

Data do recebimento: 10/07/2018
Data do aceite: 31/08/2018

.....

O NEPOTISMO REVISITADO: INTERPRETAÇÃO E REINTERPRETAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF

.....

THE REVISITED NEPOTISM: INTERPRETATION AND
REINTERPRETATION OF BINDING LEGAL PRECEDENT 13
OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT –STF

Flávio Matioli Veríssimo Silva¹

Maria Carolina Beltrão Sampaio Matioli²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sobre Interpretação e Moldura Jurídica; 2 Nepotismo na Súmula Vinculante 13 do STF; 3 Nepotismo e Interpretações Posteriores Feitas pelo STF; 4 A Reconstrução da Moldura Jurídica Pelo STF; 5 Considerações Finais; Referências.

1 - Procurador Federal (AGU). Mestre em Direito pela FDSM-MG.

2 - Procuradora do Estado de Minas Gerais. Mestranda em Direito pela FDSM-MG.

RESUMO: O nepotismo, entendido como um fenômeno histórico e político, embora proibido por leis esparsas e setoriais, foi objeto da Súmula Vinculante 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, nela estabelecido como prática contrária a princípios constitucionais como moralidade, impessoalidade, isonomia e eficiência. Posteriormente à edição do referido verbete, este foi objeto de posteriores restrições e exceções criadas por meio de interpretações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. A problemática apresentada refere-se à análise da moldura jurídica e eventuais alterações consubstanciadas por decisões da Suprema Corte brasileira que reinterpretam as hipóteses de nepotismo previstas na súmula vinculante. O presente trabalho se vale de uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária, tomando-se por referência a teoria da interpretação preconizada por Hans Kelsen.

PALAVRAS-CHAVE: Nepotismo. Súmula Vinculante. Hans Kelsen. Interpretação Jurídica. Moldura Jurídica.

ABSTRACT: Nepotism, understood as a historical and political phenomenon, although prohibited by scattered and sectoral laws, was subject matter of binding precedent 13, edited by the Brazilian Federal Supreme Court in 2008, as a practice contrary to constitutional principles such as morality, impersonality, isonomy and efficiency. Subsequent to the editing of the binding, this was subject to further restrictions and exceptions created through interpretations of the Federal Supreme Court of Brazil. The problematic presented refers to the analysis of the legal framework and possible changes, by decisions of the Federal Supreme Court that reinterpret the hypotheses of nepotism provided in the binding precedent. The present work draws on a jurisprudential and doctrinal research, taking as a reference the theory of interpretation advocated by Hans Kelsen.

KEYWORDS: Nepotism. Binding Precedent. Hans Kelsen. Legal Interpretation. Framework of Law.

INTRODUÇÃO

O nepotismo é um fenômeno histórico que deita raízes nas estreitas relações entre poder e vínculos familiares. O termo teria surgido na primeira metade do último milênio, em decorrência da prática dos Papas de conceder cargos e favores a seus filhos ilegítimos (conhecidos como *sobrinhos*) e parentes,³ e reflete o significado da palavra *nepote*, que pode corresponder também a uma ideia de protetorado familiar. Em linhas gerais, pode-se descrever o nepotismo como um favorecimento baseado em vínculos de parentesco⁴.

No Brasil, o nepotismo vai ao encontro da concepção patrimonialista, que permeia, de forma indesejada, o Estado brasileiro. É nessa linha que se assenta o nepotismo em nível nacional: o favorecimento e nomeação de parentes para cargos no serviço público.

Na primeira década deste século, ganhou destaque no Supremo Tribunal Federal - STF o debate sobre as práticas do nepotismo no Estado brasileiro. Embora já existissem esparsos precedentes dos Tribunais Superiores,⁵ bem como algumas previsões legais com proibições ao tema,⁶ o nepotismo ainda não tinha sido objeto de uma regulamentação abrangente e definitiva.

