

PARECER N° , DE 2010

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 16, de 2009, que *acrescenta dispositivos ao art. 37 da Constituição para proibir o nepotismo na Administração Pública.*

RELATOR: Senador **GERALDO MESQUITA JÚNIOR**

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 16, de 2009, que modifica o art. 37 da Constituição Federal, com o objetivo de proibir o nepotismo na Administração Pública. A PEC tem como primeiro signatário o Senador Flexa Ribeiro.

A proposta acrescenta ao referido artigo da Lei Maior o inciso XXIII, para vedar *a nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de agente público da mesma pessoa jurídica, investido em cargo político ou de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, 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.*

Outrossim, a PEC adiciona ao art. 37 da Lei Maior o § 13, com o objetivo de incluir na vedação a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente do agente público municipal, estadual ou federal para integrar conselho público na respectiva esfera de governo.

Na justificação, é assinalado que o nepotismo constitui um traço da cultura patrimonialista, ainda hoje presente no Brasil. Muito embora a Constituição de 1988 tenha exigido a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo público efetivo, não estabeleceu restrição expressa à nomeação de parentes para o exercício de cargos em comissão, o

que permite a distorção do sistema meritocrático, com o aumento do número de cargos comissionados e o seu provimento por parentes de autoridades.

Ao interpretar o *caput* do art. 37 da Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal (STF), mediante a Súmula Vinculante nº 13, firmou o entendimento de que a prática do nepotismo contraria os princípios insculpidos naquele dispositivo. Entretanto, conforme advertem os autores da PEC, *a proibição do nepotismo deve constar expressamente do Texto Magno e não depender da exegese elaborada pelo Poder Judiciário a esse respeito, até porque essa interpretação pode mudar, a depender da composição dos órgãos judiciários*. Esse é o principal motivo apontado na justificação para a modificação proposta, que inclui também a extensão do interdito ao exercício de funções em conselhos públicos.

II – ANÁLISE

Compete a esta Comissão, nos termos do art. 356 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), apresentar parecer às propostas de emenda à Constituição.

No tocante à constitucionalidade da PEC, verificamos terem sido observados os requisitos descritos no art. 60 da Lei Maior, a saber: a proposta conta com o número mínimo exigido de subscrições de senadores; não existe óbice de natureza circunstancial à tramitação da PEC, consistente na vigência de estado de sítio, de defesa ou de intervenção federal; as alterações promovidas no texto constitucional não atentam contra qualquer das cláusulas pétreas enumeradas no § 4º do art. 60 da Carta Magna.

No concernente ao mérito, cumpre-nos registrar, de início, que o STF aprovou, em agosto de 2008, a Súmula Vinculante nº 13, a qual estabelece:

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 Excelso Pretório editou tal Súmula valendo-se da competência que lhe confere o art. 103-A da Constituição Federal.

A despeito dos propósitos moralizadores que animaram os Ministros da Corte na elaboração da Súmula, ela é passível de crítica – e a própria justificação da PEC o reconhece – especialmente quanto ao modo como se deu sua aprovação e à forma como foi redigida. No que diz respeito às circunstâncias em que se deu a aprovação, merece registro que apenas quatro julgados serviram de precedentes ao Verbete, dois deles prolatados numa mesma ocasião, às vésperas da edição da Súmula.

O art. 103-A da Lei Maior alude a *reiteradas decisões*, o que pressupõe, a nosso ver, um relativo amadurecimento da posição da Corte sobre a matéria a ser sumulada, o qual se vincula não apenas a um número significativo de casos julgados, mas também a uma constância do posicionamento do Tribunal ao longo do tempo. Outrossim, a Constituição limita a edição de súmulas vinculantes a matérias sobre as 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*. A bem da verdade, a insegurança jurídica parece ter surgido exatamente com a Súmula. Tal situação não passou despercebida pelo Procurador-Geral da República, quando, na petição inicial da Reclamação nº 6.838, asseriu:

13. Tem-se conhecimento, Brasil afora, que outras autoridades públicas estão conferindo uma exegese ora ampliativa, ora restritiva à norma sumulada. Uns estão a exonerar das funções de confiança e cargos comissionados os servidores efetivos, mesmo que não detenham vínculo hierárquico direto com eventual parente nos quadros da Administração Pública.

14. Outros estão a ver nepotismo direto ou cruzado a tomar-se não um órgão ou Poder, mas o ente federal em sua totalidade. Certo que o exagero ou o excesso não são bons conselheiros para a atividade hermenêutica, a questão está a merecer detida reflexão por parte dessa Corte, sobretudo porque tem gerado assimetrias verticais e horizontais na aplicação da norma vinculativa, às vezes devido ao temor que muitos administradores estão tendo de incorrer em ato de improbidade administrativa.

