

## **O controle da Administração Pública à luz do princípio constitucional da moralidade: o combate ao nepotismo.**

Autor: Kelton Almeida Machado.

**RESUMO:** Nesta pesquisa científica o Princípio da Moralidade será vinculado ao combate do nepotismo na Administração Pública sob a ótica do Direito Constitucional e Administrativo, além de tratar a respeito das formas de controle externo da Administração Pública. As fontes de pesquisa, basicamente as obras listadas nas referências e alguns repositórios de Resoluções ou Súmulas dos órgãos colegiados superiores pátrios, proporcionam e suscitam uma reflexão e debate à indagação básica deste trabalho. Desta forma, faz-se necessário a abordagem temática deste artigo, uma vez que se trata de um tema atual e pertinente, pois se observa uma cobrança da sociedade e da imprensa em geral em acabar com o nepotismo nos órgãos públicos seja qual for o Poder em que estejam inseridos. Iniciando internamente com o Poder Judiciário e logo em seguida com a elaboração de uma Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos externos, decidindo que há afronta à Constituição Federal quando houver nepotismo em todas as esferas do Serviço Público. Este artigo procurará, de forma abrangente, analisar todos esses institutos sempre com o intuito de amadurecer o debate jurídico acerca das questões aqui levantadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Direito Constitucional. Controle da Administração Pública. Princípio da Moralidade. Nepotismo.

### **INTRODUÇÃO**

Com a evolução das sociedades, principalmente no tocante ao dever de zelo e ética para com a coisa pública, incluiu-se nos regramentos dos Estados um princípio basilar ratificando tal dever, qual seja, o Princípio da Moralidade na Administração Pública. No Brasil, atualmente é uma ordem constitucional prevista no artigo 37, caput, da nossa Carta Magna, e ultimamente há uma cobrança cada vez maior por parte do povo, principalmente com o amadurecimento da democracia brasileira, suscitando debates complexos, e tendo como um dos focos principais o combate ao nepotismo no âmbito público.

Desde a época do Império Romano, há relatos sobre a moralidade e a ética dos gestores públicos nas suas condutas administrativas, principalmente quando há a prática do nepotismo, ou seja, a concessão de empregos ou benesses a parentes do administrador público, independente da capacidade técnica daqueles para exercerem tais cargos. Inicialmente, é mister fazermos um breve relato historiográfico sobre o princípio da moralidade, em específico sobre a moralidade administrativa que, de acordo com DI PIETRO (2006, p. 91), o primeiro a tratar sobre o assunto foi Maurice Hauriou, doutrinador francês que definiu a moralidade administrativa como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Para DI PIETRO (2006, p. 92),

(...) implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o

conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que 'é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário'. A nova estrutura jurídica que se desenha em nosso ordenamento jurídico, faz com que o Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público da União e dos estados e a sociedade, iniciem uma árdua missão para preservar o princípio aqui estudado, concernentes à sua aplicação nos casos concretos, fazendo com que surjam vários debates e levantamento de teses a respeito desta discussão, que é a aplicação do princípio da moralidade como controle da Administração Pública no combate ao nepotismo. O uso dos meios legais para combater o nepotismo no Legislativo e no Executivo ainda são muito recentes e escassos. Assim sendo, se torna cada vez mais urgente a produção científica a esse respeito. É por essas e outras razões que se faz mister desenvolver estudos e debates a respeito desse tema, para que possamos evoluir o pensamento jurídico nesta área.

Para caracterizarmos melhor o controle da administração pública mediante o princípio da moralidade, abordaremos os principais meios jurídicos que a sociedade dispõe para combater o nepotismo, quais sejam, a Ação Civil Pública, a Ação Popular e a Reclamação junto ao STF, uma vez que este Supremo aprovou a Súmula Vinculante nº 13, no dia 21.08.2008, que proíbe o nepotismo em todas as esferas administrativas e nos três Poderes da União dos Estados e dos Municípios, até o 3º grau de parentesco em linha reta ou colateral.

