pelos mesmos laços a servidores públicos competentes para intervir em sua designação, excetuando-se as nomeações em que se apliquem as regras gerais de acesso por mérito. A Constituição do Equador meramente proíbe o nepotismo, na forma definida pela lei. Em março de 2000, também Porto Rico aprovou legislação proibindo o nepotismo. A lei local vedou a contratação de parentes consaguíneos de até terceiro grau, ou afins de até segundo grau, de funcionários com poder decisório nos órgãos do governo. A proposta original, apresentada pela Oficina de Ética Governamental, previa a proibição até o quarto grau, mas emendas parlamentares tornaram menos rigorosa a proibição, inclusive permitindo que a Oficina de Ética Governamental ou o Comissionado de Assuntos Municipais autorize o emprego de pessoas que, embora dentro do grau de consanguinidade proibido, sejam consideradas imprescindíveis para o bom funcionamento do governo ou o bem-estar do serviço público. As proibições também não se aplicam aos que vierem a adquirir condição de parentesco após a nomeação para o cargo público. Emenda aprovada pelo Senado também excepcionou da proibição os funcionários de carreira que tenham ascendido aos cargos em função de processos competitivos em igualdade de condições com outros candidatos e onde tenha sido observado o sistema do mérito.”

VIII – Possibilidade de manutenção da nomeação do parente ocorrida em data anterior à investidura ou Posse da Autoridade paradigma.

Após as considerações desenvolvidas ao norte, cumpre enfrentar objetivamente o tema da consulta encaminhada à Deputada e submetida a essa Assessoria.

Ora, uma análise mais ligeira da Legislação vigente e da própria Súmula Vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal poderia levar à compreensão que a vedação tem por objetivo tão somente evitar que a autoridade já investida de determinação função pública ou cargo eletivo, em quaisquer dos Poderes constituídos, se utilize de tal prerrogativa para beneficiar parentes, em desarmonia com os princípios abrigados na Constituição Federal.

Admitindo-se tal possibilidade, ter-se-ia a conclusão de que o eventual afastamento ou exoneração de servidor, cujo ingresso no respectivo cargo público tenha ocorrido em data anterior à investidura do parente considerado paradigma para a vedação ou, da mesma forma, quando sequer existia o vínculo de parentesco, não poderia ser desconstituído de per si, por não caracterizar a figura do nepotismo e, se ocorresse, importaria numa injustiça.

Sem embargos das opiniões em contrário, penso de forma diversa. A *ratio* que se extrai do princípio da moralidade albergado no texto constitucional é a de proibir de forma ampla, que haja a constituição ou a manutenção de qualquer tipo de privilégios em face do grupo familiar da autoridade ou governante, às expensas do Poder Público.

Em outras palavras, para a configuração do nepotismo é suficiente a identificação, em qualquer momento e no curso do desempenho de funções públicas, das condições objetivas definidas no texto da Súmula vinculante nº 13, ou seja, o vínculo entre o ocupante de cargo em comissão e a autoridade pública constituída.

Argumentar-se-á em sentido contrário que a autoridade não ofendeu o princípio da moralidade, já que a nomeação, como dito, teria ocorrido em data anterior à investidura, não tendo havido qualquer privilégio ou benesse na citada realidade. Afirmo contudo que o objetivo da norma é o de evitar que o princípio da moralidade seja maculado, tanto por ocasião da nomeação, quanto no decorrer da manutenção dessa situação jurídica.

Dito de outra forma, a vedação visa a impedir também que em função da manutenção de determinado privilégio não condizente com os princípios constitucionais decorram ou originem-se outras situações de ilegalidades e imoralidades. Há, portanto, uma presunção relativa de que a permanência de um

status de imoralidade pode gerar outras situações da espécie. E, nesse caso, a presunção, conquanto relativa, milita em favor da sociedade.

Entendimento diverso conduziria à uma situação de burla à vedação instituída e ao completo esvaziamento do princípio ético moralizante reavivado pelo Supremo Tribunal Federal e já absorvido pela sociedade brasileira.

Nessa quadra e respondendo objetivamente à indagação formulada, entendo que a situação concreta trazida à baila em sede de consulta se configura como irregular e caracteriza-se como NEPOTISMO, posto que em confronto com a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula vinculante nº 13, de 2008.

Outras situações específicas deverão ser analisadas caso a caso, diante da realidade que se apresentar.

É como penso.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2008.

Alberto Moreira Rodrigues
Assessor Jurídico da Bancada

¹ Diniz, Maria Helena – Dicionário Jurídico. Vol. 3. Ed. Saraiva – pág. 353

² Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda – Novo Dicionário de Língua Portuguesa – 2º ed. Ed. Nova Fronteira - pág. 1189

³ Rocha, Cármen Lúcia Antunes in Princípios Constitucionais da Administração Pública, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, fl. 158

⁴ PEC 334-B

⁵ Comentários ao CTN, Rio de Janeiro, Forense, 1982

⁶ Rocha, Carmen Lúcia Antunes, .. idem, ibidem, p. 193

⁷ Proposta de Emenda Constitucional nº 128, de 2003

⁸ www.adpmnet.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=56:nepotismo&catid=38:beijaflor-ar&Itemid=76

⁹ Kumpel, Vítor Frederico. In. Inelegibilidade – Candidata a Prefeito – Relação Homossexual Estável – Reflexões Sobre o Homossexualismo – Revista Sintese – Direito Civil e Processual Civil - nº 35 maio-junho 2005 – pág. 62

¹⁰ *Apelação cível nº 70001388982*, 5ª câmara cível do TJRS, relatada pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis

¹¹ Proposta de Emenda à Constituição nº 549, de 2002 – Dep. José Dirceu, - PT/SP e outros