E há, de fato, razões para que dúvidas sejam suscitadas quanto da aplicação da Súmula. A nosso ver, sua redação apresenta problemas nos seguintes pontos:

1. a limitação literal da incompatibilidade ao vínculo de parentesco com *a autoridade nomeante ou com servidor ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento;*
2. a extensão da incompatibilidade ao vínculo de parentesco com servidor ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento *da mesma pessoa jurídica;*
3. a aplicação da vedação à nomeação *para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada;*
4. a completa omissão de disciplina específica aplicável aos casos de servidor ocupante de cargo efetivo que vem a exercer cargo em comissão ou função comissionada, tendo parente na condição de autoridade nomeante ou como servidor investido em cargo em comissão de direção, chefia ou assessoramento.

No tocante ao primeiro ponto, nota-se que a Súmula alude a autoridade nomeante e a servidor ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento. Ocorre que nem todos os agentes políticos de um determinado órgão são autoridades nomeantes. Nas casas legislativas, assim como nos tribunais, a competência para nomeação de servidores é normalmente do presidente do órgão. Disso se poderia concluir que não constitui nepotismo a nomeação de parente de um desembargador ou de um deputado que não seja a autoridade nomeante? Evidentemente, não. Assim, há necessidade de deixar clara a vedação também para esses casos.

O segundo ponto é, em nosso entendimento, o mais problemático. Ao vedar que parentes ocupem cargos em comissão em uma mesma pessoa jurídica, a Súmula dá ensejo à configuração de situações de todo absurdas. Imagine-se o caso de um ocupante de cargo em comissão de assessor do Ministério das Relações Exteriores, em Brasília, cujo tio exerce uma função de confiança de chefe de seção do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Como o Ministério e o Tribunal integram uma mesma pessoa jurídica – a União –, haveria, nessa hipótese, ofensa à Súmula. Cumpre indagar, contudo, se tal situação realmente se caracterizaria como um caso de nepotismo.

Não é a simples relação de parentesco entre ocupantes de cargos em comissão que caracteriza o nepotismo. Há elementos subjetivos cuja

comprovada inexistência no caso concreto afasta a caracterização da conduta como ofensiva dos princípios da moralidade e da impensoalidade. Somente por inspiração torquemadiana se poderia entender que parentes de terceiro grau, que mantivessem entre si pouco ou nenhum contato, vivessem em locais diversos, trabalhassem em órgãos federais distintos e exercessem cargos em comissão de menor nível hierárquico pudessem um influenciar a nomeação do outro. Mais ilógico ainda seria o quadro, se o nomeado em último lugar ocupasse um cargo superior hierarquicamente ao de seu parente. Alguém poderia ser impedido de exercer o cargo de Secretário Executivo de um Ministério simplesmente porque seu irmão é chefe da seção de almoxarifado da Superintendência da Receita Federal do Brasil no Rio Grande do Sul.

Ao julgar procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, um dos precedentes da Súmula, o STF declarou constitucional o conteúdo da Resolução nº 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que vedou a prática do nepotismo no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, ou, no caso específico do nepotismo cruzado (reciprocidade de nomeações de parentes de autoridades distintas), no âmbito de Tribunais ou Juízos diversos. Assim, a noção de “órgão” parece ter presidido a definição, pelo CNJ, do que constitui nepotismo. Essa nos parece ser uma interpretação muito mais razoável do texto constitucional. É mesmo difícil justificar que, na decisão do precedente, o STF tenha declarado constitucional, com efeito vinculante, uma vedação menos rigorosa e, na edição da Súmula, tenha, com o mesmo efeito vinculante, compreendido que o interdito tem extensão maior.

O terceiro ponto diz respeito à nomenclatura utilizada na Súmula. Ela alude a *cargo em comissão ou de confiança e função gratificada*. A Constituição, no entanto, em seu art. 37, V, faz referência a cargos em comissão e a funções de confiança. A expressão *função gratificada* é utilizada em algumas leis específicas para se referir a espécies de funções de confiança, que, diferentemente dos cargos em comissão, somente podem ser exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo. Consideramos de melhor alvitre utilizar a nomenclatura constitucional.

Por fim, o último ponto problemático é a completa ausência de disciplina específica, no Verbete, para as situações de servidores titulares de cargo efetivo que ocupem cargo em comissão. De acordo com o texto sumular, quem tiver um parente até o terceiro grau ocupando cargo em comissão em órgão federal e for nomeado para exercer cargo efetivo, no mesmo órgão ou em outro da União, estará proibido de exercer cargo em comissão ou função de confiança enquanto o seu parente permanecer no

exercício daqueloutro cargo. Essa situação também nos parece iníqua. A Resolução do CNJ declarada constitucional pelo STF estabelece não constituírem nepotismo, no âmbito do Poder Judiciário:

... as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

Dizer que a Suprema Corte considerou tal ato constitucional significa reconhecer que também a regra de exceção relativa aos servidores ocupantes de cargo efetivo é consentânea com a Carta Magna. A redação da Súmula contraria, pois, seu próprio precedente.

À luz dessas circunstâncias, consideramos necessário apresentar emenda à PEC nº 16, de 2009, tendo em vista que a sua redação se assemelha muito à da Súmula Vinculante em comento, para dirimir as dúvidas quanto à real extensão da proibição do nepotismo e evitar situações iníquas na aplicação dos princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade e moralidade.

