



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINE PEREIRA JANUÁRIO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E NEPOTISMO: O (DES)RESPEITO À
SÚMULA VINCULANTE N. 13 NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS
GERAIS**

LAVRAS – MG

2019

CAROLINE PEREIRA JANUÁRIO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E NEPOTISMO: O (DES)RESPEITO À
SÚMULA VINCULANTE N. 13 NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS
GERAIS**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como
parte das exigências do curso de
graduação em Direito.

Orientador (a): Prof. Me.
Guilherme Scodeler de Souza
Barreiro.

LAVRAS – MG

2019

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

- J35j Januário, Caroline Pereira.
 Judicialização da política e nepotismo: o (des) respeito à
 súmula vinculante n.13 no tribunal de justiça de Minas Gerais /
 Caroline Pereira Januário; orientação de Guilherme Scodeler de
 Souza Barreiro. -- Lavras: Unilavras, 2019.
 47 f.
- Monografia apresentada ao Unilavras como parte das
 exigências do curso de graduação em Direito.
1. Nepotismo. 2. Judicialização da política. I. Barreiro,
 Guilherme Scodeler de Souza (Orient.). II. Título.

CAROLINE PEREIRA JANUÁRIO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E NEPOTISMO: O (DES)RESPEITO À
SÚMULA VINCULANTE N. 13 NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS
GERAIS**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte
das exigências do curso de
graduação em Direito.

APROVADA EM: 02/10/2019

ORIENTADOR

Prof. Me. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro / UNILAVRAS

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira / UNILAVRAS

LAVRAS – MG

2019

RESUMO

Introdução: O presente trabalho pretende analisar a atuação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na aplicação da Súmula Vinculante n. 13, que veda casos de nepotismo dentro da Administração Pública, compreendendo a judicialização da política a partir desse caso específico para que não se possa ter o desvio de finalidade dentro da Gestão Pública. **Objetivo:** Compreender a atuação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no que concerne ao (des)respeito à súmula vinculante supracitada, editada pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, inicialmente, busca-se o intento de conceituar o fenômeno da judicialização, bem como compreender o instituto da Súmula Vinculante e sua consequente constitucionalidade, para que, só assim, possa-se vislumbrar na prática do Tribunal Mineiro ao dirimir questões que versam sobre a prática do nepotismo. **Metodologia:** O método proposto é do tipo estudo de caso, haja vista o projeto focar na judicialização da política nas Administrações Públicas municipais a partir dos casos, envolvendo a súmula vinculante 13, decididos pelo Tribunal estadual. Assim, optou-se pela profundidade da análise em detrimento de uma generalização. **Resultados:** Os resultados apontados ao longo da pesquisa se resumem à grande de casos que apontam a irregularidade de nepotismo na esfera da administração pública, mesmo após a edição da Súmula Vinculante n.º 13. No entanto, processos foram ajuizados contra cargos políticos, o que de acordo com a atenuação da incidência da súmula decidida na Reclamação 6.650, não se enquadra nos termos que vedam o nepotismo. **Conclusão:** Desta forma, é possível concluir que, espantosamente, mesmo após a edição do instituto, ainda assim percebemos o quão recorrente é esse distúrbio na Administração Pública e que, portanto, deve ser combatido veementemente, para que não se possa ter uma administração comprometida, de maneira que se torne um negócio familiar.

Palavras-chaves: nepotismo, judicialização da política, súmula vinculante 13, poder judiciário, administração pública.

ABSTRACT

Introduction: This paper aims to analyze the performance of the Court of Justice of Minas Gerais in the application of Binding Precedent no. 13, which prohibits cases of nepotism within the Public Administration, including the judicialization of the policy from this specific case so that one cannot have the deviation of purpose within the Public Management. **Objective:** To understand the performance of the Court of Justice of Minas Gerais with respect to (dis) respect to the binding summary above, issued by the Supreme Federal Court. However, initially, the intention is to conceptualize the phenomenon of judicialization, as well as to understand the institute of the Binding Precedent and its consequent constitutionality, so that, only in this way, one can glimpse the practice of the Mining Court by settling questions that deal with the practice of nepotism. **Methodology:** The proposed method is of the case study type, since the project focuses on the judicialization of the policy in the municipal public administrations from the cases, involving the binding summary 13, decided by the state court. Thus, we opted for the depth of analysis rather than generalization. **Results:** The results of the research are summarized by the large number of cases that point out the irregularity of nepotism in the sphere of public administration, even after the issue of Binding Precedent No. 13. However, cases were filed against political positions, the that according to the mitigation of the incidence of the precedent decided in Complaint 6.650, does not fit the terms that prohibit nepotism. **Conclusion:** Thus, it is possible to conclude that, amazingly, even after the institute's edition, we still realize how recurrent this disturbance in Public Administration is and that, therefore, it must be fought vehemently, so that one cannot have a compromised administration. , so that it becomes a family business.

Key words: nepotism, judicialization of politics, binding legal precedent 13, judiciary, public administration.

LISTA DE SIGLAS

ART. Artigo

CC Código Civil

CF Constituição Federal

STF Supremo Tribunal Federal

TJMG Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 REVISÃO DA LITERATURA	13
2.1. A JUDICIALIZAÇÃO E A SUA INSERÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
2.1.1 Ativismo judicial	19
2.2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SÚMULA VINCULANTE	22
2.2.1 O nepotismo e a Súmula Vinculante n. 13	26
2.3 O (DES)RESPEITO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.....	31
2.3.2 Nepotismo comum	31
2.3.3 Nepotismo cruzado	34
2.3.4 Não incidência sobre cargos políticos	36
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	40
4 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como foco a análise do tema da judicialização em questões políticas no espaço da Administração Pública brasileira, mais precisamente em se tratando de casos ocorridos no Estado de Minas Gerais.

O primeiro recorte dado ao presente trabalho é em torno do fenômeno da judicialização, uma vez que poderá ocorrer em diversas perspectivas. Todavia, tal trabalho se preocupa com a Judicialização da Política.

Dado o próximo passo, é perceptível o protagonismo atribuído ao Poder Judiciário devido ao modelo do constitucionalismo moderno. Alguns desses efeitos também podem se direcionar ao controle jurisdicional aplicado na Administração Pública, colocando a julgamento questões além de políticas, também morais, presentes no artigo 37 da Constituição Federal.

Assim, o recorte final do presente trabalho referiu-se à atribuição conferida à Suprema Corte brasileira de edição, revisão e cancelamento em suas súmulas vinculantes (art. 103-A) pela Emenda Constitucional n. 45/2004, competência na qual se circunscreve a edição da Súmula Vinculante nº 13 que veda veementemente a prática do nepotismo na Administração Pública.

Pensado o problema, é necessário questionar a seguinte máxima: Como tem sido interpretada a súmula vinculante nº 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Administração Pública a partir dos casos judicializados no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais?

A partir da problematização do assunto em voga, o principal objetivo é compreender a atuação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais frente ao (des)respeito à súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal pelas administrações públicas municipais, desde a edição da mesma, sobre determinados casos em específico, como o nepotismo cruzado, o nepotismo comum e situações em que não incorrem a referida vedação.

No que concerne aos objetivos específicos, ressaltou-se que foram: realização de levantamento de processos, movidos contra as administrações públicas municipais do Estado de Minas Gerais, relacionados à aplicação da súmula vinculante 13 e à vedação ao nepotismo, junto ao TJMG; efetivação de um panorama dos casos

concretos levantados; seleção dentre os casos levantados por critérios de representatividade e relevância jurídica, havendo a consequente análise do conteúdo decisório; ainda nesses casos separados, restou analisada a argumentação utilizada pelas partes envolvidas nos processos, identificando as questões discutidas na teoria e na prática acerca das súmulas vinculantes, da moralidade administrativa e da vedação ao nepotismo, todas relacionados à súmula vinculante 13.

Quanto à justificação para a realização do trabalho em questão, é preciso salientar que o fenômeno da Judicialização não é novo, mas a preocupação científica e os estudos acerca de seus fatores e consequências é relativamente recente. Outro enfoque do trabalho são as súmulas vinculantes, fenômeno ainda mais recente, pois inserido no contexto brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004). Ainda nessa perspectiva, a súmula vinculante 13 foi aprovada e publicada pelo Supremo Tribunal Federal em 29 de agosto de 2008. Diante desses aspectos fica evidente a atualidade do tema, haja vista a aplicação da súmula vinculante em debate ter pouco mais de dez anos de vigência.

Com a edição da referida súmula vinculante esperava-se expurgar da realidade brasileira a figura do nepotismo. No entanto, não é o que se verifica. São inúmeros os casos que tomam a mídia diuturnamente¹. Nem mesmo a Justiça brasileira se distancia dessa prática, como se verifica em caso de nepotismo no Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgado pelo Conselho Nacional².