Assim, nossa pesquisa tem a predisposição de suscitar o debate e a análise do combate jurídico a esse mal enraizado culturalmente por séculos na história do Brasil, que é o nepotismo, e as principais medidas tomadas pelos Poderes estatais nesse sentido.

## 1. OS MEIOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme dissemos em nossa introdução, inicialmente dedicamos este capítulo no intuito de explicitarmos de forma mais didática os mecanismos de controle da Administração Pública, especificamente os de controle externo, que são aqueles cujo acesso é mais fácil ao cidadão e aos órgãos que constitucionalmente o representam ou são responsáveis pela fiscalização na aplicação das leis, como é o caso do Ministério Público. No exercício de suas funções, a Administração Pública se sujeita a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos. Esse controle abrange não só os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo. De acordo com Di Pietro (2006, p. 693):

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.

Dessa forma, a grande maioria da doutrina classifica o controle da Administração Pública em várias espécies, de acordo com o critério adotado. Assim, podemos mencionar vários tipos de classificação, tais como: quanto ao órgão, quanto ao momento, concomitante,

posterior, interno, externo, de legalidade, e de mérito. No tocante à nossa pesquisa, nos debruçaremos especificamente sobre os controles interno e externo, principalmente com relação a este, que se caracteriza quando o controle é exercido por um dos Poderes sobre o outro; aquele, quando cada um dos Poderes exerce o controle sobre seus próprios atos e agentes.

No tocante ao controle interno, importante ressaltar a Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que proibiu a contratação de parentes em até terceiro grau para exercerem qualquer cargo no Judiciário, salvo aqueles que adentraram mediante concurso público. Todos os tribunais de justiça do Brasil implementaram tal Resolução mas, na prática, o resultado na grande maioria dos gabinetes dos desembargadores foi outro, conforme veremos em capítulo posterior.

Devido principalmente à inércia do Legislativo e do Executivo, assim como pressão da sociedade, da imprensa, etc., o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 13, afirmando que é ilegal o nepotismo nos outros Poderes, gerando a possibilidade do combate jurídico a tal mal por diversos meios: Reclamação junto ao STF, Ação Popular, Ação Civil Pública ou a Ação de Improbidade Administrativa.

Portanto, a partir da Súmula citada surgiu no nosso ordenamento jurídico uma espécie de controle externo da Administração Pública, realizada pelo Judiciário perante o Legislativo e o Executivo, e são esses procedimentos judiciais que analisaremos a partir de agora neste capítulo.

No tocante à Ação Popular, esta é uma garantia de nível constitucional que visa à proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. O procedimento é contencioso e especial, neste caso porque a tramitação do feito obedece a regras especiais para a ação. Dessa forma, por ser o nepotismo um ato de imoralidade administrativa, ferindo o princípio constitucional da moralidade disposto no art. 37, caput, da Carta Magna, e já repugnado pelo STF na Súmula mencionada, uma das formas judiciais de controle da Administração Pública no intuito de manter a moralidade administrativa é a Ação Popular, que pode ser impetrada por qualquer cidadão, a partir do momento em que este comprovar tal qualidade através do título eleitoral válido. A vigente Constituição contempla a ação popular no art. 5º, LXXIII, sendo a disciplina infraconstitucional regulada pela Lei nº 4.717, de 29/06/1965. Uma peculiaridade dessa ação mencionada pela unanimidade da doutrina reside na possibilidade de a pessoa jurídica ré deixar de contestar a ação e atuar ao lado do autor, quando tal posição atender ao interesse público.