Como se sabe, foi com base em tais princípios que a Suprema Corte editou a Súmula Vinculante nº 13. Por óbvio, não se pode tomar a norma expressa em seu enunciado como única solução constitucionalmente possível. Seria demais imaginar que, a partir da simples citação de princípios no texto constitucional, fosse possível extrair, como solução estanque e imodificável, uma regra tão minuciosamente concebida, a ponto de estabelecer inclusive até que grau de parentesco se caracteriza o nepotismo. O poder de legislar foi precipuamente conferido pela Constituição ao Congresso Nacional. Se, a partir de todos os preceitos abertos que integram a Lei Maior, o STF pudesse eleger uma alternativa de aplicação com caráter abstrato e força vinculante, insusceptível de se submeter a disciplina diversa, mesmo pelo constituinte derivado, teríamos um quadro no qual os órgãos aos quais a Constituição atribui o poder de legislar seriam dispensáveis, o que se afigura de todo absurdo. Nesse contexto, é oportuno trazer à baila a lição de Gustavo Zagrebelsky (*El derecho díctil*, Madrid: Trotta, 2007, p. 152-3), eminente constitucionalista e ex-juiz da Suprema Corte Italiana:

O reconhecimento da legislação como função originária e não derivada depende necessariamente de que a Constituição se conceba não como um sistema fechado de princípios, mas como um contexto aberto de elementos, cuja determinação histórico-concreta, dentro dos limites de elasticidade que tal contexto permite, é deixada ao legislador. Só assim é possível que a existência de uma Constituição que contém princípios substantivos não contradiga o pluralismo, a liberdade da dinâmica política e a competição entre propostas alternativas. Pensar o contrário não só representa uma manifestação de soberba dos juristas, mas também constitui um risco “holístico” de asfixia política por saturação jurídica. A Constituição se colocaria contra a democracia.

Em um risco de uso alternativo do direito incorre também a Corte constitucional quando pretende decidir as questões de constitucionalidade sem limitar-se a eliminar a lei inconstitucional e a diferir ao legislador a aprovação de uma nova regra. Quando a própria Corte estabelece a regra que extrai diretamente da Constituição e a indica sem nenhuma alternativa, termina dando uma interpretação fechada do marco constitucional, debilitando os direitos do legislador e o caráter político de sua função e reduzindo suas leis a tímidas propostas facultativas.

Justificam-se assim as reservas não somente em relação às chamadas sentenças-leis, mediante as quais a Corte constitucional determina a norma conforme com a Constituição que deve substituir a declarada inconstitucional, mas também em relação às motivações das sentenças constitucionais que constrangem e limitam excessivamente a pluralidade de eleições legislativas futuras e em relação aos mandatos dirigidos ao legislador que às vezes estabelecem os juízes constitucionais. ...

Em síntese: o legislador deve resignar-se a ver suas leis tratadas como “partes” do direito, e não como “todo o direito”. Todavia, pode pretender, tanto dos juízes como da Corte constitucional, que se mantenham abertas as possibilidades de exercitar seu direito a contribuir politicamente à formação do ordenamento jurídico. Se esse direito não se respeitar, talvez tenhamos um Estado mais constitucional, porém desde logo já não teremos um Estado constitucional democrático.

Se isso pode ser dito a respeito da atividade do legislador ordinário, *a fortiori* deve ser respeitada a decisão do poder constituinte derivado, sobretudo quando as únicas limitações materiais a que se sujeita são as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Carta Política.

Em conclusão, apresentamos emenda com o objetivo de aperfeiçoar o texto da PEC e evitar que a sua redação dê margem a interpretações equivocadas quanto ao real alcance da proibição ao nepotismo.

III – VOTO

Ante o exposto, votamos pela constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 16, de 2009, e, no mérito, pela sua aprovação, com a seguinte emenda:

EMENDA Nº – CCJ

Dê-se ao art. 37 da Constituição Federal, alterado pelo art. 1º da Proposta de Emenda à Constituição nº 16, de 2009, a seguinte redação:

“Art. 37.

XXIII – é vedada a nomeação para cargo em comissão, ou a designação para função de confiança, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de agente político, de servidor ou de empregado público investido em cargo em comissão ou função de confiança do mesmo órgão ou, no caso da Administração Indireta, da mesma entidade, compreendido na proibição o ajuste mediante designações recíprocas de cônjuges, companheiros ou parentes de agentes políticos, servidores ou empregados de órgãos ou entidades distintos.

§ 13. Excluem-se da vedação do inciso XXIII do *caput* deste artigo a nomeação para cargo em comissão e a designação para função de confiança, quando o nomeado ou designado, cumulativamente:

I – for ocupante de cargo ou emprego efetivo do quadro de pessoal do órgão ou entidade;

II – não esteja, mediata ou imediatamente, subordinado hierarquicamente ao agente político ou servidor determinante da incompatibilidade.

§ 14. Inclui-se na vedação do inciso XXIII do *caput* deste artigo a nomeação, salvo se decorrente de processo eletivo, de cônjuge, companheiro ou parente de agente político para integrar conselho público na respectiva esfera de governo. (NR)”

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator