

20/08/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951-4 RIO GRANDE DO NORTE

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**RECORRENTE(S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO NORTE  
**RECORRIDO(A/S)** : MUNICÍPIO DE ÁGUA NOVA E OUTRO(A/S)  
**ADVOGADO(A/S)** : FRANCISCO DE ASSIS CORREIA RÊGO E  
OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: - Cuida-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que, julgando apelação em ação declaratória de nulidade de ato administrativo, entendeu não existir qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na nomeação de Elias Raimundo de Souza e Francisco Souza do Nascimento para o exercício, respectivamente, dos cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e de motorista, embora sejam, o primeiro, irmão de vereador, e, o segundo, do Vice-Prefeito do Município de Água Nova daquele Estado.

O aresto atacado considerou inaplicável a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça ao Executivo e ao Legislativo, assentando que a vedação à prática do nepotismo no âmbito desses poderes exige a edição de lei formal.

Consignou, ainda, o acórdão recorrido que a nomeação de parentes de agentes políticos para o exercício de cargos de confiança ou em comissão não viola qualquer dispositivo constitucional.

Neste RE, fundado no art. 102, III, **a**, da Constituição da República, o Ministério Público local, que subscreve as razões recursais, alega, em suma, que a decisão do TJ/RN contraria o princípio da moralidade abrigado no art. 37 da mesma Carta, não sendo lícito dar-se aos seus incisos II e V uma interpretação isolada, dissociada do que se contém no *caput* do mencionado dispositivo.

O recorrente sustenta, também, que a proibição ao nepotismo decorre diretamente do referido princípio constitucional, sendo dispensável a edição de lei expressa nesse sentido, segundo decidiu esta Corte na ADC 12-MC/DF.

Com esses fundamentos, e assinalando que "*não há controvérsia acerca da existência da relação de parentesco*", requer

*"o conhecimento e provimento do presente recurso extraordinário, a fim de que se reforme o acórdão e, por consequência, exonere*

*os Srs. Elias Raimundo de Souza e Francisco Souza do Nascimento dos cargos em comissão até então ocupados. Na mesma linha de raciocínio, que o Município de Água Nova se abstenha de contratar ou nomear qualquer pessoa física que seja parente daquele ocupante de mandato eletivo ou cargo em comissão, estendendo-se a vedação também às pessoas jurídicas, cujos sócios mantenham alguma relação de parentesco com as citadas pessoas" (fls. 366-367).*

Em 28/3/2008, submeti à Corte manifestação reconhecendo a existência de repercussão geral do tema constitucional debatido nos autos, a qual foi por ela sufragado, conforme publicação no DJE 15/05/2008.

Solicitei, em 20/5/2008, a manifestação do Procurador-Geral da República (fl. 390). Após o decurso do prazo regimental (art. 50, § 1º, RISTF), encontrando-se o processo em pauta para o julgamento, e tendo em conta que o Ministério Público já havia se manifestado anteriormente sobre matéria idêntica, em especial na ADC 12-MC/DF, requisitei a devolução dos autos.

Naquele processo, em parecer subscrito pelo ilustre Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, o *Parquet* Federal consignou que os princípios da moralidade e da impessoalidade expressos no art. 37 da Constituição, apresentam ampla normatividade, "*dando imediata direção aos agentes públicos*", razão pela

qual a concreção de seu conteúdo "não está a depender de veiculação de lei formal".

É o relatório.

20/08/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951-4 RIO GRANDE DO NORTE

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator):  
Bem examinada a questão em debate, penso que o entendimento agasalhado no acórdão recorrido não merece prosperar.

Com efeito, o aresto impugnado, após constatar "que, de fato, no Município-apelado há funções gratificadas e cargos comissionados ocupados por parentes de agentes públicos do referido Município, prática esta denominada de nepotismo", consigna, com todas as letras, que "não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na referida prática" (fl. 337).

Assenta, mais, que a Carta Magna, em se tratando de cargos públicos de livre nomeação, não estabelece "qualquer limitação relacionada ao grau de parentesco

*porventura existente entre a pessoa nomeada e algum agente público" (fl. 338).*

Dentre outros argumentos, afirma, ainda, que

*"(...) é a Constituição que permite o chamado 'nepotismo', na medida em que dá ao administrador público liberdade para ocupar parte dos cargos que tem à sua disposição com pessoas de sua confiança, independentemente do fato de serem ou não seus parentes" (fl. 338).*

Em conclusão, atesta "que somente uma lei específica" - inexistente no caso - "poderia estabelecer restrições à investidura de parentes nos cargos de confiança do Município apelado" (fls. 338).

Consta dos autos, contudo, um voto vencido, que dava provimento ao recurso de apelação, por entender que, não obstante a inexistência de lei local impeditiva da prática do nepotismo, a contratação de parentes é ilícita, porquanto a Administração Pública deve pautar-se em conformidade com o princípio da moralidade, que corresponde à obrigação de agir "segundo os padrões éticos de probidade, decoro, honradez, dignidade e boa-fé." (fl. 344).

Pois bem. Como se sabe, do ponto de vista etimológico, a palavra "nepotismo" tem origem no latim, derivando da conjugação do termo nepote, significando sobrinho ou protegido, com o sufixo "ismo", que remete à idéia de ato, prática ou resultado. A utilização desse termo, historicamente, advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros aparentados dos Papas na administração eclesiástica, nos séculos XV e XVI de nossa era, ganhando, atualmente, o significado pejorativo do favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ou privada.

Ora, no julgamento da ADC 12-MC/DF, em que foi relator o Ministro Carlos Britto, esta Corte reconheceu, em sede cautelar, a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do CNJ, que *"disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências"*.

E, muito embora haja então o STF estabelecido que a eficácia vinculante daquele texto normativo estaria circunscrito à seara da magistratura,<sup>1</sup> o pronunciamento de

---

<sup>1</sup> Cf. também Rcl 4.547/MA, Rel. Min. Joaquim Barbosa e Rcl 4.512/MA, Rel. Min. Carlos Brito.

vários de seus Ministros foi no sentido de que a sua força normativa deriva diretamente dos princípios abrigados no art. 37, *caput*, da Constituição, tendo a dita Resolução apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos da vedação ao nepotismo que são próprios à atuação dos órgãos jurisdicionais.

Tal entendimento encontrou expressão inclusive na ementa da medida cautelar deferida pelo Plenário, da qual destaco o seguinte trecho:

*"(...) as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já dedutíveis dos princípios republicanos da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade".*

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

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

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

quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. **A vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade**" (grifei).

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

"O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa".<sup>2</sup>

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

"[São] Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado 'nepotismo'. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar,

---

<sup>2</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. pp. 213-214.

comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do 'cruzamento' (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor)".

E acrescenta:

"(...) as restrições constantes do ato normativo do CNJ são (...) as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade (...). Quero dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se tratando, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público" (grifos no original).

O historiador Sérgio Buarque de Holanda, em sua clássica obra *Raízes do Brasil*, ao dissertar sobre as origens da dificuldade de separação entre o público e o privado pelos detentores do poder em nossa sociedade, afirmou:

"Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções,

*os empregos e os benefícios que deles se auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático".<sup>3</sup>*

Claro está que o notável historiador brasileiro empregou a expressão "*Estado burocrático*" no sentido que lhe emprestava Max Weber, qual seja, uma forma de organização estatal própria das sociedades modernas, em que o poder dos governantes e do funcionalismo público deriva sua legitimidade do ordenamento legal e não da tradição ou do carisma do líder político.<sup>4</sup>

Aliás, essa mesma perspectiva foi trazida a debate pelo Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADC 12-MC/DF, ao lembrar que

*"As necessidades da administração pública dependem daquilo que WEBER denominava a 'dominação burocrática de impessoalidade formalística', cujo conteúdo relevava bem com a expressão latina sine ira et studio, ou seja, regida pelo dever jurídico estrito de não se*

---

<sup>3</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.

<sup>4</sup> WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretative sociology*. vol. 1. New York: Bedminster, 1968, pp. 212-254.

*deixar guiar, não se deixar conduzir, na tutela da coisa pública, nem por ódio, nem por amor."*

Retomando o ponto nodal da controvérsia debatida neste RE, recorro, por oportuno, que o Plenário desta Corte já se manifestou a respeito da proibição ao nepotismo, antes mesmo do advento da Resolução 7/2005 do CNJ, conforme se depreende da ementa do julgamento do MS 23.780/MA, em que foi Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *verbis*:

*"MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.*

*Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade.*

***A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder.***

*Mandado de segurança denegado"*  
(grifei).

De fato, embora existam diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo,<sup>5</sup> inclusive no âmbito desta Corte,<sup>6</sup> tal não significa que apenas leis em

---

<sup>5</sup> Ver Lei 8.112/90, art. 117, VIII; Lei 9.421/96, art. 10; e Lei 9.953/00, art. 22.

<sup>6</sup> Resolução 246 do STF de 18/12/2002, alterada pela resolução 249 de 5/2/2003, art. 7º: "É vedado ao servidor do Supremo Tribunal Federal: I - usar cargo ou função, facilidades, amizades, tempo, posição e influências para obter favorecimento para si ou para outrem; (...)"

sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e "*positivamente vinculantes*", como ensina Gomes Canotilho.<sup>7</sup>

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário.

---

*XVIII - manter sob sua subordinação hierárquica cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o 3º grau". Regimento Interno do STF: Art. 355, § 7º: "Salvo se funcionário efetivo do Tribunal, não poderá ser nomeado para cargo em Comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente (arts. 330 a 336 do Código Civil), em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade" (Novo Código Civil, Lei 10.406/02: arts. 1.591 a 1.595). Art. 357, parágrafo único: "Não pode ser designado Assessor, Assistente Judiciário ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade".*

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1992, p. 352.

Por oportuna, relembro aqui a conhecida e sempre atual lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual

*"(...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçada".<sup>8</sup>*

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

---

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 943.

Em estudo sobre as modalidades de eficácia jurídica, Ana Paula de Barcelos, ao afirmar que uma dessas modalidades, a negativa, é uma construção doutrinária especialmente relacionada com os princípios constitucionais, observa, com pertinência, que *"a eficácia negativa autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas (em sentido amplo) ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pelo enunciado"*.<sup>9</sup>

Desse modo, admitir que apenas ao Legislativo ou ao Executivo é dado exaurir, mediante ato formal, todo o conteúdo dos princípios constitucionais em questão, seria mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da Constituição, subvertendo-se a hierarquia entre a Lei Maior e ordem jurídica em geral, *"como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador ou o administrador pudessem livremente dispor a respeito de seu conteúdo"*.<sup>10</sup>

A Constituição de 1988, em seu art. 37, *caput*, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade.

---

<sup>9</sup> BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 82-83.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 224.

Esses princípios, dentre os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público pautе a sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual fora esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue.

Nesse contexto, verifica-se que o legislador constituinte originário, bem assim o derivado, especialmente a partir do advento da Emenda Constitucional 19/1998, que a levou a cabo a chamada "Reforma Administrativa", instituiu balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos que, de alguma forma, pudessem buscar finalidade diversa do interesse público. Uma dessas práticas, não é demais repisar, consiste na nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, segundo uma interpretação equivocada ou, até mesmo, abusiva dos incisos II e V, do art. 37 da Constituição.

Convém notar que o constituinte de um modo geral, sobretudo a partir da EC 19/1998, procurou reduzir ao máximo a discricionariedade do administrador público no tocante ao preenchimento dos cargos em comissão e de confiança, restringindo o provimento destes últimos

exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo. Quanto aos primeiros, estabeleceu que eles se destinam apenas a "*atribuições de chefia, assessoramento e direção*", determinando, ainda, que um percentual deles fosse preenchido por servidores de carreira.

De fato, em se tratando de gestão da *res publica*, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a atuação do administrador, ainda que, em muitos casos, esteja em consonância com o sentido literal da lei, caso se revele ofensiva à moral, aos bons costumes, ao poder-dever de probidade, às idéias de justiça e eqüidade e ao senso comum de honestidade, estará em evidente confronto com o princípio da moralidade administrativa.<sup>11</sup> Afinal, como diziam os antigos romanos, *non omne quod licet honestum est*.