Ainda nesse aspecto da realidade brasileira, em pesquisa realizada com o termo “Súmula Vinculante n. 13”, incluindo o período escolhido (01 de janeiro de 2017 até 31 de dezembro de 2018) para o presente trabalho em opção de “data de julgamento”, o sistema de jurisprudências do TJMG retornou 60 acórdãos. Isso em apenas um dos 27 Tribunais de Justiça locais da Federação.

No que concerne à metodologia usada, certo que esta pretendeu se alinhar à abordagem interpretativa, almejando descrever o problema apresentado e não explica-lo. Essa opção acompanha o objetivo geral de compreender a posição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais frente às questões judicializadas relacionadas a determinados casos de nepotismo na realidade que cerca a Administração Pública municipal.

1 V. <https://bit.ly/2QJeKU2>

2 V. <http://goo.gl/ag852a>.

Levando-se em conta a forma de abordagem do problema posto, pode ser classificada como qualitativa, pois pretende compreender a realidade por meio de estratégias indutivas, utilizando de narrativas limitadas em termos locais (Administrações Públicas municipais), temporais (após a edição da súmula vinculante 13) e situacionais (processos movidos contra os Municípios e que possuem decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais envolvendo a questão da vedação ao nepotismo), desenvolvendo análises a partir desses estudos empíricos.

O método proposto é do tipo estudo de caso (TRIVIÑOS, 1987), haja vista o projeto focar na judicialização da política nas Administrações Públicas municipais a partir dos casos, envolvendo a súmula vinculante 13, decididos pelo Tribunal estadual. Assim, optou-se pela profundidade da análise em detrimento de uma generalização.

No entanto, ainda que limitado aos casos que são levados ao Poder Judiciário, com os objetivos específicos de levantamento e panorama de determinados casos concretos, o intuito foi obter uma visão mais abrangente do problema, das similitudes e distinções pertinentes a cada caso, dentro do Tribunal proposto.

O presente trabalho tem como explorar os conceitos de judicialização da política, bem como sua contrapartida que também pode ser vista como uma forma de ativismo por parte do Poder Judiciário. Assim, busca-se explorar também a constitucionalidade da Súmula Vinculante, para que assim se possa chegar ao conteúdo tratado pela Súmula Vinculante n. 13, a qual veda o nepotismo. Por fim, o trabalho em questão também explorará casos específicos (nepotismo comum, cruzado e a não incidência em cargos políticos) e a consequente aplicação do dispositivo no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Classifica-se como estudo de caso já que atendeu as preferências apontadas por Yin (2010): o pesquisador tem pouco controle sobre o fenômeno pesquisado e foca-se em um fenômeno contemporâneo no contexto da vida real.

Ainda como estudo de caso, o trabalho caracterizou-se como um estudo de casos múltiplos, uma das variantes da possibilidade de estudo de caso (YIN, 2010). Isso se deve ao fato de que cada processo judicial a ser analisado pode ser considerado como um caso.

Como pesquisa teórico-empírica, por usar o método imprescindível da pesquisa bibliográfica que norteará a construção do referencial teórico e que será indispensável no momento da análise das decisões dos Tribunais, referentes aos

argumentos tocantes à moralidade administrativa, nepotismo, eficácia das súmulas vinculantes, dentro outros.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1. A JUDICIALIZAÇÃO E A SUA INSERÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para conceituar judicialização, inicia-se com a perspectiva mundial do fenômeno. A noção de judicialização não é recente. No entanto, o termo é recente, podendo ser creditado à obra organizada por Tate e Vallinder (1995) que utiliza o termo *Judicialization* para referir-se à tese central da coletânea, de que está em andamento uma expansão do poder judiciário nos sistemas políticos do mundo.

Dito isso, pode-se partir para um conceito do termo judicialização. Barroso (2010, p. 5) traz os seguintes dizeres:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. [grifo no original].

E essa expansão é relacionada com os novos arranjos democráticos que se espalham por todo o mundo como o que ocorreu no Brasil a partir da Constituição de 1988.

Mais precisamente, o constitucionalismo democrático emerge a partir da segunda metade do século passado, evidenciando a valorização não somente da formalidade das leis, mas, acima de tudo, a elevação de um conteúdo que visa limitar poderes e garantir direitos, de forma que assim possa haver maior êxito na defesa e concretização de tais preceitos (NOBRE JÚNIOR, 2017).

Luis Roberto Barroso (2010) apresenta o fenômeno da judicialização da política sob a expressão de jurisdição constitucional, responsável pela interpretação e aplicação da norma constitucional mediante os órgãos judiciais.

Outra ocorrência que explica o surgimento das relações hodiernamente judicializadas, é a de que com o aumento exponencial da complexidade das culturas proporcionou evidente expansão estatal e, conseqüentemente, necessidade de regulamentação, desembocando na busca incansável de solução dos conflitos resultantes de determinada sociedade.

Em sociedades primitivas, argumenta Durkheim, a divisão do trabalho entre as pessoas era menos desenvolvida e os vínculos sociais eram mais fortes. Assim, o direito formal não era necessário. Em sociedade mais desenvolvidas, o grau de especialização é maior e há uma divisão do trabalho mais clara entre as pessoas, acompanhada de menor coesão social. O contrato, em vez do *status* ou do escambo, torna-se principal forma de troca entre as pessoas. O aparato estatal deve agora assegurar o cumprimento dos contratos e estabelecer as condições externas para seu uso. Uma classe especial de pessoas – os advogados – surge para negociar e litigar essas relações contratuais mais complexas e cada vez mais presentes na sociedade moderna. (HIRSCHL, 2006, p. 142-143)

Incontestável é o fato de que cada vez mais os tribunais têm se tornado abrangentes, expansivos e, conseqüentemente, “transformando-se em um fenômeno diverso, multifacetado, que vai muito além do conceito – que se tornou corrente – de elaboração de políticas públicas por juízes” (HIRSCHL, 2006, p. 139).

Rodrigo Brandão (2011), em estudo aprofundado sobre as condições da judicialização no caso brasileiro, apresenta a grande cisão teórica acerca do fenômeno da judicialização: conceitualista e funcionalista. A teoria conceitualista trata a judicialização como medida importante na limitação do poder em um Estado demasiadamente amplo; já teoria funcionalista entende que a judicialização é oriunda de uma questão estrutural sobre o sistema jurídico, em que determinado “poder” emerge para conceder a palavra final sobre determinada questão.

No entanto, é importante frisar que as teorias não se resumem somente a tais, mas também enveredando, cada vez mais, em outros métodos explicativos, os quais ele próprio dissecou em seus demais tópicos, como o fato também de que o fenômeno encontra-se intimamente relacionado à democratização (BRANDÃO, 2011).

Tate e Vallinder (1995), expõem a democracia, em primeiro momento, uma grande facilitadora para a expansão do Poder Judiciário, de modo que a transferência de discussões políticas a esse espaço, faz garantir os direitos inerentes à própria população. Logo, é incontestável o fato de que seja muito improvável encontrar a judicialização, principalmente política, de fora das políticas públicas.

Ainda nesse esforço de conceituar judicialização, coligando com seu aspecto constitucional, vale a pena ressaltar o direito fundamental ao acesso à justiça, previsto no artigo quinto da Constituição Cidadã: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 12).

Com isso, pretende-se, desde já, fixar que o Poder Judiciário entra em cena porque é demandado por alguém, seja o cidadão, seja o Ministério Público.

Além disso, a moderna teoria constitucional, que alarga os instrumentos jurídicos de controle da atuação administrativa, como mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, permite e justifica a frequente participação do Judiciário nas questões pertinentes a atuação da Administração Pública (BARREIRO, 2013).

Em consequência, no Brasil, “a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós” (BARROSO, 2009).

Levando em consideração a teoria da separação dos poderes, depara-se aqui com uma clara mutação dos limites entre as funções dos poderes públicos, transferindo ao Judiciário, o que antes era definido em outras instâncias.

Nesse sentido, Edilson Pereira Nobre Júnior (2017) reforça que o simples fato em haver a instrumentalização das leis sobre a liberdade individual, pelo Estado de Direito, não significa que não haja o respeito quanto à divisão funcional do poder, uma vez que até mesmo o ato de elaboração é de competência do Parlamento, órgão este composto por membros os quais foram eleitos através do sufrágio universal, permitida até mesmo interferência do Executivo, a depender do sistema de governo adotado.

Se a judicialização hoje detém de conotação fortemente politizada, deve-se ao advento do constitucionalismo moderno, uma vez que seu poder originário é capaz de transformar uma soberania em poder constituído. Consequentemente, a própria Constituição é quem atribuirá a competência às suas respectivas divisões dentro do Estado Democrático de Direito.

Igualmente o Poder Judiciário, ao Executivo e ao Legislativo também são atribuídas as devidas competências, em que ao Executivo caberá o exercício da política interna e externa, enquanto ao Legislativo a normatização de tais atos. O diferencial desses dois últimos poderes reside no fato de que ambos são constituídos através da escolha popular, isto é, pelo sufrágio, enquanto que ao primeiro não lhe cabe tal locação.