Tecendo ensinamentos sobre a ação popular e sobre suas consequências jurídicas, assim se posiciona Carvalho Filho (2006, p. 855):

No caso de ser procedente o pedido, e reconhecida a ilegalidade, o bem jurídico a ser obtido é o da restauração da legalidade rompida com a prática do ato lesivo. Como exemplo, se o ato de uma autarquia ofende o princípio da moralidade administrativa, o autor popular formula a pretensão de invalidar esse ato e de ver restabelecida a situação de legalidade existente antes da prática do ato.

Podemos averbar, por isso, que o objeto da ação é de caráter desconstitutivo, porque visa a desconstituir o ato lesivo a um dos bens sob tutela.

A lei da ação popular apresenta interessante peculiaridade quanto à sentença. Embora a pretensão do autor popular seja a de obter a anulação de um ato lesivo aos valores tutelados, a lei admite que a sentença tenha também conteúdo de condenação. O art. 11 da Lei nº 4.717/65, dispõe que “A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os

responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando incorrerem em culpa”. Portanto, a ação popular é um remédio constitucional de grande valia para o cidadão no combate ao nepotismo, uma vez que esta prática fere o princípio constitucional da moralidade administrativa, e que, se for bem preservado pela sociedade como um todo, o interesse público sempre prevalecerá, culminando em breve com a abolição das benesses aos parentes de detentores de cargos no Poder Público. Com relação a outro meio de controle externo da Administração Pública, a Ação Civil Pública, cujo legitimado ativo é o Ministério Público, possui a função de proteção dos interesses difusos e coletivos. Sua natureza jurídica é a de ação, de rito especial e preordenado à tutela específica. Não se trata de meio específico e exclusivo de controle da Administração, já que pode ser intentada contra qualquer pessoa pública ou privada. A Constituição Federal prevê a ação civil pública no art. 129, III, quando, entre as funções atribuídas ao Ministério Público, menciona a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. O diploma básico que contém a disciplina da ação é a Lei 7.347, de 24/07/1985, que sofreu algumas alterações posteriores, e também foi recepcionada pela atual Carta Magna.

Para Carvalho Filho (2006, p. 866):

A Constituição deu expressa destinação à ação civil pública: a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos e difusos. Nota-se, de plano, que a relação contida no dispositivo é meramente exemplificativa, devendo-se emprestar a interpretação de que o objetivo é a tutela dos interesses difusos e coletivos, dentre os quais estão os relativos ao patrimônio público e social e ao meio ambiente.

A partir de uma interpretação dedutiva, podemos concluir que essa ação se amolda perfeitamente como mecanismo jurídico eficaz no controle da Administração Pública, em especial na aplicação do princípio da moralidade administrativa quando da prática do nepotismo, uma vez que irá defender os interesses difusos que, num sentido amplo se trata do interesse público.

Com relação aos efeitos da sentença da ação civil pública, dependerá da natureza do pedido formulado na ação, que pode variar conforme o caso. Dita o art. 3º da Lei 7.347/85 que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. De acordo com Carvalho Filho (2006, p.869):

No primeiro caso, se procedente a ação, a sentença terá conteúdo condenatório pecuniário, já que o réu será condenado a pagar em dinheiro a indenização pelos danos causados por sua conduta ofensiva. No segundo, a sentença terá natureza condenatória mandamental (ou simplesmente mandamental), pois que caberá ao réu cumprir obrigação de fazer ou não fazer determinada pelo juiz. No caso de improcedência, a sentença terá natureza declaratória negativa, já que estará declarando que o réu não vulnerou os interesses transindividuais sob tutela.

De acordo com a doutrina administrativista, a regra será a produção da coisa julgada erga omnes. Será, todavia, *inter partes* quando a prova for deficiente, e nesse caso poderá ser ajuizada nova ação para o mesmo fim, recorrendo o autor à nova prova. Assim como destacamos anteriormente acerca do controle externo da Administração realizado via judicial, há também o instituto da Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, quando este tiver alguma súmula contrariada por ato administrativo ou judicial.