Sim, porque como ensina Humberto Ávila, "*o princípio da moralidade administrativa estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos*".<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 70.

<sup>12</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

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

E no mais das vezes, a nomeação de parentes, dada absoluta inapetência destes para o trabalho e o seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem, vulnera também o princípio da eficiência, introduzido pelo constituinte derivado no *caput* do art. 37 da Carta Magna, por meio da EC 19/1998, num evidente desvio de finalidade, porquanto permite que o interesse privado, isto é, patrimonial, no sentido sociológico e também vulgar da expressão, prevaleça sobre o interesse coletivo.

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

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

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

Não se olvide, ademais, que o estrito respeito a esses postulados, em especial ao da moralidade, por parte do administrador público, configura pressuposto de validade de seus atos, como se decidiu na ADI 2.661/MA, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, a saber:

*"O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO - CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS.*

*- A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na*

consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.

- O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais" (grifos no original).

Sobre a questão da sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, quando contrários à moral pública refletida no texto constitucional, extraio, ainda, da sobredita ADC 12-MC/DF, significativo trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, assim redigido:

"O Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma **moral coletiva**, pois ele reflete um conjunto de **crenças e valores** profundamente arraigados, que emanam da **autoridade soberana**, ou seja, do **povo**. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se **grave sintoma** de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva" (grifos no original).

É que, na lição de Konrad Hesse, a interpretação da Constituição deve amoldar-se à realidade em que está

imersa, daí decorrendo a sua pretensão de eficácia.<sup>13</sup> Essa pretensão, diz o mestre germânico,

*"não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais.*

*(...)*

*Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciaram decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas".<sup>14</sup>*

Não se ignora que a sociedade brasileira padece do mal da descrença em suas instituições, reflexo, sobretudo, das recorrentes manchetes da imprensa escrita, falada e televisionada sobre corrupção, desvios de verbas públicas, tráfico de influências, utilização dos cargos públicos para favorecimento pessoal etc.

Mas a sociedade, em contrapartida, dispõe, atualmente, de toda sorte de informações, cada vez mais acessíveis ao conjunto dos cidadãos, que lhes permite

---

<sup>13</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, pp. 14-15.

<sup>14</sup> *Idem, loc.cit.*

acompanhar e fiscalizar os agentes responsáveis pelo trato e gestão da coisa pública.

É bem verdade que não é de hoje o consenso social acerca da reprovabilidade do nepotismo e de todas as condutas que, mesmo travestidas de uma aparência de legalidade, contrariem o direito público subjetivo dos cidadãos ao trato honesto dos bens que a todos pertencem. Como já dizia Rui Barbosa, nos idos de 1919:

*"O Brasil não é isso. É isto. (...) O Brasil é este comício imenso de almas livres. Não são os comensais do erário. Não são as ratazanas do Tesouro. Não são os mercadores do Parlamento. Não são as sanguessugas da riqueza pública. (...) Não são os corruptores do sistema republicano. São as células ativas da vida nacional. É a multidão que não adula, não teme, não corre, não recua, não deserta, não se vende. É o povo, em um desses movimentos seus, em que se descobre toda a sua majestade".<sup>15</sup>*

Essa mesma sociedade, com o progressivo amadurecimento da democracia registrado no País, sobretudo nas duas últimas décadas, exige hoje dos administradores públicos uma conduta inequivocamente ilibada e, sabendo-os ímprobos, não mais aceita contemplá-los com qualquer condescendência.

---

<sup>15</sup> BARBOSA, Rui. A questão social e política no Brasil. Disponível em <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/p\\_a5.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a5.pdf)> Acesso em 7/5/2008.

Assim, o argumento, *data venia* falacioso, de que, se a Carta Magna não vedou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes, essa prática seria lícita, não merece prosperar, pois totalmente apartada do *ethos* que permeia a "Constituição-cidadã" a que se referia o saudoso Ulisses Guimarães.