A Súmula Vinculante 13 sobreveio, então, fruto de interpretação de norma constitucional pelo STF. O verbete sumular, entretanto, a despeito de se converter em importante marco na regulamentação sobre o tema, não foi suficiente para abarcar todas as situações possíveis, o que levou a Suprema Corte a propugnar diversas interpretações sobre a própria súmula vinculante.

O referencial teórico do presente trabalho está na ideia desenvolvida por Hans Kelsen sobre interpretação como verdadeiro ato de vontade, em sua edição de Teoria Pura do Direito de 1960. A interpretação envolveria diversas possibilidades de sentido dentro do quadro ou moldura jurídica existente, desde que guardem compatibilidade com a ordem jurídica vigente. Não há como se destacar uma das significações como a correta. Kelsen admite, igualmente, decisões judiciais fora da moldura, reconhecendo um inegável papel criador do Direito aos Tribunais.

Neste trabalho, analisa-se, por meio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a possibilidade, preconizada por Hans Kelsen, da alteração e reconfiguração de uma moldura jurídica, diante das interpretações promovidas pelo STF em matéria de nepotismo nos últimos dez anos.

1. SOBRE INTERPRETAÇÃO EMOLDURA JURÍDICA

Hans Kelsen, ao formular a Teoria Pura do Direito, criou o pressuposto de que a norma inferior deve guardar correspondência com a norma de hierarquia superior. Por conseguinte,

3 - BELLOW, Adam. *In praise of nepotism: a natural history*. New York: Doubleday, 2003. p.11.

4 - Segundo Adam Bellow, "the modern definition of nepotism is favoritism based on kinship" (Ibidem, p.11).

5 - Por todos, cite-se a ADC 12 MC, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 16.2.2006, DJ de 1.9.2006.

6 - Pode-se citar o Art.117, VIII; Lei 8.112/90; o Art.6º, Lei 11.416/06; e o Art.293, LC 75/93.

pode-se dizer que essa norma superior deveria encontrar fundamento em outra norma superior e assim por diante, observando-se o ápice da pirâmide, qual seja, a Constituição.

Em decorrência da adoção desse pensamento, a tarefa interpretativa - segundo Kelsen - deveria ser realizada por meio de uma operação mental, de forma que a aplicação do direito seja feita progressivamente, de um escalão superior para um inferior. Ou seja, ao criar uma norma individual, como a sentença, o aplicador do direito deve retirar seu fundamento de uma lei existente e aplicá-la a um caso concreto.⁷

Constata-se, portanto, que todas as normas - sejam elas sentenças, normas individuais, ordens administrativas, negócios jurídicos - devem ser igualmente interpretadas quando há necessidade de sua aplicação.⁸

A interpretação do direito pode ser realizada pelo órgão competente, pelas pessoas privadas e pela ciência jurídica. Nesse ponto, estaria a distinção entre interpretação autêntica e não autêntica.⁹

A interpretação autêntica é aquela realizada pelo órgão competente e aplicador do direito, que acaba por criar um direito, seja ele de caráter geral, quando assume a forma de lei, ou de caráter individual, ao criar norma individual para um caso concreto.¹⁰ Em outras palavras, a interpretação autêntica se distingue das demais por ser a única que cria efetivamente o direito, seja pela edição de um ato normativo de hierarquia inferior ou de uma norma individual aplicável caso concreto (decisão judicial).¹¹

Quanto à interpretação realizada pelo órgão competente para aplicar o direito, Kelsen entende que a relação entre a Constituição e a lei, ou da lei com a sentença judicial, tal qual entre lei superior e inferior, é de determinação ou vinculação.¹²

Há sempre uma margem de livre apreciação, de forma que a interpretação sobre uma norma pode encontrar diversos sentidos compreendidos em uma moldura ou quadro.¹³

Hans Kelsen entende que elementos determinados e indeterminados são inerentes aos atos jurídicos.¹⁴ Nos casos em que ocorre essa indeterminação, intencional ou não, a norma poderá

7 - KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 245.