Nesse diapasão, de acordo com o artigo 93, inciso I, da Constituição Federal de 1988, os operantes do Poder Judiciário não são eleitos, isto é, não exercem seu cargo diretamente pela representação popular, mas sim exercendo suas atribuições conforme suas capacidades técnicas.

Com base no exercício de função por operadores que não são, diretamente, representações de um povo dotado de soberania, é que é possível questionar sua legitimidade. Dessa maneira, ao Poder Judiciário é entregue a funcionalidade em se dirimir conflitos, conquanto, em situações excepcionais, o poder em comento se envolve em conflitos por sobre a validade de determinados atos exercidos pelos demais poderes.

Esse fenômeno também é trabalhado na ciência política como emergência da representação funcional, devido à crise da representação política (MOTTA, 2011). Em consequência disso, o Poder Judiciário se demonstra com mais força, ou seja, mais expressividade dados momentos.

Outro termo utilizado pelos estudiosos do assunto é intervenção judicial, que denota certa supremacia do Poder Judiciário, pois garante

[...] ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

Todavia, o poder conferido ao Judiciário deve ser visto com parcimônia, haja vista que por força da própria Constituição, em vista do Estado Democrático de Direito, nenhum poder poderá agir de maneira que deixe à deriva a própria sociedade, isto é, sem que a sociedade possa exercer seu controle, sob pena de colocar os próprios pilares da democracia em risco.

O mundo do direito tem suas fronteiras demarcadas pela Constituição e seus caminhos determinados pelas leis. Além disso, tem valores, categorias e procedimentos próprios, que pautam e limitam a atuação dos agentes jurídicos, sejam juízes, advogados ou membros do Ministério Público. Pois bem: juízes não inventam o direito do nada. Seu papel é o de aplicar normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda quando desempenhem uma função criativa do direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo. Seu trabalho, portanto, não inclui escolhas livres, arbitrárias ou caprichosas. Seus limites são a vontade majoritária e os valores compartilhados. (BARROSO, 2009, p. 21)

Como observado, a temática da judicialização permite uma gama muito extensa de perspectivas de análise. Pode-se analisar a relação entre as instituições, a crise da representação política e ascensão da representação funcional.

Outros trabalhos partem para o estudo de instituições específicas do sistema de justiça ou de instrumentos jurídicos em favor do controle jurisdicional da administração pública. Muitos trabalhos enfocam a judicialização da saúde. Outros estudos analisam os possíveis limites à judicialização.

A temática da judicialização das políticas públicas pode ser analisada, ainda, sob a perspectiva das decisões judiciais dos diversos órgãos do Poder Judiciário (STF, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais de Justiça, dentre outros). O mais recorrente é focar na atuação do Supremo, seja por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ou pelas Súmulas Vinculantes, dentre outros. Essa última inspira o presente trabalho, mas o enfoque não é na atuação da Suprema Corte e sim dos Tribunal de Justiça mineiro a partir da edição de uma súmula vinculante pelo STF como se explicitará.

Retomando o conceito base de judicialização, pode-se observar tamanha relevância e influência desse processo no campo da Administração Pública. Quando há intervenção judicial a atuação administrativa deixa de ser feita por meio da exação de um ato administrativo pela própria Administração e passa a ser transmitida por meio de uma decisão judicial. Muitas vezes esse controle judicial se dá *a posteriori*, anulando atos administrativos produzidos pela Administração. É o caso das nomeações que afrontam o texto da súmula vinculante 13 como se verá.

Uma das causas para esse tipo de fenômeno de abrangência do setor judicial sobre a Administração Pública é dada pela fundamental importância de uma constitucionalização analítica, isto é, a partir de uma definição institucional das carreiras de Estado, que representa incentivos à politização dos juristas, com efeitos do âmbito político que se forma após a Constituinte de 1986 (ENGELMANN, 2011, p. 195).

De forma mais sucinta, Barroso (2009, p. 7) destaca três causas para o fenômeno da judicialização: i) a presença de um Judiciário forte ante a presença da democracia; ii) a desilusão com a política majoritária em função da crise da funcionalidade do parlamento; iii) atores políticos elegem o Judiciário como uma

instância capaz de sanar os problemas que hajam desacordo moral dentro de uma sociedade.

De acordo com Fabiano Engelmann, o fenômeno deve ser reforçado pelas características que se assumiram após a década de 1990 no Brasil, quando entra em pauta, tamanha necessidade de se governar a partir da nova Constituição de 1988, ou seja, o monopólio de interpretação de agentes públicos estão “de acordo com a Constituição” sendo remetidos cada vez mais às instâncias de ordem superior, como no Supremo Tribunal Federal (ENGELMANN, 2011, p. 196-197).

Sobre essa ideia de constitucionalização no espaço brasileiro, nas palavras de Luís Roberto Barroso,

A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública, com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. (BARROSO, 2015, p. 412)

Para explicar melhor as ideias contidas no trecho de Barroso, é pertinente ressaltar que é mais do que evidente a constitucionalização da Administração Pública, uma vez que na Constituição Federal de 1988 sucede um único capítulo para as definições jurídicas do assunto. Em exemplo disso e do próprio objeto em trabalho, faz-se mostrar o artigo 37 da Constituição de 1988:

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, ao seguinte: (EC no 18/98, EC no 19/98, EC no 20/98, EC no 34/2001, EC no 41/2003, EC no 42/2003 e EC no 47/2005) [...]
§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988)

De modo observatório, a falta de moralidade com relação ao espaço da Administração Pública, surgiu relacionada ao desvio de poder dentro dessa esfera, ou seja, o uso de atos lícitos para se atingir metas irregulares, no entanto, a imoralidade estaria no objetivo do agente público. Esta seria a hipótese da redução do peso da imoralidade ao de ilegalidade no ato administrativo, isto é, ilegalidade quanto aos fins desse mesmo agente. (DI PIETRO, 2014).

Conforme é demonstrado por Rafael de Oliveira Costa (2015), a moralidade administrativa, de fato, representa um mecanismo constitucional capaz de evitar que ações subjetivas contaminem o verdadeiro propósito daquele operador do cargo público, travando a possibilidade de ações arbitrárias, em função a observância da legitimidade de tais atos.

Dentre os ditames de Maria Sylvia Di Pietro, fica aqui uma importante reflexão a respeito desse entrave entre a legalidade e moralidade administrativa:

Será então que se pode identificar o princípio da legalidade com o da moral administrativa?

Em face do direito positivo brasileiro, a resposta é negativa. A Constituição de 1967 falava, no artigo 82, V, em proibida administrativa, considerando-a crime de responsabilidade do Presidente da República; e a Constituição de 1988, além de repetir aquela norma no artigo 85, V, faz um avanço ao mencionar, no artigo 37, caput, como princípios autônomos, o da legalidade e o da moralidade, e, no § 4º do mesmo dispositivo, punir os atos de improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Por sua vez, o artigo 52, inciso LXXIII, ampliou os casos de cabimento de ação popular para incluir, entre outros, os que impliquem ofensa à moralidade administrativa. Além disso, a Emenda constitucional de Revisão n. 4, de 7-6-94, alterou o § 9º do artigo 14 da Constituição para colocar a proibida administrativa e a moralidade para o exercício do mandato como objetivos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidades (DI PIETRO, 2014, p. 78-79).

Diante disso, a preocupação do legislador constituinte quanto à proteção da moralidade administrativa resta evidente e é nesse sentido que surgirá a súmula vinculante n. 13 que ao vedar a nomeação de parentes para cargos de ingresso sem concurso objetiva exatamente recolocar a atuação administrativa nos trilhos da moralidade.

2.1.1 Ativismo judicial

No mundo hodierno e digital, não encontram-se dificuldades em se deparar com a expressão “ativismo judicial”, considerando que existem decisões aparentemente imperativas pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, mesmo se tratando de uma denominação em muito vislumbrada, seu termo somente surgiu no âmbito brasileiro com a evidente constitucionalização – após o ano de 1988 – enquanto que, já nos Estados Unidos, o termo aqui

recentemente usado em situações acadêmicas, já se despontava desde o início do século XX, denominado *judicial activism* (TEIXEIRA, 2012).

De acordo com Saboia e Santiago (2018), a ideia (ou o termo) emergiu-se com relação direta às dificuldades hermenêuticas sobre a interpretação e aplicação na Constituição americana naquela época, isto é, sintética e abstrata, levando a compreensão de determinado ativismo judicial enquanto um ato discricionário.

Demais disso, é salutar o fato de que na atualidade, com o advento do constitucionalismo, a presença dos freios e contrapesos é fundamental na busca por traçar contornos ao suposto ativismo judicial brasileiro, haja vista que os três poderes existentes, a todo momento, caminham de modo que possam se amparar, para que só assim não exista arbitrariedades seja de quaisquer poderes (Judiciário, Legislativo ou Executivo).