De repelir-se, também, a artificiosa alegativa constante do acórdão recorrido segundo o qual "*não há nos autos qualquer particularidade que desqualifique os servidores ocupantes dos cargos apontados, ou mesmo referência de que os nomeados não estejam desempenhando suas funções de forma correta e capacitada, o que gera uma presunção de que o princípio da eficiência está sendo respeitado*" (fl. 341).

É que o que está em causa não é o trabalho desempenhado por esses "servidores-parentes", mesmo porque a obrigação de bem trabalhar constitui dever de todos os ocupantes de cargos públicos, sejam eles concursados ou não. O que está em debate, com efeito, não é a qualidade do serviço por eles realizado, mas a forma do provimento dos cargos que ocupam, que se deu em detrimento de outros cidadãos igualmente ou mais capacitados para o exercício das mesmas funções, gerando a presunção de dano à sociedade como um todo.

E aqui surge mais um relevante aspecto a ser sublinhado, qual seja: o fato de que essa prática atenta não apenas contra o princípio da impessoalidade, como também o da eficiência, ambos inseridos no rol daqueles que devem nortear a ação dos agentes públicos. E o Ministro César Peluso, interessantemente, no julgamento da ADC 12-MC/DF, evidenciou a íntima relação entre esses dois conceitos, ao afirmar:

"(...) o princípio da impessoalidade está ligado à idéia de eficiência, porque constitui condição ou requisito indispensável da eficiência operacional da administração pública."

Eficiência, tal como ensina Odete Medauar, "contrapõe-se a lentidão, o descaso, a negligência, a omissão", segundo a professora, "características habituais da Administração Pública brasileira",<sup>16</sup> e que permanecerão, permito-me acrescentar, enquanto perdurar a histórica confusão que os maus administradores públicos, com honrosas exceções, têm feito entre patrimônio público e privado.

Por fim, observo que não se mostra razoável admitir que uma conveniente interpretação literal dos

---

<sup>16</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4ª. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 152.

incisos II e V do art. 37 da Lei Maior possa contrariar o sentido lógico e teleológico do que se contém no *caput* do referido dispositivo, em flagrante dissonância com a idéia de unidade e harmonização que deve nortear a hermenêutica constitucional.<sup>17</sup>

Por tudo quanto até aqui exposto, entendo que carece de plausibilidade a exegese segundo a qual que o nepotismo seria permitido simplesmente porque não há lei que o proíba.

Não vejo como, todavia, dar provimento integral ao pedido do recorrente, em especial quanto à segunda parte do pedido formulado no recurso extraordinário, ou seja, *"que o Município de Água Nova se abstenha de contratar ou nomear qualquer pessoa física que seja parente daquele ocupante de mandato eletivo ou cargo em comissão, estendendo-se a vedação também às pessoas jurídicas, cujos sócios mantenham alguma relação de parentesco com as citadas pessoas"*.

Isso porque não cabe a esta Corte, conforme pacífica jurisprudência, atuar como legislador positivo,

---

<sup>17</sup> Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181-198.

sendo-lhe vedado inovar o sistema normativo, função reservada ao Poder Legislativo.

O provimento integral do RE, com efeito, revelaria flagrante extravasamento de competências, com ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.<sup>18</sup>

Por todo o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso extraordinário, dando-lhe parcial provimento, declarando nulo o ato de nomeação de Francisco Souza do Nascimento, considerando hígida a nomeação do agente político Elias Raimundo de Souza, em especial por não ter ficado evidenciada a prática do nepotismo cruzado, acompanhando, nesse aspecto, o entendimento da douta maioria.

---

<sup>18</sup> RE 322.348-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello; HC 76.371/SP, Rel. Mini. Sydney Sanches, e RE 264.884/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.

20/08/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951-4 RIO GRANDE DO NORTE

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
RECORRENTE(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO NORTE  
RECORRIDO(A/S) : MUNICÍPIO DE ÁGUA NOVA E  
OUTRO(A/S)  
ADVOGADO(A/S) : FRANCISCO DE ASSIS CORREIA RÊGO E  
OUTRO(A/S)

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.