8 - *Ibidem*, p. 245.

9 - Rafael Lazzarotto Simioni pontua que “a interpretação não autêntica, portanto é uma teoria da interpretação jurídica, enquanto que a interpretação autêntica é uma teoria da decisão jurídica. O que essa teoria da interpretação jurídica (não autêntica) de Kelsen nos diz (interpretação da ciência do direito) é que a metodologia da interpretação jurídica deve buscar analisar as diversas possibilidades de determinação do sentido, deixando-as em aberto para, depois, na decisão jurídica, escolher-se qual deve prevalecer. O que a metodologia da ciência do direito deve fazer em relação à interpretação jurídica, é, pois, indicar todos os diversos sentidos possíveis da norma jurídica. Só isso. A escolha do sentido que deverá prevalecer é outra questão: uma questão de decisão jurídica” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós- positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 199.).

10 - KELSEN, op. cit., p. 250.

11 - *Ibidem*, p. 250.

12 - *Ibidem*, p. 245-246.

13 - KELSEN, op. cit., p. 246.

14 - *Ibidem*, p. 246.

ser aplicada de diversas formas, desde que em conformidade com o Direito, integrando, destarte, a moldura ou quadro. Dentro dessa moldura, haverá as diversas interpretações possíveis de um dispositivo legal, em consonância com o direito vigente.¹⁵

É nesse sentido que Kelsen afasta a possibilidade de ser fixada uma única interpretação correta e justa:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que- na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar- tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito- no ato do tribunal, especialmente.¹⁶

Ressalte-se que a decisão de escolher entre os sentidos juridicamente válidos da norma (compreendidos dentro da moldura jurídica) envolve mais questões político-subjetivas do que propriamente da ciência do Direito.¹⁷

O julgador, quando da aplicação da lei ou ato normativo, além de se limitar à moldura jurídica, acabará por se utilizar das normas de moral e de justiça, juízos de valor social, interesse do Estado, progresso, entre outros. Tais aspectos não podem ser analisados do ponto de vista jurídico, pois não resultam do direito positivo.¹⁸

Segundo Hans Kelsen:

[...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas do Direito Positivo.¹⁹

Por outro lado, Kelsen admite que, em algumas hipóteses, a interpretação (autêntica) seja realizada fora da moldura jurídica, desde que a decisão tenha transitado em julgado e por isso não possa mais ser anulada.²⁰ Nesse momento, em que uma interpretação conduz a decisão judicial

15 - KELSEN, op. cit., p. 247.

16 - Ibidem, p. 247.

17 - KOEHLER. Frederico Augusto Leopoldino. Uma Análise Crítica da Interpretação na Teoria Pura do Direito. In: *Revista da AGU*, Brasília, Ano III, n.3, fev./maio 2004, p.25.

18 - KELSEN, op.cit., p. 249.

19 - Ibidem, p. 249.

20 - KELSEN, op.cit., p. 250.

para fora da moldura, o elemento volitivo sobrepuja o cognoscitivo, que leva, por consequência, a uma ampliação da moldura.²¹

2. NEPOTISMO NA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF

Como já referido, a prática do nepotismo, embora comum, sofre rejeições na sociedade, tendo já sido objeto de previsões legais, que acabaram por ser aplicadas de forma restrita a algum órgão ou Poder. Pode-se citar:

Lei 8.112/90:

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.

Lei 11.416/06:

Art. 6º No âmbito da jurisdição de cada tribunal ou juízo é vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e funções comissionadas, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros e juízes vinculados, salvo a de ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir perante o magistrado determinante da incompatibilidade.

Lei Complementar 75/93:

Art. 293. Ao membro ou servidor do Ministério Público da União é vedado manter, sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro, ou parente até o segundo grau civil.

Vale registrar também a normatização do tema no âmbito do CNJ, nos termos da Resolução 07/2005:

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

A regulamentação no âmbito do legislativo sempre foi setorial – e, por consequência, insuficiente –, pois o nepotismo é prática comum a todos os níveis de poder. A reiteração das práticas e a pressão da sociedade impeliram o STF a alçar o tema a objeto de súmula vinculante, criando uma verdadeira regra de aplicação, de natureza geral e abstrata, que passou a nortear o tema no

21 - MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antônio Perini. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. In: *Sequência* (Florianópolis), n. 67, dez. 2013, p.127.

âmbito dos diversos poderes da União e respectivos órgãos. O verbete tem a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

O preceito vinculante tem por objeto a nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes a cargos de chefia, direção e assessoramento, denominados cargos em comissão e funções gratificadas, isto é, cargos baseados em uma relação de confiança entre o nomeante e o nomeado. Assim, em uma primeira leitura, todas as formas de nepotismo, em todos os poderes da União, estados, Distrito Federal e municípios, estariam proibidas pelo comando sumular.

Ao buscar estabelecer uma regra proibitória ampla, a súmula vinculante acaba por combinar diversos elementos e condições. Percebe-se, dessa forma, a existência de um aspecto objetivo, qual seja, a relação de parentesco entre o nomeante e o nomeado, e um aspecto subjetivo, que se consubstancia no propósito deliberado de atender a interesses pessoais.²² Ao incluir, igualmente, a vedação de ajuste mediante designação recíproca de parentes, percebe-se que o STF entendeu que o denominado “nepotismo cruzado” também ofende a Constituição Federal.²³

Como se verifica, em decisões do STF, no momento subsequente à edição do verbete sumular, o critério objetivo tornou-se elemento determinante para a caracterização do nepotismo, sendo desnecessária a comprovação do “vínculo de amizade e troca de favores” entre os parentes que irão ocupar o cargo em comissão ou função gratificada.²⁴

Deve-se ressaltar que as decisões judiciais - que inspiraram a súmula vinculante - não vieram desacompanhadas de controvérsias jurídicas,²⁵ pois a Constituição Federal, em seu art. 37, não traz esse tipo de restrição para a nomeação de ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança, à exceção das condições trazidas por lei:

22 - RODRIGUES, Joao Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 49, n.196, out./dez. 2012, p. 210.

23 - Nesse sentido, pode-se citar: “MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEPOSTISMO CRUZADO. ORDEM DENEGADA. Reconhecida a competência do Tribunal de Contas da União para a verificação da legalidade do ato praticado pelo impetrante, nos termos dos artigos 71, VIII e IX da Constituição Federal. Procedimento instaurado no TCU a partir de encaminhamento de autos de procedimento administrativo concluído pelo Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo. No mérito, configurada a prática de nepotismo cruzado, tendo em vista que a assessora nomeada pelo impetrante para exercer cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, sediado em Vitória-ES, é nora do magistrado que nomeou a esposa do impetrante para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, sediado no Rio de Janeiro-RJ. A nomeação para o cargo de assessor do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e por estar caracterizada a sua ilegalidade, por desvio de finalidade. Ordem denegada. Decisão unânime”. (MS 24.020, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 6-3-2012, 2ª T, *DJE* de 13-6-2012).

24 - Nesse sentido: MS 27.945, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26-8-2014, 2ª T, *DJE* de 4-9-2014.

25 - Cf. RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo. Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. In: *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Ano 7, n. 80, out. 2007.

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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que **preencham os requisitos estabelecidos em lei**, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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

Percebe-se que a súmula foi mais rigorosa em relação às previsões contidas não só no texto constitucional, mas também quanto às restrições estabelecidas na legislação infraconstitucional. E a propósito, no caso dos servidores do Executivo e do Ministério Público da União, as restrições abrangiam apenas cônjuges ou companheiros e parentes até o segundo grau civil. O próprio Código Civil limita o parentesco por afinidade aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro.²⁶ O STF entende, entretanto, que, por envolver preceitos constitucionais, a limitação poderia ir além da previsão do código civil.²⁷

Noutro giro, questionou-se, inclusive,²⁸ a presença de requisitos para edição do verbete sumular vinculante, tendo em vista a ausência de uma norma determinada sobre a qual recaia uma controvérsia, conforme exigência do art. 103-A, §1, da Constituição Federal:

Art.103-A [...]

§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.

O fato é que o STF entendeu que o nepotismo viola diretamente princípios constitucionais da Administração Pública, como a moralidade, impessoalidade, eficiência e isonomia. A interpretação do STF sobre a matéria efetivamente criou um Direito novo, intervindo em uma seara em que as parcas legislações sobre a matéria eram insuficientes para coibir uma conduta controversa na Administração Pública.

26 - 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.

27 - Nesse sentido: “A Súmula Vinculante 13 é expressa em incluir a nomeação de parentes por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, no conceito de nepotismo. Tal formulação, é verdade, pode se entender que conflitaria com o conceito de parentesco delimitado na lei civil, que conforme já ressaltado, limita-o aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro. Essa suposta incompatibilidade, contudo, foi afastada por este Tribunal por ocasião do julgamento da ADC 12-MC/DF, Rel. Min. Ayres Britto.” (Rcl 9013, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, julgamento em 21.9.2011, DJe de 26.9.2011)

28 - Cf. ANTÔNIO, Alice Barroso de. O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte. Ano 10, n. 31, jan./mar. 2009.

3. NEPOTISMO E INTERPRETAÇÕES POSTERIORES FEITAS PELO STF

Após a edição do verbete sumular – dotado de alta carga de generalidade –, diversos casos concretos foram levados à apreciação da Suprema Corte, especialmente pela via da Reclamação. Isso provocou a reinterpretação da súmula vinculante pelos Ministros do STF, e a proibição ampla e objetiva do comando sumular deu espaço a diversas exceções jurisprudenciais.

Essa nova conformação do campo de aplicação acabou por se converter em um movimento contrário ao da edição da súmula: enquanto a súmula vinculante expandiu a proibição do nepotismo, as decisões posteriores do Supremo permitiram a prática do ato em alguns casos, criando-se hipóteses que escapam do comando vinculante.

A primeira grande exceção foi a nomeação de parentes para ocupação de cargos políticos. Partindo-se da concepção de que os cargos políticos são dotados de um *múnus* governamental, que decorre da própria Constituição Federal, não seriam aplicados a eles alguns regramentos disciplinadores dos cargos de natureza eminentemente administrativa.²⁹ Assim, não incorreria em nepotismo, à luz do comando sumular, a nomeação de parentes para ocupar cargos como o de Ministros e Secretários.

Ao caracterizar os agentes políticos, discorre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores.

O vínculo que tais agentes entretêm com o estado não é de *natureza profissional*, mas de *natureza política*. Exercem um *munus* público. Vale dizer. O que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualificação de cidadãos, membros da *civitas* e, por isso, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade³⁰

A grande consequência fática dessa interpretação, que restringe o âmbito de aplicação da súmula vinculante, foi o aumento da nomeação de parentes para ocupar cargos políticos, ou mesmo a transformação de cargos anteriormente ocupados por parentes em cargos políticos e, dessa forma, afastá-los da incidência da súmula vinculante.

Não obstante a possibilidade da nomeação de parentes para ocuparem cargos de natureza eminentemente política, o próprio STF vem indicando uma possibilidade de exceção da exceção, ou seja, uma hipótese em que o nepotismo seria reprovável mesmo em se tratando de ocupação de

29 - Rel 7.590, rel. Min. Dias Toffoli, j. 30-9-2014, 1ª T, DJE de 14-11-2014

30 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 247-248.

cargos políticos. Seria o caso de ser comprovada a troca de favores (como no nepotismo cruzado), fraude à lei,³¹ ou mesmo a falta de razoabilidade na nomeação, seja por ausência de manifesta qualificação técnica, seja por inidoneidade moral.³²

Essa exceção acaba por remeter à constatação feita por Adam Bellow, segundo a qual o nepotismo, embora desafie um senso de justiça da sociedade, tende a se tornar tolerável quando o parente nomeado apresenta competências ou qualidades técnicas para ocupar a referida função.³³

Percebe-se que o casuísmo adquire grande relevância nas reinterpretações da súmula. Não obstante, a corte parece já sedimentar que a súmula não se aplica, por si só, a servidores públicos que forem parentes e trabalharemos no mesmo órgão. É necessária a ocupação de cargos de confiança por eles.³⁴

Todavia, a ideia central da Súmula Vinculante 13 persiste, de tal forma que o STF entende que uma lei ou emenda constitucional local não teriam o condão de criar hipóteses que autorizem o nepotismo. Reafirma-se, então, que a referida súmula decorre de preceitos constitucionais, e qualquer lei que disponha em sentido contrário pode ser declarada inconstitucional.³⁵

Com efeito, a jurisprudência do STF caminha para um “aprimoramento” interpretativo no verbete sumular. É nessa linha que vêm sendo definidos, agora, parâmetros para incidência da súmula, que acabam por se tornar verdadeiras condições³⁶ para configuração de nepotismo incompatível com a Constituição Federal.

31 - Rcl 6702 MC-Agr, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 4.3.2009, DJe de 30.4.2009.

32 - Rcl 17627, Relator Ministro Roberto Barroso, decisão monocrática, julgamento em 8.5.2014, DJe de 15.5.2014.

33 - “Such nepotism appears to be a problem only when the beneficiary is manifestly unqualified”. (BELLOW, op. cit., p.11).

34 - ADI 524, rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20-5-2015, P, DJE de 3-8-2015; Rcl 19.911 Agr, rel. Min. Roberto Barroso, j. 19-5-2015, 1ª T, DJE de 2-6-2015

35 - EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.145/1997 do Estado de Goiás. Criação de exceções ao óbice da prática de atos de nepotismo. Vício material. Ofensa aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. Procedência da ação. 1. A matéria tratada nesta ação direta de inconstitucionalidade foi objeto de deliberação por este Supremo Tribunal em diversos casos, disso resultando a edição da Súmula Vinculante nº 13.2. A teor do assentado no julgamento da ADC nº 12/DF, em decorrência direta da aplicação dos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, a cláusula vedadora da prática de nepotismo no seio da Administração Pública, ou de qualquer dos Poderes da República, tem incidência verticalizada e imediata, independentemente de previsão expressa em diploma legislativo. Precedentes. 3. A previsão impugnada, ao permitir (excepcionar), relativamente a cargos em comissão ou funções gratificadas, a nomeação, a admissão ou a permanência de até dois parentes das autoridades mencionadas no caput do art. 1º da Lei estadual nº 13.145/1997 e do cônjuge do chefe do Poder Executivo, além de subverter o intuito moralizador inicial da norma, ofende irremediavelmente a Constituição Federal. 4. Ação julgada procedente (ADI 3.745, rel. Min. Dias Toffoli, j. 15-5-2013, P, DJE de 1º-8-2013).

36 - EMENTA Constitucional e Administrativo. Súmula Vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Reclamação julgada improcedente. Liminar anteriormente deferida cassada. 1. Com a edição da Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios objetivos de conformação, a saber: i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada e iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante. 2. Em sede reclamatória, com fundamento na SV nº 13, é imprescindível a perquirição de projeção funcional ou hierárquica do agente político ou do servidor público de referência no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo na contratação de pessoa com relação de parentesco com ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no mesmo órgão, salvo ajuste mediante designações recíprocas. 3. Reclamação julgada improcedente. Cassada a liminar anteriormente deferida. (Rcl 18.564, rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, j. 23-2-2016, 2ª T, DJE de 3-8-2016).

Tais condições (alternativas) seriam: (1) Relação de parentesco entre o nomeado ou o nomeante; ou (2) Relação de parentesco entre o nomeado e o ocupante do cargo de direção, chefia ou assessoramento a que estiver subordinado; ou (3) Relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre o nomeante; e por fim (4) Na ausência de relação de parentesco entre nomeante e nomeado, a demonstração do ajuste mediante designações recíprocas.

Nesse último caso, como já referido, o objetivo é coibir o nepotismo cruzado, entretanto, ao exigir a demonstração do ajuste, o Supremo acaba por dificultar o uso da reclamação constitucional para tal finalidade.³⁷

Assim, fica claro que, apesar de a Súmula Vinculante 13 apresentar feições de generalidade e abstração, ela não se aplica a todas as hipóteses de nepotismo. Tal qual uma lei, acaba por se submeter à interpretação judicial no caso concreto, fomentando a atividade criativa dos Tribunais.

4. A RECONSTRUÇÃO DA MOLDURA JURÍDICA PELO STF

É nesse ponto que emerge a problemática da análise da súmula vinculante diante da moldura jurídica e, mais além, como estariam posicionadas as demais exceções à súmula criadas pela Suprema Corte em relação à moldura jurídica.

Nos itens anteriores, ao tratar da interpretação na Teoria Pura de Hans Kelsen, fizemos expressa referência à moldura jurídica entendida como as diversas possibilidades interpretativas que um dispositivo normativo pode ter frente ao sistema jurídico vigente. Selecionam-se todas as possibilidades interpretativas de uma norma que guardem compatibilidade com a ordem jurídica vigente, colocando-as em um quadro ou moldura de forma figurativa. O operador do direito poderá, dentro dessas diversas opções interpretativas, escolher o sentido que entende mais justo e correto.

Reitere-se que nenhuma das diversas interpretações é mais correta que a outra, ou mais justa. A escolha do intérprete, em muitos casos, não se baseia na teoria do direito, e sim na política, pois se serve de postulados morais, sociais e históricos para decidir.

A partir da conceituação do que se pode entender por moldura jurídica, observa-se que a edição da Súmula Vinculante nº 13 inovou na ordem jurídica vigente. Afinal, não se limitou a uma das hipóteses interpretativas que determinada lei - ou norma de caráter superior - poderia assumir. Na prática, criou um ato normativo de caráter geral e abstrato.

O preceito da súmula vinculante consubstancia verdadeiro ato normativo, que, embora decorrente de interpretação controversa, foi criado em consonância com as formalidades do

37 - O Código de Processo civil, alinhado a jurisprudência dos Tribunais Superiores, entende que a via da Reclamação se baseia em fatos comprovados de plano, especialmente por meio de prova documental, conforme art.988[...] § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

texto constitucional vigente e em obediência aos critérios de vinculação e competência previstos por Kelsen.³⁸

Por meio da Súmula Vinculante nº 13, o STF reafirmou a adequação dos diversos dispositivos legais que tratavam do nepotismo ao texto constitucional, demonstrando o seu alinhamento à moldura jurídica vigente. E foi mais além ao ampliar as restrições (antes setoriais) para parentes de até 3º grau e, assim, coibir a figura do nepotismo cruzado. Saliente-se ainda que, embora seja conformadora da edição da súmula em estudo, ficou demonstrado que a norma constitucional não contém restrições sobre a matéria, conquanto permita a criação de restrições por meio de legislação infraconstitucional.

Dessa forma, as decisões do STF – devidamente irrecorríveis – que fundamentaram a súmula vinculante, ao considerarem elementos primordialmente sociais, morais e políticos para definição do direito no caso concreto, estavam fora da moldura jurídica. Mas é inegável que essa moldura foi definitivamente ampliada quando da edição da Súmula Vinculante 13.

A referida súmula vinculante, com arrimo em postulado constitucional, passou a se tornar um dos principais paradigmas da moldura jurídica e, em substituição a lei, vem se convertendo na norma superior de observância obrigatória.