Nessa acepção, Anderson Teixeira (2012), destaca que o ativismo judicial encontra guarita sob dois pontos de vista: estrutural e subjetivo (hermenêutico). O ponto de vista estrutural é moldado por aquilo em que se encontra previsão legal no ordenamento jurídico, ou seja, o direito tutelado. Assim, em havendo o confronto entre a legalidade da norma e o padrão de racionalidade eminentemente político, evidentemente que a decisão política não leva em consideração tão somente a necessidade de tutela, mas busca avaliar também os impactos sociais.

Com o intuito de dissecar o problema, mister é a observação sobre a forma mais nociva de ativismo judicial, sendo esta “aquela que vincula o julgador a um setor ou setores sociais específicos, em detrimento de indivíduos cujos interesses se encontram juridicamente protegidos, os quais teriam no Judiciário o espaço derradeiro para a sua proteção” (TEIXEIRA, 2012, p. 48).

Em contrapartida, Sílvio Dobrowolski (1995), ressalta a necessidade incessante do controle da legalidade sobre a Administração Pública, haja vista que, ante a crescente atividade do Estado contemporâneo, muitas das vezes, a própria Administração Pública excede os limites de atuação em que a lei lhe confere, vindo a violar direitos individuais, de forma que, atos nesse sentido, possam ser corrigidos por aquilo que ele caracteriza como “controle intraorgânico”. Assim, defende que a medida em que cresce a atividade governamental, aumenta-se, conseqüentemente, a tarefa de revisor pelo Poder Judiciário dos atos considerados administrativos.

Denota-se, para tanto, que sua posição assume notável caráter marcado pela necessidade de ascensão do Poder Judiciário, ante o crescimento exacerbado dos demais poderes.

Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sóciopolítica dos dias presentes. É compreensível uma Justiça “quase nula”, ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrentá-los em patamar de igualdade. (sic) (DOBROWOLSKI, 1995, p. 99)

Diante disso, é preciso atentar-se com as posições consideradas demasiadamente radicais, haja vista que havendo a abertura e busca desenfreada pela justiça a todo momento, o próprio Poder Judiciário torna-se “palco” de diversas questões judiciais, isto é, confortando os mais diversos conflitos sociais existentes, sejam eles de grande ou pequeno porte.

Logo, para melhor sanear a problemática e compreender quais são as condutas ativistas que efetivamente lesam o equilíbrio constitucional e a estabilidade interinstitucional, Anderson Vichinkeski Teixeira elenca quatro delas:

1. Atuação como legislador positivo: é a forma mais flagrante de ativismo judicial nocivo, pois decorre de comportamento do Judiciário que tem por fim extrapolar sua condição de imparcialidade e produzir construções normativas incompatíveis até mesmo com o que as modernas técnicas hermenêuticas oferecem em termos de preenchimento de lacunas jurídicas e de resolução de conflitos entre normas.
2. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes: ocorre quando o Judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes. Embora seja uma modalidade sutil de ativismo judicial, uma vez que a quase totalidade das matérias que competem aos Poderes Públicos pode em algum momento ser objeto de exame pelo Judiciário, a conduta deste encontra limites que devem ser respeitados e muitas vezes estão postos pela própria natureza da causa em julgamento.
3. Desconsideração por precedentes jurisprudenciais: ocorre quando, sobretudo em se tratando de precedentes do mesmo Tribunal, a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial. Trata-se também de espécie de ativismo judicial nocivo difícil de ser caracterizada, pois as decisões judiciais são o espaço adequado para que inovações possam surgir, mas tais inovações não podem carecer de sólida fundamentação normativa (não apenas legal) e adequação às exigências do caso concreto.
4. Decisões judiciais viciadas por decisionismo político: já expomos que essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial, pois, antes mesmo de se

conhecer os pormenores do caso concreto, parte-se de predeterminações e predefinições que fogem dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas que o julgador possui. Ou seja, ocorre quando se busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências regulativas do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente. (2012, p. 51)

No entanto, urge salientar que, o problema a ser encarado não se trata da criação de novos direitos por aquele que interpreta a lei, mas sim na extensão dos limites e interpretações conferidas à determinada norma. Em consequência, percebe-se que no modelo constitucional não se tem o juiz como uma máquina de edições de novas normas, mas sim agindo conforme a atuação de lapidação, isto é, aperfeiçoamento de normas já preexistentes, aplicando no caso concreto os princípios básicos que norteiam sua função, quais sejam, de justiça e razoabilidade.

Em se tratando de regramento principiológico, é possível aferir que o juiz, amparado na conduta norteada pelo constitucionalismo, em situações às quais exigem a aplicação de determinados princípios, é básico que este extraia seu significado, sua simbologia implícita, adaptando-se novos padrões a serem seguidos. Logo, este operador não está a praticar uma conduta considerada subversiva ao ato da interpretação, mas sim ressaltando valores já existentes dentro do próprio ordenamento jurídico.

2.2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SÚMULA VINCULANTE

Com o intuito de dar o próximo passo para a formação das nuances principais do presente trabalho, é necessário que seja retomado o conceito de constitucionalização e seus efeitos predominantes, incluindo, a reforma no Poder Judiciário por meio da Emenda nº 45 à Constituição Federal e determinados dispositivos, em exclusivo, a Súmula Vinculante, para que se possa alcançar maior definição do alvo ao objeto em roteiro.

No entanto, primeiramente, é importante notar como o modelo de *judicial review*, presente em caso clássico no Estados Unidos, conferiu o caráter de controle judicial de constitucionalidade, reconhecendo, contudo, a supremacia da Constituição, através da capacidade em se anular leis que são contrárias à Norma Maior, bem como entendendo o Poder Judiciário como o intérprete de tal compilado.

O referido modelo, evidentemente, exerce fundamental importância no Direito Brasileiro, vez que a própria Constituição lhe concede margens para o exercício de tal controle, conforme comentado. Para tanto, a Constituição Federal de 1988 detém do sistema híbrido de controle de constitucionalidade (difuso de modelo norte-americano concentrado de europeu), por força de evidente ampliação no rol de legitimados a propor a ADIN, diante do exposto no art. 103 da própria Carta Maior (SAADI, 1994).

Por meio da referida Emenda Constitucional nº 45, que foi promulgada em 8 de dezembro de 2004 com a determinada função de promover uma reforma no Poder Judiciário brasileiro, gerou uma série de inovações e controvérsias. Dentre essas se encontra o Conselho Nacional de Justiça, federalização dos delitos em violação das normas de direitos humanos, constituindo, uma lista consideravelmente extensa (OLIVEIRA, 2008). No entanto, a de maior destaque devido a sua polêmica trata-se da Súmula Vinculante.

Para melhor compreensão da colocação do dispositivo Súmula Vinculante, do art. 103-A, carece se fazer presente a seguinte transcrição pronunciada pelo Procurador do Estado de Goiás, Bruno Bizerra de Oliveira:

O Excelso Pretório estará autorizado, parece sugerir o novo texto, a editar enunciados da súmula vinculante como uma espécie de corolário do exercício das suas competências sobre matéria constitucional. Tais atos terão por objetivo a validade, a eficácia e a interpretação de normas determinadas, sendo produzidos como resultado de pacificação jurisprudencial alcançada depois de proferidas pelo Superior Tribunal Federal reiteradas decisões sobre a mesma questão jurídica, sempre sob a justificativa de evitar desnecessária multiplicação de processos. (OLIVEIRA, 2008, p. 16).

Por intermédio das palavras do Procurador goiano, é importante que se faça refletir que dado esse mecanismo de editar, revisar e cancelar súmulas que se relacionam ao texto constitucional caminha-se para uma severa crítica ao Supremo Tribunal Federal, alavancando-o a um espécime de legislador. No entanto, para rebater o referido argumento, podemos também perceber que esse dispositivo confere maior segurança aos pronunciamentos judiciais uma vez anteriormente ditos, gerando certa uniformização da jurisprudência nos tribunais. (OLIVEIRA, 2008).

Demais disso, conforme demonstrado por Bernardo de Vilhena Saadi (1994), a súmula vinculante encontra poderoso respaldo jurídico, a título de princípios, como no caso da isonomia, da segurança jurídica e da celeridade processual.

A isonomia é representada pela necessidade constante em se buscar a igualdade, em sentido constitucional, ou seja, a igualdade no momento da aplicação daquilo que se tem pelo direito. Com base nesse regulamento de normas e tratamento igualitário no âmbito institucional, é que a súmula vinculante se funda, trazendo a aplicação de determinado caso concreto e comum, de maneira igualitária a todos, sem que haja distinção, conferindo, para tanto, uma unificação dos sentidos.

A segurança jurídica tem intrínseco caráter subjetivo, ao passo em que se funda na confiança daquela resposta a qual é entregue à sociedade com relação a determinadas condutas, de forma que as expectativas vão ao encontro com esse ideal buscado na segurança jurídica. Assim, têm-se então a percepção, ao menos sobre aquilo em que possa parecer palpável, no que tange às normas existentes no ordenamento jurídico – proibição e permissão. Tal característica para a súmula vinculante ressaí, de mesmo modo, incontestemente, uma vez que o mecanismo conferido pela vinculação de quaisquer julgados que sejam, ensejam em melhor vislumbre de segurança jurídica, ou seja, de ante mão, espera-se comportamento já previsto pelo judiciário, de modo que não surpreenda em suas decisões (OLIVEIRA, 2008).

Por fim, a celeridade processual também ressaí como pilar fundamental na construção da constitucionalidade e na força oriunda da súmula vinculante, haja vista que indiscutivelmente a ausência de celeridade processual sempre atormentou o judiciário brasileiro. Um dos motivos principais na morosidade judiciária tem a ver com a quantidade de processos com casos idênticos.

Conforme expõe Alexandre de Moraes (2016, p. 834), a *vacatio legis* sobre o procedimento direto da Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal e da Lei n. 11.417/06, é de três meses, guarneendo do seguinte regimento interno do STF:

órgão competente: somente o Supremo Tribunal Federal poderá editar súmulas vinculantes;

objeto: a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas;

legitimidade: as súmulas vinculantes poderão ser editadas de ofício ou por provocação de qualquer dos colegitimados para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade que possuem legitimação constitucional, ou seja, pelo Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Governadores de Estado ou do Distrito Federal, Mesas das Assembleias Legislativas, Procurador-Geral da República, partido político com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de

classe de âmbito nacional (CF, art. 103, I a IX). A Lei nº 11.417/06 ampliou a colegitimação para a propositura de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, estendendo essa faculdade ao Defensor Público da União, aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Militares (legitimação legal). Conferir, em relação a essa legitimidade, Capítulo 12, item 10.3, inclusive no tocante à pertinência temática, que entendemos deva ser integralmente aplicada para a provocação de edição de súmulas vinculantes;

controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica: esse requisito deixa clara uma das finalidades dessa nova previsão constitucional, qual seja, a garantia da segurança jurídica, ao exigir a necessária discussão sobre os múltiplos argumentos jurídicos, antes de o Supremo Tribunal Federal editar uma súmula, pois, como salientado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, “as súmulas vinculantes serão elaboradas com base na maturidade do trabalho jurisprudencial, fruto de lenta e prolongada atividade técnica dos juízes, de muitas e longas discussões, da observação atenta de casos repetidos”.

relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica: aqui, a EC nº 45/04, com a exigência desse requisito, expôs a segunda importante finalidade das súmulas vinculantes, a preservação do princípio da igualdade, ou seja, a necessidade de uma mesma interpretação jurídica para uma questão idêntica que se repete em diversos processos, além de procurar efetivar o princípio da celeridade processual, consagrado no art. 5º, LXXVIII, e impedir a eternização de conflitos cujo posicionamento jurídico o STF já definiu;

atuação do Procurador-Geral da República, que deverá manifestar-se previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, nas propostas que não houver formulado;

Amicus Curiae: nos termos do § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417/06, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (conferir em relação ao amicus curiae, Capítulo 12, item 10.8);

quorum qualificado de votação: a edição, revisão ou cancelamento de enunciados de súmulas vinculantes exige a maioria de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária;

efeitos vinculantes com eficácia imediata (conferir em relação à vinculação dos efeitos, Capítulo 12, itens 10.9 e 13.6);

possibilidade de manipulação dos efeitos gerados pelas súmulas vinculantes: o art. 4º da Lei nº 11.417/06 admitiu a modulação ou limitação temporal de efeitos na edição das súmulas vinculantes, estabelecendo que, por decisão de 2/3 de seus membros, o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (conferir Capítulo 12, item 10.9);

publicação do enunciado da súmula vinculante: no prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o STF publicará, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Diante disso, o instituto constitucional da súmula vinculante, claramente, garante de todas as razões perceptíveis para externar normas e entendimentos sobre o conflito que assim o demandar, uma vez que cumpre com sua função institucional, constitucional e social.

2.2.1 O nepotismo e a Súmula Vinculante n. 13

Nessa percepção, cabe aqui adentrar, especificamente, na Súmula Vinculante nº 13, que surge para obstar as polêmicas e ditames de jurisprudências anteriores referentes à vedação ao nepotismo.

A Súmula Vinculante n. 13 evidencia o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre um determinado fator, de uma prática comum na Administração Pública, não contando especialmente com qualquer tipo de prescrição normativa constitucional.

Apreendido então, que, a partir de 29 de agosto de 2008, a respeito do tema referido, publicou-se no Diário Oficial da União a Súmula Vinculante n. 13, do Supremo Tribunal Federal, fixando a vedação da prática do nepotismo no espaço da Administração Pública, isto é, no espaço do serviço municipal, estadual, federal. Conseqüentemente, desde a data da criação da Súmula Vinculante n. 13, os diversos tribunais superiores já estão atuando sobre seus efeitos, submetendo o Judiciário e a Administração Pública.

No mais, é de suma importância transcrever os ditos sumulares em questão:

Súmula Vinculante nº 13

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. (BRASIL, 2008)

Observando-se atentamente ao dispositivo da Súmula Vinculante n. 13, entende-se que o procedimento de nomeação de cônjuges ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, depreende-se como afronto aos preceitos da Constituição Federal, considerando que exista a nomeação em função gratificada na Administração

Pública, em que a autoridade com capacidade nomeante, faz uso de sua determinada colocação para investir em cargos de comissão ou de confiança. Com respeito à finalidade, de modo implícito ao documento, temos que a Administração Pública deve ser impessoal, em que o agente público mire apenas no interesse público, abdicando de interesses pessoais e familiares (MORAES, 2006).

De acordo com o Código Civil Brasileiro, a Súmula Vinculante n. 13 não se estende a todos os parentes consanguíneos da autoridade nomeante, sendo o limite basilar de terceiro grau em que pauta a vedação de investimentos de cargos instruídos no nepotismo. Prescrevendo-se então a seguinte ordem de acordo com seu presente artigo 1.592:

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra. (BRASIL, 2002)

Conforme o explícito no Código Civil Brasileiro – no art. 1592 – são vedados de acordo o documento sumular que discorre sobre o nepotismo, por consanguinidade em 1º grau, os filhos, pai e mãe do servidor da pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento; em 2º grau situam-se os irmãos, avós e netos; e por último em 3º grau fixam-se primos, sobrinhos, bisavós e bisnetos. Assim, todos estão inclusos nos contornos dados pela Súmula Vinculante nº 13, não podendo ser nomeados para função de cargos comissionados ou de confiança.

Sobre a Súmula Vinculante n. 13, Emerson Garcia (2003), Promotor de Justiça no Rio de Janeiro, assevera que o nepotismo afronta o princípio da moralidade, inclusive no senso comum pois transforma a administração pública em negócio de família.

Por meio do princípio da moralidade aqui persistente, não basta ao administrador o simples cumprimento da exata legalidade, devendo ele respeitar os princípios morais e éticos de razoabilidade e justiça (MORAES, 2006), uma vez que está explícita na Constituição Federal de 1988 no âmbito da Administração Pública.

Quanto à essência constitucional em correlação à vedação ao nepotismo, Moraes se posiciona da seguinte forma:

Portanto, me parece claro que a vedação ao nepotismo tem substrato constitucional - como verificamos no STF, na ADIN/RS, medida cautelar n. 1.521, Rei. Min. Marco Aurélio, DJ, 17-3-2000 e no TCU, 2a T, rei. min. Adylson Motta, Acórdão n. 393, de 18-3-2004 - e, conseqüentemente, sua

vedação teve início na data de 5 de outubro de 1988, independentemente de qualquer legislação posterior. (MORAES, 2006, p. 304)

Concomitante a uma determinada norma jurídica em que veda a admissão de parentes para cargos comissionados legalmente e o descumprimento desta mesma norma, ter-se-á a violação ao princípio da legalidade e uma considerável inclinação à prática de improbidade administrativa (Lei nº 8429/92). Portanto, através de sua função institucional, a presente lei dispõe sobre as penas impostas aos “agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

A modo conclusivo, Emerson Garcia (2003, p. 3) finaliza em seus dizeres da seguinte maneira:

Identificada a aparente ocorrência do nepotismo, prática de todo reprovável aos olhos da população, devem ser apuradas as causas da nomeação, as aptidões do nomeado, a razoabilidade da remuneração recebida e a consecução do interesse público. A partir da aferição desses elementos, será possível identificar a inadequação do ato aos princípios da legalidade e da moralidade, bem como a presença do desvio de finalidade, o que será indício veemente da consubstanciação de ato de improbidade.

Mas mesmo com a edição da Súmula Vinculante n. 13, são recorrentes casos de nomeação de parentes na administração pública brasileira, tornando este um dos assuntos mais atuais, polêmicos e inesgotáveis, principalmente no que tange à clandestinidade das nomeações ilegalmente realizadas.

No entanto, apesar da edição da Súmula Vinculante n. 13, o STF optou por não esgotar as possibilidades de nepotismo, conforme apontam as jurisprudências (MS 31.697 e Rcl 15.451 AgR).

Ao editar a Súmula Vinculante 13, a Corte não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, dada a impossibilidade de se preverem e de se inserirem, na redação do enunciado, todas as molduras fático-jurídicas reveladas na pluralidade de entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios) e das esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), com as peculiaridades de organização em cada caso. Dessa perspectiva, é certo que a edição de atos regulamentares ou vinculantes por autoridade competente para orientar a atuação dos demais órgãos ou entidades a ela vinculados quanto à configuração do nepotismo não retira a possibilidade de, em cada caso concreto, proceder-se à avaliação das circunstâncias à luz do art. 37, *caput*, da CF/1988. (BRASIL, 2014)

A redação do enunciado da Súmula Vinculante 13 não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo da Administração Pública, uma vez que a tese constitucional nele consagrada consiste na

proposição de que essa irregularidade decorre diretamente do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, independentemente da edição de lei formal sobre o tema. (BRASIL, 2014)

Logo mais, conforme observado, o Supremo Tribunal Federal optou por não exaurir todas as possibilidades de nepotismo, haja vista clara dificuldade na inserção de todas as formas de nepotismo, bem como as delimitações das configurações. Nesse sentido, caberá a cada tribunal julgar conforme o caso concreto, isto é, avaliar se naquele caso analisado está incorrendo as maneiras, condutas, contrárias ao que o enunciado da súmula vinculante 13 prevê e, fundamentalmente, ao que encontra-se disposto no teor do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Obviamente, o STF também se preocupou em mencionar que a edição de atos regulamentares ou vinculante, por autoridade competente para orientar a atuação dos demais órgãos, não retira a possibilidade de análise do caso concreto, ou seja, não retira dos tribunais a possibilidade em se verificar cada caso à luz daquilo que a Constituição preconiza no artigo supramencionado.

Além disso, o STF também se manifestou acerca da caracterização objetiva de nepotismo em razão de parentesco para nomeação na mesma pessoa jurídica, se forma que não se revela necessária a demonstração da intenção em se violar aquilo que é vedado pela Constituição Federal de 1988 ou obtenção de qualquer benefício para caracterizar o nepotismo por quem exerça poder na esfera pública.

Pelos documentos citados, tem-se que o irmão do impetrante fora investido no cargo de Juiz Federal quando o impetrante foi nomeado para exercer função comissionada no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. (...) Não prospera, portanto, o argumento de que seria necessária comprovação de “vínculo de amizade ou troca de favores” entre o irmão do ora impetrante e o desembargador de quem é assistente processual, pois é a análise objetiva da situação de parentesco entre o servidor e a pessoa nomeada para exercício de cargo em comissão ou de confiança na mesma pessoa jurídica da Administração Pública que configura a situação de nepotismo vedada, originariamente, pela Constituição da República. Logo, é desnecessário demonstrar a intenção de violar a vedação constitucional ou a obtenção de qualquer benefício com o favorecimento de parentes de quem exerça poder na esfera pública para que se estabeleça relação de nepotismo. (BRASIL, 2014)

Além disso, cabe também a necessidade em demonstrar potencial de interferência em seleção de candidato a cargo de direção, chefia ou assessoramente para configuração de nepotismo. Logo, mesmo não querendo esgotar todos os assuntos concernentes às possibilidades na configuração do nepotismo na

Administração Pública, ainda assim, em jurisprudência relacionada, restaram definidos critérios de conformação nos casos de nepotismo: ajuste mediante designações recíprocas; relação de parentesco entre pessoa nomeada e autoridade nomeante; relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo a quem estiver subordinada; e relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica sobre autoridade nomeante.

Ao editar a Súmula Vinculante 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. A incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante 13 com o art. 37, *caput*, da CF/1988 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção. (BRASIL, 2016)

Não se pode perder de vista que o precedente representativo da Súmula Vinculante 13 é o resultado produzido pela declaração de constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (...). Sobre o alcance do ato normativo acima transcrito, já me manifestei, enquanto Conselheiro Nacional de Justiça, em situações envolvendo o Poder Judiciário, considerando *NECESSÁRIA a presença de vínculo de subordinação entre dois cargos de comissão de assessoramento, exercidos por parentes, para configurar o nepotismo(...)*. Na presente hipótese, tem razão a reclamante. Essa premissa deixou de ser considerada pelo ato reclamado (...). Como se vê, o caso acima envolve nomeação de pessoas que, apesar de parentes entre si, não guardam nenhum parentesco com a autoridade nomeante, nem qualquer vínculo de subordinação entre elas. Inclusive, integram os quadros de pessoas jurídicas distintas. Sendo, portanto, indevida a aplicação da Súmula Vinculante 13 no caso. (BRASIL, 2018)

Compreendidas determinadas relações na configuração e enquadramento sobre os casos de nepotismo presentes na Administração Pública, passa-se, agora, à análise de alguns casos judicializados, com o intuito de demonstrar que mesmo com a fixação dos parâmetros acima mencionados, a Administração Pública, por muitas vezes, não respeita os aspectos constitucionais, não entendendo a ilegalidade sobre o objeto.

2.3 O (DES)RESPEITO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Apesar de ser, aparentemente, clara a redação da SV n. 13, muitas dúvidas são geradas a partir de seu texto, uma vez que as doutrinas revelam-se escassas, o que demonstra a necessidade de uma abordagem um tanto quanto sistemática do assunto.

Assim, “dada a multiplicidade de situações possíveis e a dificuldade de traçar os limites conceituais de nepotismo dentro de uma retórica jurídica, é preciso muita cautela para selecionar, a partir de critérios guiados pela razoabilidade” (RODRIGUES, 2012, p. 205).

Para que seja possível vislumbrar melhor os casos na prática, conforme o objetivo traçado, determinados casos práticos serão de extrema valia para cumpri-lo. Dessa forma, foram elencadas três situações que merecem destaque: o nepotismo “comum”, o nepotismo cruzado e a não incidência em casos de nomeação para cargos políticos.

2.3.2 Nepotismo comum

Como anteriormente percebido, o nepotismo, a grosso modo, consiste na “concessão de privilégios ou de cargos na administração pública sob o exclusivo influxo dos laços de parentesco” (RODRIGUES, 2012, p. 205), de modo que, na prática da administração pública, pode ser considerado como o favorecimento de parentes no serviço público, conferindo-lhes também outros favores.

No entanto, a polêmica reside no fato de que, à luz da Constituição, o STF entendeu, através da Súmula Vinculante 13 se tratar de imoral, desprovida de legalidade. Contudo, como se perceberá em breve, por se tratar de súmula vinculante, por diversas vezes, seu texto não é mormente respeitado, por diversos fatores os quais serão destacados a medida em que tais casos práticos forem analisados.

O primeiro caso a ser tratado, cuida-se de reexame necessário em sentença de mandado de segurança, de relatoria do Desembargador José Eustáquio Pereira.

DO IMPETRANTE PARA O CARGO - INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE AS POSIÇÕES - NÃO CARACTERIZAÇÃO - SENTENÇA CONFIRMADA. 1. A relação de parentesco, por si só, entre o impetrante, ocupante do cargo de Diretor de Informática do Município de Congonhas, e seu sobrinho, Diretor de Esportes do mesmo município, não é suficiente para a configuração do nepotismo. 2. Nestes casos, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se firmado no sentido de ser imprescindível a presença de vínculo de subordinação entre os cargos exercidos por parentes, para configurar o nepotismo. 3. Sentença confirmada, em reexame necessário. (MINAS GERAIS, 2019)

Conforme se depreende do presente caso, em sentença proferida em autos de mandado de segurança impetrado por Wanderson Ferreira Leão, contra ato do Prefeito Municipal de Congonhas, a ordem fora rogada, de modo que houve a confirmação da liminar que determinou a reintegração do impetrante no cargo anteriormente exercido, por entender que não houve a prática de nepotismo.

Além do mais, ressaí que o impetrante afirma que a exoneração do cargo levou em consideração, outro cargo, a ser exercido por seu sobrinho, lotado na Secretaria de Esportes e Lazer, onde exerce a função de Diretor de Esportes, ressaltando não incidir em prática de nepotismo, pois não existe relação entre tais cargos, tampouco subordinação ou hierarquia funcional.

Acontece que, no presente caso, o TJMG não atendeu aos pressupostos os quais a própria Súmula Vinculante 13 trata, mas atentando-se tão somente às orientações que o próprio STF deu ao tratar de um suposto caso de nepotismo, avaliando os critérios trazidos pela própria Corte em determinado entendimento.

Nesse sentido, confirmaram a sentença, não havendo que se falar em ocorrência de nepotismo, pois não restou comprovada a relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante, a relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento, e também a relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante.

Em caso semelhante, o TJMG decidiu de maneira também parecida, em um agravo de instrumento interposto em ação civil pública, a qual discute a existência de relação afetiva entre o filho do presidente da Câmara dos Vereadores e servidora.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MUNICÍPIO DE ESMERALDAS - NEPOTISMO - FILHO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS VEREADORES - SERVIDORA EM CARGO COMISSIONADO - UNIÃO ESTÁVEL - PARENTE POR AFINIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO - SUSPENSÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO -

IMPOSSIBILIDADE. - A existência de relação afetiva entre o filho de presidente da Câmara dos Vereadores e servidora, por si só, não é fundamento suficiente para o reconhecimento da prática de nepotismo. - A concessão de medida liminar de afastamento do cargo em virtude de prática de nepotismo exige, a princípio, a comprovação do vínculo de parentesco entre a pessoa nomeada e o agente público que a nomeou. (MINAS GERAIS, 2019)

O agravo de instrumento foi interposto por Ranaly Silva Elias, em face do Ministério Público, contra decisão que deferiu liminar para suspender ato de nomeação da agravante, para o cargo de assessora técnica consultiva, sob pena de responsabilização pessoal do agente público.

Nesse diapasão, a agravante alega que sua primeira nomeação para o cargo de provimento em comissão, não foi efetuado pelo vereador considerado seu sogro na atualidade, mas sim pelo Presidente da Câmara. Assim, conforme o que preconiza o art. 1.595, do Código Civil, a agravante seria tão somente, parente por afinidade do vereador, que exerceu cargo de Presidente da Câmara dos Vereadores em um dos anos que a impetrante foi nomeada como assessora.

No entanto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mais uma vez, escolheu pela não caracterização do nepotismo, haja vista que em razão da nomeação da agravante pelo sogro, em cargo comissionado da Câmara Municipal, ela encontra-se em exercício no cargo no ano de 2018, ocorrida a nomeação pelo atual presidente, que não é seu sogro.

Destarte, o entendimento traçado pelo TJMG resume tão somente ao fato de que não foi demonstrado nexos entre o cargo comissionado ocupado pela agravante, no momento do recurso, e sua relação de parentesco com o vereador considerado seu sogro, haja vista que exerceu a presidência da Câmara antes mesmo de 2014.

Mais uma vez, o TJMG se abstém em casos que são evidentemente de nepotismo, mesmo que diante de conteúdo probatório considerado frágil, pois, conforme se depreende do próprio caso, mesmo que não haja a nomeação direta de autoridade com capacidade para nomeação, a atribuição a determinado cargo, poderá ser feita por outra autoridade competente que não seja aquela que se encontra em relação de parentesco.

Esse tipo de nepotismo pode ser considerado como nepotismo indireto, ocorrendo quanto “a autoridade, dotada de poderes para tanto, nomeia parentes de subordinados seus” (RODRIGUES, 2012, p. 2010).

Tais entendimentos, ao se limitarem tão somente à presença de critérios no conteúdo probatório, apenas atestam que ainda hoje, com a edição da SV 13, as práticas de nepotismo são permitidas e perpetuadas na Administração Pública, em que o negócio em família poderá ser exercido livremente, sem que reste prejuízo às partes envolvidas.

2.3.3 Nepotismo cruzado

O nepotismo cruzado, considerado também para João Gaspar Rodrigues (2012) como nepotismo dissimulado ou por reciprocidade, pode ser considerado como troca de favores, isto é, um acordo que garante nomeações recíprocas entre determinados cargos do Estado. A título de exemplo, seria no caso do prefeito de determinada cidade contratar um parente do presidente da Câmara e este, conseqüentemente, nomeia um parente do prefeito.

Tais casos também são amplamente recorrentes na Administração Pública, entendida como a modalidade mais difícil em se construir um lastro probatório no momento de afirmar a existência de tal prática. No entanto, é preciso observar também a forma como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem analisado, com o objetivo de se fazer perceber se houve ou não o respeito à prática que também é vedada pela Súmula Vinculante n. 13.

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. CARGOS COMISSIONADOS. RELAÇÃO DE HIERARQUIA ENTRE OS CARGOS OCUPADOS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO E LEGISLATIVO. AUSÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DO IMPETRANTE AO CARGO DE CHEFE DE GABINETE PARLAMENTAR. POSSIBILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. SENTENÇA MANTIDA. I. A mera existência de relação de parentesco entre o impetrante, nomeado para o cargo em comissão de Chefe de Gabinete Parlamentar e sua tia nomeada para o cargo em comissão de Diretora Escolar não se basta para configurar nepotismo, eis que ausente qualquer demonstração de relação de hierarquia entre os cargos ocupados (Súmula Vinculante 13 do STF. Inaplicabilidade). II. Afastada a prática de nepotismo cruzado, há de ser mantida a sentença que determinou a reintegração do impetrante ao cargo de Chefe de Gabinete Parlamentar no âmbito do Município de Congonhas. (MINAS GERAIS, /2019)

Em caso semelhante ao visto anteriormente, este julgado, também remessa necessária, também de recurso de apelação, proposta pelo Ministério Público, contra

sentença proferida, a qual concedeu segurança rogada, afim de determinar a autoridade coatora que reintegre o impetrante no cargo de Chefe de Gabinete Parlamentar da Câmara Municipal de Congonhas.

O Ministério Público, através de inquérito civil, teria apurado a prática de nepotismo cruzado, haja vista que Marcos Paulo foi nomeado para cargo em comissão de Chefe de Gabinete Parlamentar, enquanto sua tia, Helen Maria, foi nomeada para o cargo em comissão de Diretora Escolar. Alegou, por bem, que a SV 13 aplica-se em todas as esferas da Administração Pública, bem como a incidência do referido verbete em caso de nomeação de cargo político em decorrência de nepotismo cruzado.

Ocorre que, mais uma vez, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entende no sentido de ausência de comprovação sobre o nepotismo considerado cruzado. Destarte, o voto menciona também que, ainda que possível considerar tal prática de nepotismo, os agentes públicos estão em diferentes pessoas jurídicas, não havendo a mínima demonstração de ocorrência do caso mencionado nos autos.

Percebe-se então, novamente, a ingerência do TJMG ao considerar que não existem provas contundentes para a prática de nepotismo. Ademais, o que, aparentemente não tem sido levado em conta pelo TJMG, é o fato de que a ocorrência do desvio de poder – prática essa evidente ao se nomear parentes, seja em qual modalidade de nepotismo – comprova-se tão somente através de indícios, levando em consideração tamanha dificuldade na comprovação de práticas desse costume.

Ademais, cumpre destacar mais um caso onde evidentemente ocorre a prática do nepotismo denominado “cruzado”.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DA SAFIRA. PROCURADOR MUNICIPAL E VEREADOR. AFASTAMENTO SEM REMUNERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA VINCULANTE Nº 13, STF. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Nos termos do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação à prática de nepotismo é decorrência lógica da aplicação da norma inserta do art. 37, caput, da Constituição da República, conforme enunciado da Súmula Vinculante nº 13. 2. Ausente a comprovação de 'ajuste mediante designações recíprocas', não se verifica, a princípio, ilegalidade do ato de nomeação do agravante como Procurador Municipal, não havendo razão para manter a exoneração imediata. (MINAS GERAIS, 2019)

O presente agravo de instrumento foi interposto por Maurício José em face de decisão proferida em autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa,

em que deferiu parcialmente o pedido liminar para determinar o afastamento imediato de dez agentes públicos de suas funções.

O agravante aduz que não houve prática de nepotismo ou irregularidades em sua nomeação, haja vista que seu irmão exerceu o cargo de vereador somente em 1997, quando era efetivo. Acrescentou também que o cargo de Procurador Jurídico é equiparado ao de agente político, tal como secretário municipal.

No que concerne ao conteúdo do recurso, mais uma vez o TJMG entendeu pela não aplicação da Súmula Vinculante n. 13, ensejando o provimento do agravo de instrumento, haja vista que somente caracterizaria o denominado “nepotismo cruzado” se tivesse comprovado o grau de parentesco com a autoridade nomeante e o membro de outro poder, isto é, cabendo perquirir acerca da existência de ajuste mediante designações recíprocas.

A suposição de 'compadrio' entre o Prefeito e vereadores, racio decidendi da decisão objurgada, a meu aviso, não é suficiente para reconhecer indícios de nepotismo, até porque tal prática é corriqueira nas esferas federal, estadual e municipal. Em juízo de cognição sumária, impressões ou suposições não podem servir de arrimo para restrições de direito, mormente porque, repiso, a Súmula Vinculante mencionada não inclui na proibição a nomeação de parentes de membros de pessoas jurídicas distintas, sob pena de se ultrapassar a razoabilidade e ofender o princípio da igualdade. (MINAS GERAIS, 2019)

Diante do exposto, é perceptível que mesmo diante de indícios de desvio de poder, em decorrência da existência de nepotismo, mesmo que tais práticas sejam “corriqueiras nas esferas federal, estadual e municipal”, o tribunal, em muitas vezes, simplesmente prefere aplicar determinados critérios com o intuito de não apurar, verdadeiramente, a existência da prática vedada pelo verbete sumular.

