
A ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

João Pereira de Andrade Filho

*Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento,
Orçamento e Gestão – CONJUR-MP; Ex- Procurador do Estado do Espírito Santo.*

Sumário: Introdução; 1 A Separação dos Poderes e o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal na edição de súmulas Vinculadoras. Ilegitimidade para editar súmulas com conteúdo geral e abstrato acerca de matéria não versada diretamente pela Constituição; 2 Da Súmula Vinculante nº 13; 2.1 A edição da súmula e a necessidade de regulação do tema por meio de Lei. O Princípio da preferência de lei; 2.2 Críticas ao conteúdo da súmula vinculante n. 13. Restrições amplas e incondicionadas; 3 Regulamentação da Matéria no âmbito da Administração Pública Federal. Edição do decreto nº 7.203 de 2010; 4 Conclusão.

RESUMO: O tema a ser abordado neste articulado cinge-se a analisar o conteúdo jurídico da súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal – STF - que dispõe sobre a vedação à prática do nepotismo - e suas repercussões na liberdade de atuação da Administração Pública Direta e Indireta.

A abordagem tomará em consideração o conceito de nepotismo adotado pelo STF, analisando as suas implicações diretas na autonomia administrativa e organizacional dos órgãos do Poder Executivo, no intuito de apontar de que maneira essa modalidade de controle jurisdicional poderia macular o dogma constitucional da separação harmônica entre os Poderes (art. 2º CF/88).

O raciocínio desenvolvido ao longo do articulado funda-se na premissa da impossibilidade de o STF editar súmulas de conteúdo abstrato e genérico a pretexto de preencher vácuos legislativos na regulamentação e densificação de princípios constitucionais (in casu, moralidade e impessoalidade).

Pretende-se construir o argumento segundo o qual a súmula vinculante não seria o instrumento (instituto) adequado para tratar de matéria (vedação ao nepotismo) envolta de tantas peculiaridades e minúcias, de modo a reforçar a premissa de que o STF teria agido de maneira ilegítima ao editar o enunciado nº 13.

PALAVRAS-CHAVE: Nepotismo. Administração Pública. Autonomia. Súmula vinculante nº 13. Legalidade e juridicidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The topic discussed in this statement confines itself to examining the legal content of Stare decisis 13 of the Supreme Court - STF - which deals with the prohibition of the practice of nepotism - and its impact on freedom of action of Direct and Indirect Public Administration.

The approach takes into account the concept of nepotism adopted by the Supreme Court, analyzing its implications on organizational and administrative autonomy of executive power's organs, in order to indicate how this form of judicial control could taint the constitutional tenet of Powers harmonic separation (art. 2 CF/88).

The reasoning developed during the pleading is founded on the premise of the impossibility of the Supreme Court edit abstract and generic contents in order to fill legislative gaps under the guise of regulation and densification of constitutional principles (In casu, morality and impersonality).

It is intended to build the argument that a *Stare decisis* would not be the adequate instrument (institute) to deal with this matter (seal nepotism), involved in so many peculiarities and details, reinforcing the premise that the Supreme Court acted in a illegitimate manner when edited the statement No. 13.

KEYWORDS: Nepotism. Public Administration. Autonomy. *Stare decisis* 13. Legality and Lawfulness. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste articulado cinge-se a analisar o conteúdo jurídico da súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal – STF - que dispõe sobre a vedação à prática do nepotismo - e suas repercussões na liberdade de atuação da Administração Pública Direta e Indireta.

A súmula foi redigida nos seguintes termos:

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.

A abordagem tomará em consideração o conceito de nepotismo adotado pelo STF ao editar a referido enunciado, e suas implicações diretas na autonomia administrativa e organizacional dos órgãos do Poder Executivo, ponderando de que maneira essa peculiar modalidade de controle jurisdicional poderia macular o dogma constitucional da separação harmônica entre os Poderes (art. 2º CF/88).

Com efeito, serão apreciadas questões relativas: ao âmbito de aplicação da súmula vinculante nº 13; aos limites de atuação do Poder Judiciário à luz do princípio da separação harmônica dos poderes e da estrita legalidade; à força normativa dos princípios constitucionais; à legitimidade das súmulas vinculantes frente a outros postulados de alçada constitucional; à (des)necessidade de edição de lei formal para a regulamentação da matéria.

No desenvolvimento do tema, serão abordados, ainda, alguns aspectos em derredor do regramento jurídico levado a efeito pela Administração Pública Federal para coibir a prática do nepotismo em seus órgãos e entidades, notadamente as regras veiculadas pelo Decreto nº 7.203, de 04 de junho de 2010.

1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PAPEL EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EDIÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES. ILEGITIMIDADE PARA EDITAR SÚMULAS COM CONTEÚDO GERAL E ABSTRATO ACERCA DE MATÉRIA NÃO VERSADA DIRETAMENTE PELA CONSTITUIÇÃO

A leitura atenta dos contornos normativos tracejados pela Constituição Federal de 1988 acerca da divisão orgânica de Poderes conduz à idéia de que o nosso Constituinte, inspirando-se em modelo típico do constitucionalismo moderno, optou por cometer as funções a cargo do Estado diferentes *Poderes* (*rectius*, órgãos de poder). Deste modo, ao Legislativo cumpre exercer, com preponderância, a função legiferante, criando o Direito Positivo; ao órgão Executivo foi atribuída a função de administração e de execução não contenciosa da Lei; e ao Judiciário cabe exercer primacialmente a função jurisdicional, aplicando a lei de maneira contenciosa, ao fito de decidir conflitos em grau de definitividade.

O exercício dessas três diferentes funções, como dito, não se opera de modo exclusivo, uma vez que cada um dos blocos orgânicos de Poder também exerce, de maneira anômala, as atribuições preponderantemente atribuídas aos outros órgãos de Poder, caracterizando o que a doutrina convencionou denominar de sistema de freios e contrapesos (*check and balances*).

Assim é que, por vezes, o Poder Legislativo exerce função judicante, quando, por exemplo, o Senado processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, inciso I, da Constituição Federal); do mesmo modo que o Executivo, também atipicamente, poderá inovar na ordem jurídica, criando o *jus positum* através da edição de medidas provisórias em casos de relevância e urgência (art. 62 da CF/88); e o Judiciário, a sua vez, também exerce função legislativa, quando um Tribunal elabora seu próprio regimento interno (art. 96, inciso I, alínea a, da CF/88), ou exerce também função administrativa, quando nomeia, concede férias ou aposentadoria a seus servidores.

À vista dessa sistemática, não seria um despropósito questionar: ao editar uma súmula vinculante, está o Supremo

Tribunal Federal - STF exercendo uma atividade de caráter jurisdicional, que lhe foi atribuída com predominância pela Carta Política, ou, ao revés, uma função de índole legislativa, de molde a caracterizar mais uma exceção ao princípio da separação harmônica dos poderes?

A resposta a esta indagação, ao menos em nosso entendimento, impõe-se no sentido de que a edição de súmula vinculante tipifica-se como um ato de cariz jurisdicional. Senão vejamos.

Como é de conhecimento comum, a súmula vinculante foi instituída em nosso ordenamento jurídico por ocasião da promulgação da emenda constitucional nº 45/2004. O instituto veio a lume em um contexto de profundas modificações na estrutura e no próprio funcionamento do Poder Judiciário.

Com efeito, a positivação do instituto da súmula vinculante em nossa carta magna deu-se nos seguintes termos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, *após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

§ 1º A súmula *terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 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. (Grifo do autor)

Conforme se vê, o parágrafo primeiro do art. 103-A da CF/88 deixa claro que essa modalidade de súmula tem por objetivo *a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas*, acerca das quais haja controvérsia atual. Claro está que não constitui objeto da súmula a edição de norma jurídica, aqui entendida como regra de direito dotada de generalidade e abstração, cujo objeto seja a regulação de condutas sociais. A inovação na ordem jurídica não constitui propósito da súmula vinculante.

Diversamente, edita-se um enunciado vinculante exatamente para se interpretar a Lei, a regra de Direito Positivo já existente. A edição da súmula pressupõe, pois, a vigência de regras jurídicas abstratas, já criadas pelo Legislador, sobre as quais haja controvérsia interpretativa.

Advém dessa constatação a primeira crítica ao conteúdo da súmula vinculante nº 13: nos termos em que editada e redigida, a súmula desatende os contornos constitucionais que conformam o instituto, já que, ao editá-la, o Pretório Excelso agiu, em uma clara demonstração de desmedido ativismo judicial, como Legislador Positivo, criando uma regra geral e abstrata a partir da interpretação e aplicação de princípios constitucionais (Impessoalidade e moralidade) cujos conteúdos são dotados de um alto grau de vagueza semântica.

A problemática decorrente desta situação foi muito bem sintetizada nos seguintes questionamentos formulados por Luiz Flávio Gomes:

Particularmente no que diz respeito ao STF, ele pode criar normas obrigatórias, a partir de textos constitucionais, sem a interposição da lei e do legislador? Numa espécie de ativismo normatizante, ele pode invadir competência alheia e disciplinar assuntos ainda não cuidados pelo Poder Legislativo?¹

A resposta a esses questionamentos constituirão a base do desenvolvimento das ideias articuladas ao longo deste breve estudo.

2 DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13

1 GOMES, Luiz Flávio. *Súmula vinculante nº. 13: o STF pode proibir o nepotismo?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 26 agosto. 2008.

2.1 A EDIÇÃO DA SÚMULA E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DO TEMA POR MEIO DE LEI. O PRINCÍPIO DA PREFERÊNCIA DE LEI

A súmula vinculante nº 13 foi redigida nos seguintes termos:

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.

Muitas razões podem ser enumeradas para se tentar justificar a edição de uma súmula vinculante cujo objetivo seja vedar, em termos amplos, a prática do nepotismo: a mora de nossas casas legislativas no que toca à edição de Lei regulamentando a matéria; a descrença e ilegitimidade que tomam conta do Parlamento, onde a prática do Nepotismo por parte dos agentes políticos tornou-se recorrente; a crise da Lei, enquanto crise da ideia de Legalidade como única forma de conduta exigível de particulares e do próprio Estado²; a supervalorização da eficácia jurídica dos princípios constitucionais; o robustecimento da atuação jurídica e política do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional (ativismo judicial).

Em que pese a existência dessas razões, não se afigura razoável defender, sob o prisma da legitimidade constitucional, que tema tão delicado – vedação à prática do *Nepotismo* – seja regulado por um ato emanado de um órgão jurisdicional, a quem cabe aplicar a regras de direito previamente existentes, e não ditar referidas regras, com o fim de regular diversas situações jurídicas criadas no âmbito da Administração Pública de todos os órgãos de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) de todas as entidades federadas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

A questão sobre a regulamentação à proibição do Nepotismo através do ‘Direito Judicial’ envolve, sem dúvida alguma, a correta

2 Essa ideia de crise de Legalidade é bastante bem abordada por Gustavo Binenbojm no artigo “O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coordenadores). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. São Paulo: Fórum, p. 145-204.

demarcação entre o papel do Poder Judiciário na concretização dos princípios constitucionais e a função do Parlamento em regular condutas administrativas através da edição de Lei (princípio da legalidade em sentido amplo). Por um lado, a Constituição veicula a moralidade e a impessoalidade como vetores de atuação da Administração Pública, sugerindo, indubitavelmente, que a prática de nepotismo constitui ofensa a esses princípios constitucionais. Por outro lado, a definição *do que* seria nepotismo, de qual seria a extensão à vedação a essa prática, de que situações não se enquadrariam nesse conceito, constituem matérias de índole constitucional – já que envolvem a densificação de princípios da Carta Magna – que necessariamente deveriam ser submetidas ao processo político majoritário.

Contudo, esse não foi o entendimento abraçado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a regulamentação à vedação ao nepotismo não reclama a edição de lei formal. Neste sentido, confira-se a ementa do seguinte julgamento:

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 Pleno (Grifo do autor)

À evidência, o entendimento de que a regulação do tema prescinde de Lei não é capaz de esconder que a edição da súmula n. 13 representa mais uma opção política da Corte Maior, e menos uma decisão estritamente jurídica. Opção política no sentido de que o STF, ao editar enunciado vinculante vedando em termos amplíssimos o nepotismo, valoriza o seu papel no cenário Político Nacional, na

medida em que supre uma injustificável omissão do Poder Legislativo em regulamentar a matéria.

Bem analisado o conteúdo da súmula, será possível perceber que o STF definiu, mediante escolha e valorações de cunho político, as modalidades de parentesco (consangüíneo ou por afinidade); determinou até que grau (terceiro) estende-se a vedação do nepotismo; prescreveu o âmbito espacial de aplicação da vedação às Administrações Públicas de todos os órgãos de Poder em todos os níveis da federação (União, Estados, municípios e Distrito Federal).

A matéria foi regulada de maneira ampla, descendo-se a detalhes e minúcias que refogem aos objetivos de uma súmula de caráter vinculante, e que não constam das atribuições constitucionalmente deferidas ao Poder Judiciário.

Note-se que com esse raciocínio não se está defendendo a legitimidade da prática do Nepotismo, ou mesmo se afirmando que a Constituição Federal admite semelhante procedimento por parte dos administradores públicos. Não se trata disso.

O argumento que se vem desenvolvendo funda-se na seguinte premissa: é função do STF, enquanto guardião da Constituição, dizer que o nepotismo constitui, sim, prática ilegítima, vedada pela Lei Maior. Contudo, regulamentar a matéria, definindo o que se entende por nepotismo, quem são as autoridades proibidas de nomear, quem se sujeita à vedação, quais as modalidades de parentesco se incluem na proibição, *et coetera*, não constitui atribuição do STF. Em outras palavras, a regulamentação da matéria nos termos assinalados não se insere no domínio próprio à função jurisdicional.

Com efeito, é fora de dúvida que o STF, no intuito de vedar a prática do Nepotismo, extrapolou de suas funções, usurpando competência que, a nosso ver, caberia ao Legislativo – pela edição de Lei regulamentando em caráter geral a matéria – ou aos próprios órgãos Administrativos de cada um dos Poderes, por meio da edição de atos administrativos de caráter normativo que regulassem a matéria *interna corporis*.

Embora a Constituição não tenha dito, em termos expressos, que a concretização do princípio da moralidade e da impessoalidade são questões sujeitas a alguma espécie de reserva de lei³, parece extremamente razoável sustentar que o tratamento da matéria através de uma Lei Nacional seria muito mais adequado – notadamente à luz do

3 Sobre as espécies de reserva de lei, vide MENDES, Gilmar Ferreira et al. 4.ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 333 e seguintes.

princípio da segurança jurídica - do que editar uma súmula vinculante para regular tema tão amplo e cercado de tantas peculiaridades.

Não se estar a defender, evidentemente, a necessidade de haver reserva de lei para estatuir a disciplina jurídica acerca do nepotismo. Muito ao revés, a existência de uma reserva absoluta de lei em relação ao tema criaria a impossibilidade de que a matéria pudesse também ser abordada em nível infralegal, através de edição de atos normativos regulamentares.

Ao invés de uma reserva absoluta de lei, apregoa-se que haja uma *preferência de lei*⁴ no tratamento da vedação ao nepotismo, em ordem a definir, mediante edição de uma Lei Nacional, o regramento padrão acerca da matéria, abrindo-se a possibilidade para que as Administrações Públicas de todos os órgãos de Poder em todos os níveis da federação regulamentassem, de acordo com a suas conveniências, proibições mais rigorosas ou mais extensas, desde que não contravenham o disposto na Lei Nacional. Esse é o exato sentido do princípio da *preferência de lei*⁵.

Com efeito, é constitucionalmente muito mais legítimo sustentar que a Lei, manifestação inequívoca dos representantes do povo, trate da vedação ao nepotismo, descrevendo as condutas a serem seguidas, do que defender a ideia de que uma súmula vinculante seria instrumento constitucionalmente adequado para tratar do tema.

De outro vértice, não se pode deixar de anotar que a edição de súmula vinculante tratando do tema de maneira tão ampla é capaz de causar conflitos institucionais hábeis a comprometer seriamente o valor segurança jurídica.

Imagine-se o caso de um Estado da Federação editar Lei regulamentando o regime jurídico de seus servidores públicos. Pense-se que esse mesmo estado-membro, com escopo de coibir a prática do nepotismo no âmbito de sua Administração Pública, regule a matéria na referida Lei, tratando do tema de modo diverso ao disposto na súmula vinculante nº 13, ao vedar, por exemplo, o nepotismo em termos menos amplos (*verbi gratia*: extensão da vedação apenas até o

4 Poder-se-ia sustentar, pelas mesmas razões expostas, que houvesse uma reserva relativa de Lei em relação ao Tema.

5 “O princípio da preferência de lei significa, para o Direito Administrativo, que o administrador público, em sua atuação, seja ela regulamentar, seja ela de atos concretos, não pode contrariar o que prescreve a lei, que terá preeminência em face de qualquer outro ato contrário a ela. Os atos contrários à disposição legislativa serão, assim, inválidos”. BINEBOJM, Gustavo. O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coordenadores). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. São Paulo: Fórum, p. 164.

segundo grau, ou mesmo exclusão da vedação para o parentesco por afinidade).

Poder-se-ia entender que, no caso desse estado-membro, existiriam concomitantemente dois regulamentos normativos distintos acerca da vedação ao nepotismo: aquele previsto na súmula vinculante nº 13 e o outro disposto na Lei Estadual que define o regime jurídico dos servidores públicos?

Não é difícil imaginar o significativo volume de problemas que poderiam advir dessa situação: no campo institucional, ter-se-ia um *status* em que se põe em choque, de um lado, a supremacia de uma determinação judicial de caráter vinculante e, de outro, a autonomia legislativa dos estados-membros.

No campo das questões jurídicas práticas, surgiriam dúvidas diversas envolvendo a situação retratada. Apenas à guisa de ilustração, poder-se-ia imaginar na possibilidade de serem ajuizadas reclamações contra atos administrativos praticados em obediência aos termos da Lei Estadual, mas em desacordo com a súmula vinculante; ou mesmo indagar se a posterior edição de Lei cujo conteúdo seja diverso daquele constante da súmula vinculante teria o condão de revogar ou afastar a aplicação do entendimento do STF.

Enfim, todas essas dificuldades estão a demonstrar a conveniência de se proceder ao cancelamento da súmula, deixando-se a regulamentação da matéria a cargo do Poder Legislativo ou mesmo da Administração Pública, no exercício de sua função de controle interno e de autocontenção no que se refere à legitimidade e legalidade dos atos normativos de provimento de cargos em comissão – como já houvera feito o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao editar a resolução nº 07/2005, e à semelhança do que fez o Poder Executivo federal recentemente, ao editar o decreto nº 7.203/2010.

Em remate a este tópico, conclui-se que a vedação ao nepotismo é matéria que reclama preferencialmente a edição de lei ou de ato normativo de caráter infralegal, onde seja possível regulamentar a questão em toda a sua amplitude, levando-se em conta as diversas peculiaridades fáticas passíveis de ocorrência nas diversas relações jurídicas gestadas no âmbito da Administração Pública. Está, aqui, mais uma razão a evidenciar a inconveniência, a impropriedade e, sobretudo, a ilegitimidade da aprovação de súmula vinculante para proibir (regular) a prática do nepotismo.

2.2 CRÍTICAS AO CONTEÚDO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13. RESTRIÇÕES AMPLAS E INCONDICIONADAS.

O conteúdo da súmula, tal como redigida, alcança situações até certo ponto esdrúxulas, mas, de outro lado, deixa de fora da vedação situações que, em certa medida de valoração política, mereceriam estar sob o abrigo da proibição. Alguns exemplos facilitarão ao compreensão do que acabou de ser dito.

Um servidor ocupante de cargo efetivo que seja nomeado para exercer cargo de direção (provimento por comissão) no Ministério das Cidades, pertencente à Administração Pública Federal, impediria, por exemplo, que seu irmão (parente colateral em segundo grau), também servidor público ocupante de cargo efetivo, fosse nomeado para exercer cargo em comissão ou função de confiança em uma Superintendência da Polícia Federal situada em um estado-membro da federação, em razão de ser este órgão pertencente à mesma pessoa jurídica na qual o Ministério das Cidades está entranhado: a União.

Outra situação esdrúxula consistiria na impossibilidade de nomear determinada pessoa para ocupar uma função comissionada de assessoria no âmbito Poder Judiciário Federal ou no Ministério Público Federal (órgãos da União) caso tenha ela um parente até terceiro grau ocupando cargo em Comissão em qualquer Ministério, por exemplo.

Sob esse prisma, o enunciado vinculante estaria cerceando amplamente a liberdade de atuação de todos os órgãos de Poder, já que impediria que cargos comissionados em órgãos distintos, sem relação de subordinação entre si, fossem providos por parentes, mesmo que sejam eles servidores de carreira (ocupantes de cargo efetivos) de seus respectivos órgãos.

Veja-se que em momento algum a súmula vinculante nº 13 fez menção ao requisito da subordinação, ou fez referência ao fato de os servidores nomeados ocuparem cargos efetivos. Isso porque, por intuitivas e óbvias razões, referidas particularidades não comportariam tratamento adequado no corpo de um enunciado de súmula.