O fundamento jurídico de tal procedimento está disposto no art. 103-A, da Constituição Federal, que trata da Súmula Vinculante, artigo este adicionado à Carta Magna a partir da Emenda Constitucional nº 45, que assim determina no seu parágrafo 3º: “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

De acordo com a interpretação desse diploma legal por LENZA (2007, p. 235): “para se ter um exemplo da amplitude da perspectiva do instituto da reclamação, havendo efeito vinculante perante até mesmo a Administração Pública, temos sustentado a possibilidade de ajuizamento de Reclamação em face de ato de Prefeito que contraria decisão proferida pelo STF com caráter vinculante”.

Dessa forma, o ato administrativo pelo qual se configura a prática do nepotismo será anulado pelo STF, a partir do momento em que for apreciada a respectiva reclamação, uma vez que tal ato desrespeita a Súmula Vinculante nº 13, então se configurando concretamente uma forma de controle externo da Administração Pública em todas as suas esferas.

Com relação à natureza jurídica da reclamação, LENZA (2007, p. 236), citando Ada Pellegrine Grinover, assim expõe:

“... não se trata de ação, uma vez que não se vai rediscutir a causa com um terceiro; não se trata de recurso, pois a relação processual já está encerrada nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la; não se trata de incidente processual, porquanto o processo já se encerrou. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu a decisão o seu exato e integral cumprimento”.

Portanto, numa interpretação sistemática, observamos que a reclamação se trata de um verdadeiro exercício constitucional de direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra a ilegalidade ou abuso de poder, ratificado na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXIV, Alínea ”a”.

## 2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, que tem a forma republicana de governo, em que um de seus pilares é a responsabilidade pelos atos administrativos realizados. Defender que a busca pela moralidade administrativa seria tão somente uma obrigação de meio seria ferir os próprios fundamentos da República, uma vez que estaríamos sob a alegação de que todos os esforços possíveis foram utilizados, justificando atos estatais fracassados, ilegais, imorais e ilegítimos, bem como tornando sem efetividade, o já fragilizado, Princípio da Moralidade Administrativa. Entendemos que a moralidade administrativa, apesar de ser um princípio e não uma regra, impõe uma obrigação de resultado e não simplesmente de meio. Assim, ousamos, então, criar uma exceção à brilhante doutrina de Robert Alexy e Ronald Dworkin, que defendem que as regras devem ser aplicadas na medida exata de suas prescrições, impondo obrigações de resultado, pois são mandamentos de prescrição; enquanto que os princípios são mandamentos de otimização, que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

O advento da Constituição Federal de 1988, instituidora do Estado Democrático de Direito, ao prever a expressa admissão do Princípio da Moralidade, em seu art. 37 “caput”, reacendeu as discussões acerca do tema ético e moral no Direito, especialmente em seara administrativa, onde a observância do princípio em epígrafe, constitui pressuposto de validade dos atos e contratos administrativos, conforme exarado constitucionalmente.

No intuito de afirmar seu posicionamento acerca da aplicabilidade ou não do referido princípio antes da CF/88, outro doutrinador que disserta brilhantemente é Moraes (2005, p. 297), que assim menciona uma manifestação do STF, quando da análise sobre o princípio da moralidade:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam no texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no 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 o mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez ‘el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter’ (El principio de buena Fe em El derecho administrativo. Madri, 1983. P. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. ‘O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César’ (STF – 2ª T. – Rextr nº 160.381 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030.)

A doutrina brasileira se dividiu na formulação do que seria a moralidade administrativa. Alguns autores a identificam com a legalidade substancial, outros com a razoabilidade e o interesse público, outros com a boa-fé. Há também os que a utilizam para clamar por justiça e os que alertam para o perigo de sua aplicação indiscriminada. Assim, atualmente, não basta que o administrador se limite a cumprir, friamente, o texto da lei, devendo, além disso, atender à moralidade administrativa e a sua finalidade, que é a realização do interesse público. Nesse sentido, Hely Lopes Meireles (1999, p.93) nos ensina com maestria que:

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A Administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais. Desses princípios é que o Direito Público extraiu e sistematizou a teoria da moralidade administrativa.

A natureza jurídica de princípio da moralidade administrativa é demonstrada pelo fato de que há outras normas constitucionais que afastam a consideração sobre a moralidade, ou seja, que fixam condutas e estruturas sem que as mesmas possam ser consideradas inválidas por ofensa à moralidade administrativa, uma vez que a incidência do princípio foi afastada pelo próprio constituinte.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lista várias regras válidas em nosso ordenamento, não obstante as considere contrárias à moralidade administrativa. Um exemplo é a suspensão dos direitos políticos dos condenados criminalmente ou por improbidade administrativa

(art. 15, III e V, da Constituição): trata-se de regra válida, ainda que seja considerada contrária à moralidade administrativa. Outra constatação que demonstra a natureza de princípio da moralidade administrativa é a de que ela pode, em determinadas situações, ser afastada por outros princípios, ou afastá-los. Garcia (2003), assim exemplifica tal situação:

O primeiro exemplo é o seguinte. Servidores em greve negociam com a Administração e obtêm formalmente, tanto do Chefe do Poder Executivo quanto do Chefe do Poder Legislativo, a promessa de aumento em determinado percentual, que é encaminhada ao Poder Legislativo por meio de projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, com urgência constitucional. Os servidores então voltam ao trabalho, desmobilizando-se, confiantes na promessa do Poder Público. Logo depois, no entanto, o Chefe do Poder Executivo retira do projeto a urgência constitucional e o Chefe do Poder Legislativo o retira da pauta, relegando-o a segundo plano, para votação apenas no ano seguinte, ainda distante. A conduta é contrária à moralidade administrativa, uma vez que as expectativas legítimas dos servidores não foram respeitadas e o Poder Público agiu com nítida deslealdade e intenção de enganá-los. No entanto, nem por isso os servidores poderão pleitear na Justiça o aumento, uma vez que o art. 37, X, da Constituição estabelece reserva absoluta de lei na matéria ("somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica"); ou seja, trata-se de hipótese em que o princípio da legalidade estrita prevalece sobre o princípio da moralidade administrativa. Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais oferece precioso exemplo de caso em que o princípio da moralidade administrativa prevaleceu sobre o princípio da legalidade. Servidores de uma autarquia estadual pleitearam a aplicação aos seus símbolos de vencimento de reajuste previsto por decreto estadual. A autarquia alegou que o decreto teria violado o art. 37, X, da Constituição. O Tribunal reconheceu a violação, no entanto, deu razão aos servidores, sob o fundamento de que o entendimento contrário permitiria à Administração aproveitar-se de sua própria torpeza, o que seria contrário à moralidade administrativa. Reconhecendo a colisão de princípios, o Tribunal utilizou como critério para a prevalência da moralidade administrativa o fato de que o entendimento contrário também violaria o princípio da isonomia, pois permitiria à Administração aplicar o reajuste apenas àqueles servidores que bem entendesse, como já havia feito com muitos. É preciso ressaltar uma teoria importante, qual seja, a Teoria dos Círculos Secantes, ao defender que nem tudo que é imoral é ilegal, pois há condutas imorais que não estão positivadas, podendo haver atos imorais que são legais, somente se aplicando à moral comum. Tratando-se de moral administrativa, tudo que é imoral é ilegal, pois tais violações estão todas positivadas na Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), as quais, conforme o seu art. 21, não precisa sequer acarretar prejuízos aos cofres públicos:

Art.21 – A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe: I- da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público  
Desta forma, escusas de que o ato sequer acarretou dano aos cofres públicos ou de que o administrador que cometeu a violação ressarciu o prejuízo ao erário não convalidam o ato imoral, bem como não impedem a aplicação das sanções previstas na lei em estudo. Destarte, como afirma Moraes (2005, p. 296):

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Portanto, o princípio da moralidade deve ser cada vez mais observado pelo administrador, e principalmente pelo cidadão, que elegeu através do voto os seus representantes que figuram como gestores públicos, parlamentares ou membros do Judiciário, que são os setores estratégicos do Estado brasileiro. O papel do Ministério Público também é de fundamental importância em proteger os interesses difusos da sociedade.

### 3. O COMBATE AO NEPOTISMO NO BRASIL: AS AÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS REFLEXOS NOS DEMAIS PODERES

Dedicamos este capítulo ao cerne principal de nossa pesquisa: o combate ao nepotismo no Brasil. Inicialmente analisando a Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que proibiu a contratação de parentes em até terceiro grau para exercerem qualquer cargo no Judiciário, salvo aqueles que adentraram mediante concurso público, e posteriormente suscitando um debate acerca da Súmula Vinculante nº 13 do STF, que assim dispõe:

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 ou indireta em quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas viola a Constituição Federal.

Vários tribunais de justiça no país cumpriram a determinação do CNJ, no entanto, na realidade, observou-se uma forma de contornar tal regramento interno do Judiciário: o nepotismo cruzado, ou seja, parentes de membros do Judiciário empregados nos gabinetes de autoridades de outros Poderes e vice-versa, resultando numa conduta legal, mas imoral, por uma grande parte de representantes do Judiciário, principalmente com relação à maioria dos desembargadores dos diversos tribunais de justiça brasileiros. A partir da observação de tal conduta, iniciou-se uma pressão por parte da sociedade (ONG's, associações de classe, Igreja, etc.), da imprensa e de parte do Poder Judiciário, para que não existisse o nepotismo cruzado, assim como que o Executivo e o Legislativo também eliminassem o nepotismo de seus quadros funcionais, principalmente por estes Poderes serem conhecidos há tempos como verdadeiros "cabides" de empregos para parentes da autoridade ou em troca de votos. No entanto, ao contrário do que fez o Judiciário, os demais Poderes ficaram inertes e omissos com relação a tal situação, obrigando o Supremo Tribunal Federal a se posicionar contrário ao nepotismo, aprovando a Súmula Vinculante nº 13, que em outras palavras afirma que fere a Constituição Federal a contratação de parentes em até 3º grau no âmbito da Administração Pública direta (Executivo, Legislativo e Judiciário) e indireta da União, Estados e Municípios. Assim, a referida Súmula legitima qualquer cidadão, através da Reclamação junto ao STF, a anular o ato administrativo que a desobedeceu, ou via Ação Popular junto ao Judiciário estadual, também legitimando o Ministério Público (estadual ou federal) através da Ação Civil Pública ou pela Ação por Improbidade Administrativa.



Com relação à origem de tal súmula, alguns autores afirmam que se deveu à omissão por parte do Congresso Nacional em aprovar normas sobre o assunto. Nas palavras de Gomes (2008):

O Senado havia aprovado regras sobre o nepotismo em 1997. Desde essa época a Câmara dos Deputados "empurra o assunto com a barriga". Uma das principais razões para a edição da Súmula Vinculante 13, pelo STF, reside nessa omissão legislativa. Durante décadas essa Corte Suprema, sob o império da visão legalista (todo o Direito está fundado na lei), sempre aceitou servilmente a renitente omissão do legislador. Dizia-se: sem lei nada pode ser feito.

O reflexo dessa afirmação de posicionamento sobre o nepotismo por parte do Judiciário, primeiramente tentou preservar o interesse público internamente nos seus quadros, alterando um costume cultural de empregar parentes para aumentar a renda, renegando muitas vezes a eficiência que carece o serviço público, assim como a impessoalidade em alguns aspectos.

Com relação aos reflexos externos nos demais Poderes, gerou-se oposições ao mandamento jurídico do STF por parte de uma minoria conservadora e com valores nada públicos, no entanto, empurrados pela pressão da sociedade e da imprensa, prevaleceu o bom senso por parte dos parlamentares e governantes fazendo com que atualmente sejam publicados Decretos e Portarias nos Legislativos e Executivos do país, determinando a exoneração dos parentes que se enquadram nos ditames da súmula, com exceção dos que exercem os cargos de agentes políticos (Ministros e Secretários estaduais ou municipais).

## CONCLUSÃO

O combate ao nepotismo, seja ele normal ou cruzado, no Brasil através do controle judicial ainda ocorre de forma incipiente na prática, salvo algumas exceções predominantes no Poder Judiciário. É necessário uma maior fiscalização por parte do Ministério Público e pelos cidadãos para que de forma mais rápida e eficaz sejam os quadros de servidores nos cargos de confiança sejam preenchidos através de concurso público.

Defendemos o fato de que os cargos de confiança A doutrina e a jurisprudência brasileiras são ainda vacilantes na formalização do princípio da moralidade administrativa, utilizando-o, muitas vezes, como elogio de regra explícita na Constituição ou da legislação, sem que sua aplicação faça qualquer diferença no caso concreto.

A primeira confusão a ser desfeita e considerar o princípio da moralidade administrativa como um princípio moral. A moralidade administrativa é uma referência para comunicar o que é lícito, e não o que é bom ou mau, caracterizando-se, portanto, como princípio jurídico.

Entre as correntes doutrinárias sobre a questão, a mais consistente é a que considera que o princípio jurídico da moralidade administrativa acarreta para a Administração Pública o dever de agir com boa-fé, lealdade e transparência, respeitando as expectativas legítimas existente nos administrados. As demais correntes pecam em confundir a moralidade administrativa com outros princípios, como legalidade substancial, impessoalidade, interesse público, razoabilidade e/ou proporcionalidade.

Dependendo das particularidades do caso concreto, o princípio da moralidade deve prevalecer perante outros princípios, ou ser preteridos por eles naquela situação concreta. A aplicação do princípio, mesmo na hipótese de existência de mais de uma interpretação

considerada razoável, não é discricionária integrando os aspectos vinculados do ato administrativo, sendo plena a apreciação jurisdicional sobre tal interpretação, com a qual o Poder Judiciário poderá ou não concordar.

No entanto, é preciso cuidado para que a indeterminação do conceito de moralidade administrativa não sirva como pretexto para o sacrifício indevido de direitos fundamentais nem para destruir a noção de discricionariedade, que ele veio para limitar. Como parte deste cuidado, a noção de "boa administração" deve ser substituída pela de "administração honesta e de boa-fé", que é a única exigida pelo princípio da moralidade administrativa.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica [Theorie der juristischen argumentation].

Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. Presidente: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 de agosto de 2008. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 29 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.492 de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre a improbidade administrativa. Brasília, DF: Senado Federal, 1992.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Dispõe sobre a ação civil pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1985.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.717 de 12 de maio de 1965. Dispõe sobre a ação popular e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1965.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 20ª edição, 2005;

DI PIETRO, Maria Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCIA, Fernando Couto (2003). O princípio jurídico da moralidade administrativa. Disponível na internet: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_55/Artigos/Art\\_Fernando.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_55/Artigos/Art_Fernando.htm). Acesso em 02 nov. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Nepotismo: o STF pode legislar? . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1902, 15 set. 2008. Disponível em: . Acesso em: 06 nov. 2008.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11. ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ªed. São Paulo:Malheiros, 1999.

Data de elaboração: setembro/2008

---

Kelton Almeida Machado.

Mestrando em Sociologia pela Universidade Federal do Piauí  
Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco(Campo Grande-MS);  
Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Piauí;  
Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí;  
Graduado em Direito(Faculdade Camillo Filho) e História(UFPI).