Isso não impediu que a própria súmula fosse objeto de interpretações distintas dos Tribunais, criando outras normas individuais no caso concreto por meio de decisões judiciais de caráter vinculante e obrigatório.

Ao criar exceções para a aplicação da Súmula Vinculante 13, autorizando a prática do nepotismo em determinadas circunstâncias, o STF novamente altera os limites da moldura jurídica. Isso porque pode-se considerar que algumas dessas decisões proferidas pelo Tribunal competente, de observância obrigatória e devidamente transitadas em julgado, também se situam fora da moldura ou quadro.

É o caso dos novos balizamentos e interpretações levadas a cabo pelo STF para restringir o campo de incidência da súmula vinculante, como a já referida exigência da demonstração da relação hierárquica entre os parentes, bem como a exclusão dos cargos de natureza política do campo de incidência da súmula.

Ainda que fora da moldura, as interpretações feitas sobre a incidência da súmula remodelam o seu campo de incidência, passando a conformar a norma e incorporar novo direito ao ordenamento positivo.

Dessa forma, tanto o verbete sumular quanto as exceções criadas a partir de interpretação da súmula em decisões - transitadas em julgado - proferidas por Tribunais competentes indicam a contínua alteração e conformação da moldura jurídica referente ao nepotismo.³⁹

38 - Vale o registro de que Kelsen admite que “a decisão judicial também pode criar uma norma geral. A decisão pode ter força de obrigatoriedade não apenas para o caso em questão, mas também para outros casos similares que os tribunais tenham eventualmente de decidir. Uma decisão judicial pode ter o caráter de um precedente, i.e., de uma decisão obrigatória para a decisão futura de todos os casos similares” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 216). No ordenamento jurídico brasileiro, a súmula vinculante, como já referido, se consubstancia, em tese, na consolidação de vários precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

39 - E mesmo passados dez anos da edição da súmula, o tema permanece atual, e voltará ao pleno do STF, visto que já foi reconhecida a Repercussão Geral no RE1133118-SP (Rel. Min. Luiz Fux), que analisará se a proibição ao nepotismo alcançara ou não cargos políticos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nepotismo é um fenômeno político e social que passou a ser mais fortemente coibido com a edição da Súmula Vinculante 13. Todavia, verificou-se que o próprio STF permite essa prática em determinados casos, excepcionando o comando sumular.

Kelsen, ao discorrer sobre a interpretação autêntica, entende que o órgão aplicador do direito se vale também de um ato de vontade. Logo, um órgão competente interpreta e gera a decisão de caráter vinculante, que poderá estar dentro ou fora da moldura jurídica.

Assim, analisando-se as interpretações feitas a partir do verbete sumular, observa-se que a Suprema Corte vem criando exceções a determinados casos objeto de apreciação judicial. Tais exceções demonstram, no caso concreto, uma alteração do quadro jurídico, haja vista decisões que, por vezes, se situam fora da moldura jurídica.

Ademais, pode-se dizer que um verbete de súmula não necessariamente resolve o problema da indeterminação da linguagem do Direito. A Súmula Vinculante 13 do STF não foi suficiente para pacificar a questão, constituindo-se em mais um texto para futuras interpretações.

REFERÊNCIAS

ANTÔNIO, Alice Barroso de. O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte. Ano 10, n. 31, jan./mar. 2009.

BELLOW, Adam. *In praise of nepotism: a natural history*. New York: Doubleday, 2003.

BRASIL. *Portal da legislação*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf>. Acesso em: fev. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Uma Análise Crítica da Interpretação na Teoria Pura do Direito. In: *Revista da AGU*, Brasília, Ano III, n.3, fev./maio 2004.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antônio Perini. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. In: *Sequência* (Florianópolis), n. 67, dez. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo. Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. In: *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Ano 7, n. 80, out. 2007.

RODRIGUES, Joao Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 49, n.196, out./dez. 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós- Positivismo Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