Parece evidente que as situações retratadas nos exemplos acima não ofendem, em termos jurídicos, a Constituição Federal e tampouco afrontam o valor moralidade. É possível imaginar toda sorte de situações semelhantes aos exemplos aventados, que se enquadrariam formalmente na vedação estampada na súmula, mas que, sob o ponto de vista da moralidade e impessoalidade, não implicariam ofensa à Constituição.

Nesta ordem de ideias, é interessante anotar que a impropriedade no trato da matéria pela súmula nº 13 foi posta em evidência na prática de atos administrativos levados a cabo pelo próprio STF.

Conforme amplamente divulgado na mídia⁶, o Ministro Presidente da Corte Maior nomeou, recentemente, para exercer cargos comissionados no Tribunal um casal. A rigor, esta situação encontra-se vedada pelos termos da súmula, embora não seja criticável sob o aspecto da moralidade, mormente se se tomar em consideração que, *in casu*, não existia relação de subordinação entre os cargos em comissão ocupados pelo marido (Coordenação de segurança de instalação e transporte do tribunal) e pela esposa (Coordenação de processamento de recursos).

A propósito do assunto, o STF divulgou, no dia 23 de junho de 2010, um nota explicativa, com os seguintes dizeres:

1. As justas e fundadas ponderações do então Procurador-Geral da República, dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, sobre dúvidas suscitadas pelo texto da referida Súmula, nos autos da Reclamação nº 6838, não puderam na ocasião ser ali conhecidas porque, diante da revogação do ato que a provocara, o processo ficou prejudicado e, em consequência, teve de ser extinto sem apreciação do mérito.

2. Para atender a tais ponderações e propósitos, igualmente manifestados por alguns Ministros da Corte, bem como para evitar absurdos que a interpretação superficial ou desavisada da Súmula pode ensejar, o Presidente do STF está encaminhando aos senhores Ministros proposta fundamentada de revisão da redação da mesma Súmula, para restringi-la aos casos verdadeiros de nepotismo, proibidos pela Constituição da República.

3. O teor da proposta será levado ao conhecimento da imprensa e do público, após a apreciação dos Senhores Ministros. (Grifos do autor)

O teor da nota não é capaz de esconder dois grandes equívocos cometidos pelo STF ao editar referida súmula; um, a ilegitimidade de o Supremo, usurpando funções atribuídas ao Legislativo e ao Executivo (Poder Regulamentar), regular de modo abstrato e genérico a matéria; e dois, pressupor o STF que os “*casos verdadeiros de nepotismo*” estão proibidos na Constituição, quando, na verdade, a Lei Maior veda a prática do nepotismo, sem dizer ou definir o que se entende por isso.

6 A informação pode ser acessada no sítio eletrônico Consultor Jurídico, através do seguinte link <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-23/depois-nomear-casal-peluso-pretende-rever-sumula-nepotismo>>

Ainda a propósito das incoerências ínsitas à redação da súmula nº 13, mas seguindo-se agora uma lógica inversa, também não é difícil imaginar que o enunciado vinculante, na sanha de proibir a todo custo o nepotismo, deixou ao largo da proibição situações que, a toda evidência, violam a moralidade administrativa.

Pense-se no exemplo de um Ministro de Estado (ocupante de um cargo de natureza especial, cujo provimento se dá por comissão) que nomeia diretamente um primo (parente colateral em quarto grau) para ocupar o cargo de Secretário -Executivo do Ministério chefiado por ele, autoridade nomeante.

Imagine-se, também por hipótese, a situação de o Secretário-Executivo do Planejamento, Orçamento e Gestão ter seu irmão nomeado para ocupar um cargo comissionado na Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, entidade da Administração Indireta vinculada ao Ministério. Seria possível adotar esse procedimento de nomeação, porquanto não se está diante de servidores de uma mesma pessoa jurídica.

Essas situações hipotéticas, embora não configurem ofensa à proibição contida na súmula, retratam uma clara violação à moralidade administrativa e à impessoalidade, valores que devem nortear a atuação do administrador público.

Além da já apontada ilegitimidade consistente no avanço sobre competência que constitucionalmente não foi confiada ao STF, os exemplos acima ventilados estão a demonstrar, ainda uma vez, que a regulamentação à proibição do nepotismo enunciada na súmula vinculante nº 13 não foi feita a contento, circunstância que põe em evidência a necessidade de a matéria ser regulamentada por ato de caráter normativo.

3 REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. EDIÇÃO DO DECRETO Nº 7.203 DE 2010

A vedação ao nepotismo no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta foi regulamentada pelo Decreto nº 7.203/2010, editado pelo Presidente da República com fulcro na sua competência constitucional para promover a organização da Administração Pública Federal.

Os estritos limites deste trabalho não permitem levar a cabo uma análise mais detalhada e profunda da disciplina normativa constante do Decreto. Contudo, tal limitação não nos impedirá de ressaltar os pontos altos da regulamentação constante do Decreto nº 7.203/2010.

A primeira constatação merecedora de realce diz respeito ao fato de as vedações não terem se restringido somente à nomeação para cargo em comissão ou função de confiança, abarcando também a contratação por necessidade temporária de excepcional interesse público, desde que não seja precedida de regular processo seletivo; e as contratações para preencher vagas de estágio, exceto se houver realização de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

Neste particular, verifica-se que, além de tratar de situação não abordada na súmula vinculante, o decreto cuidou de estipular vedações mais rigorosas, estendendo a vedação para além da nomeação para cargos e/ou funções de confiança.

Outro ponto digno de nota é o tratamento conferido ao chamado nepotismo cruzado ou velado, ao se prescrever que se aplicam as “*vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.*”

Por igual, não se pode deixar de consignar que o decreto visou coibir uma forma muito particular de nepotismo, na qual não há contratação ou nomeação de pessoa natural, mas, diversamente, contratação de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que entretenha alguma relação com autoridades ou ocupantes de cargos comissionados na Administração Pública. Reza o §3º do art. 3º do Decreto: “*É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.*”

Por fim, importa ter presente que o regulamento cuidou de assinalar, em obséquio aos princípios da moralidade e da impessoalidade, importantes exceções que não caracterizam hipóteses de nepotismo. Vejamos:

Art. 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:

I - de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes, inclusive aposentados, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade

inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado;

II - de pessoa, ainda que sem vinculação funcional com a administração pública, para a ocupação de cargo em comissão de nível hierárquico mais alto que o do agente público referido no art. 3º;

III - realizadas anteriormente ao início do vínculo familiar entre o agente público e o nomeado, designado ou contratado, desde que não se caracterize ajuste prévio para burlar a vedação do nepotismo; ou

IV - de pessoa já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar com o agente público, para cargo, função ou emprego de nível hierárquico igual ou mais baixo que o anteriormente ocupado.

Parágrafo único. Em qualquer caso, é vedada a manutenção de familiar ocupante de cargo em comissão ou função de confiança sob subordinação direta do agente público.

A forma como a matéria foi regulada no decreto comprova a necessidade de um tratamento mais minudente, detalhado, do tema, fato que também atesta, uma vez mais, o desacerto do STF em procurar chamar para si, através da edição de um enunciado de súmula vinculante, a tarefa de regulamentar tema envolto de tantas particularidades.

4 CONCLUSÃO

De tudo quanto se expôs, é lícito concluir:

- a) ao vedar a prática do nepotismo através da edição da súmula vinculante nº 13, o STF extrapolou os limites constitucionais de suas atribuições, na medida em que pretendeu regular a matéria de maneira genérica e abstrata;
- b) a regulamentação levada a efeito pela súmula n. 13, na qual se estipula vedação ampla e incondicionada à prática do nepotismo, ignora as peculiaridades e minúcias relacionadas à matéria, fato que limita de maneira indevida a atuação da Administração Pública no provimento de cargos de confiança;
- c) embora Constituição não estipule nenhuma reserva de lei em relação ao tema, seria de todo conveniente, em obediência ao princípio da preferência de lei e em obséquio ao primado da segurança jurídica, que a vedação ao nepotismo tivesse um

regramento padrão disciplinado em Lei Nacional, de sorte a permitir que os Administradores Públicos das diversas esferas de Poder em todos os níveis da Federação estipulassem, conforme valorações próprias (fatores de conveniência e oportunidade), restrições mais rigorosas e/ou mais extensas em relação ao tema.

5 REFERÊNCIAS

GOMES, Luiz Flávio. *Súmula vinculante nº. 13: o STF pode proibir o nepotismo?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26 ago. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. 4.ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINEBOJM, Gustavo. O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coordenadores). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. São Paul: Fórum.