2.3.4 Não incidência sobre cargos políticos

Por fim, resta demonstrar uma das mais importantes flexibilizações da Súmula Vinculante n. 13, qual seja, a possibilidade da existência de nepotismo quanto a

cargos de agentes políticos, consagrada em diversos entendimentos pelo próprio STF³⁴.

Logo, em análise dos casos passíveis de julgamento de Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é possível perceber que, os casos de nepotismo existentes sobre cargo de natureza política são os mais decorrentes e que, por força de próprios entendimentos reiterados da Suprema Corte, a maioria desses atos são afastados, não incidindo na prática de nepotismo.

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE - NEPOTISMO - NOMEAÇÃO DE FILHA PARA CARGO SECRETÁRIA MUNICIPAL - SÚMULA VINCULANTE Nº 13 - RESSALVA QUANTO A NOMEAÇÃO PARA CARGOS POLÍTICOS, DESDE QUE NÃO HAJA MANIFESTA AUSÊNCIA DE APTIDÃO TÉCNICA - DEMONSTRAÇÃO DO DESEMPENHO EXITOSO DAS FUNÇÕES DO CARGO - DIFERENÇA ENTRE A ÁREA DE FORMAÇÃO TÉCNICA E AS FUNÇÕES DO CARGO A SER EXERCIDO - INSUFICIÊNCIA PARA CARACTERIZAR, PER SE, AUSÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA - SENTENÇA REFORMADA. - Interpretando o enunciado consolidado, o STF ressaltou do âmbito de incidência da Súmula Vinculante nº13 a nomeação de cônjuges e parentes para cargos políticos. - A Corte Suprema temperou a exceção que ela mesma construiu, definindo, no bojo da Rcl nº. 17.627-RJ, que, mesmo nos casos de nomeação para cargos políticos, se o agente nomeado, manifestamente, não apresentar qualificação técnica para desempenho das funções do cargo, o nepotismo acabará se configurando. - No caso, a prova do bom desempenho das funções pela agente nomeada, com demonstração de que o exercício não acarretou qualquer desdobramento negativo para o patrimônio jurídico municipal, aponta para sua aptidão técnica e, conseqüentemente, afasta a

3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem majoritariamente afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 aos cargos de natureza política, conceito no qual se incluem os secretários municipais ou estaduais. (...) 8. Registro que as hipóteses de nepotismo cruzado, fraude à lei ou inequívoca falta de razoabilidade da indicação, por manifesta ausência de qualificação técnica ou idoneidade moral do nomeado, vem sendo ressaltadas da aplicação desse entendimento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No entanto, os documentos que instruem os autos não constituem prova inequívoca a respeito da presença de tais circunstâncias. De forma específica, os comprovantes de escolaridade que instruem os autos (docs. 47, 48 e 49) não corroboram a alegação de que a qualificação técnica dos nomeados seria manifestamente insuficiente para o exercício dos cargos públicos para os quais foram nomeados. (Rcl 29.099, rel. min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 4-4-2018, *DJE* 66 de 9-4-2018.)

4 Em princípio, a questão parece enquadrar-se no teor da Súmula Vinculante 13: o interessado é parente de segundo grau, em linha colateral, da vice-prefeita do Município, que, embora não seja a autoridade nomeante, encaixa-se na categoria de “servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento”, se compreendida de forma ampla. Resta saber, portanto, se a circunstância de se tratar de cargo de natureza política impediria a incidência do enunciado. 6. Na Rcl 6.650 MC-AgR/PR (rel. min. Ellen Gracie), esta Corte afirmou a “[i]mpossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante 13, por se tratar de cargo de natureza política”. No entanto, não se pode perder de vista que se estava em sede cautelar, de modo que a matéria não foi conhecida de forma exauriente e aprofundada. Tanto assim que, nessa ocasião, alguns ministros observaram que a caracterização do nepotismo não estaria afastada em todo e qualquer caso de nomeação para cargo político, cabendo examinar cada situação com a cautela necessária. (...) 7. Notas semelhantes foram feitas quando do julgamento do precedente que resultou na edição da Súmula Vinculante (RE 579.951/RN, rel. min. Ricardo Lewandowski). Além do relator, os ministros Cármen Lúcia e Cezar Peluso registraram a possibilidade de se caracterizar o nepotismo em algumas dessas situações — o que só se poderia examinar no caso concreto. 8. Estou convencido de que, em linha de princípio, a restrição sumular não se aplica à nomeação para cargos políticos. Ressalvaria apenas as situações de inequívoca falta de razoabilidade, por ausência manifesta de qualificação técnica ou de idoneidade moral. (Rcl 17.627, rel. min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 8-5-2014, *DJE* 92 de 15-5-2014.)

configuração do ato de improbidade. - A falta de correlação direta entre a formação profissional do agente e as funções do cargo não é, necessariamente, representativo da ausência de sua aptidão técnica. (MINAS GERAIS, 2019)

Trata-se de apelação interposta por José Francisco e Thalline, em face de sentença proferida em primeira instância, que nos autos de ação civil pública por atos de improbidade, julgou procedentes os pedidos iniciais, no sentido de declarar nulo o ato de nomeação da segunda apelante, em ocasião da existência de nepotismo, bem como condenando-os nas devidas penalidades.

Assim, os réus manifestam no sentido de que o cargo para o qual ela foi nomeada, não exige formação superior, a qual possui capacitação técnica superior a de seu pai e de que a idade que tinha, ao tempo da nomeação, satisfazia o critério etário para ser eleita prefeita.

O relator no presente julgado aponta que em Rcl n. 17.627-RJ, a Suprema Corte atribuiu exceção ao verbete da Súmula Vinculante 13, qual seja, definindo que mesmo na ocasião dos casos de nomeação para cargos políticos, se o agente nomeado, manifestamente, não apresentar qualificação técnica para o desempenho das funções do cargo, o nepotismo se configurará. Ou seja, entende-se que diante da flexibilidade traçada pelo próprio STF, não haverá a descaracterização de plano dos cargos de agentes políticos, cabendo a comprovação de que não existe qualificação técnica na função desempenhada pelo indivíduo nomeado.

Portanto, no presente caso, o relator evidencia que, no momento em que houve a sua nomeação pelo seu pai para o cargo de Secretária Municipal de Finanças Públicas, tinha 21 anos, idade suficiente para ocupação do cargo. Dessa forma, espantosamente, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que o Ministério Público de Minas Gerais não se desincumbiu de trazer elementos que demonstrassem a falta de aptidão técnica da requerida para o desempenho das funções do cargo.

De fato, mesmo após a edição da Súmula Vinculante n. 13, casos em que são evidentes a prática comum de nepotismo, são ainda recorrentes. No entanto, a simples edição do verbete, por si só, não basta, haja vista que, conforme demonstrado no presente tópico, o próprio tribunal preferiu ignorar os fortes indícios da prática de nepotismo ante entendimento firmado pelo STF, levando-o ao pé da letra em se tratando da não evidenciação de capacidade técnica para exercer o cargo político.

Se um indivíduo, aos 21 anos detém de capacidade técnica para exercer um cargo de Secretaria em uma Prefeitura, notavelmente a Administração Pública está completamente entregue às garras do desvio de finalidade e poder e, evidentemente, das mais diversas práticas subversivas recorrentes no cenário brasileiro.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A judicialização da política, de forma incontestada, trata-se de um fenômeno hodierno, o qual passou a existir com o advento do constitucionalismo moderno. A transferência massiva para os tribunais sobre as diversas discussões presentes na sociedade, colaborou para a existência e permanência da judicialização.

Demais disso, é importante salientar também que, o próprio movimento constitucionalista no mundo jurídico moderno, adiantou para que diversas formas de judicialização acontecessem, seja através de suas garantias fundamentais previstas, perpassando pelo próprio direito fundamental de ação, até mesmo nos remédios constitucionais previstos, em que garantem maior conotação nas atuações dos tribunais.

Além do mais, a própria democratização presente no Estado Democrático de Direito, faz refletir a existência da judicialização em todo o tempo. Todavia, com a crescente descrença na atuação da política brasileira, somada à ausência de ação do próprio Executivo e do Legislativo sobre determinadas questões, o Poder Judiciário, com a devida legitimidade, passou a exercer função de modo que muitos compreendam como ativismo judicial.

O que não se leva em consideração, é o fato de que em um país como o Brasil, não há que se falar em ativismo judicial e exigir maior autocontenção do Poder Judiciário, haja vista que até mesmo o sistema de freios e contrapesos, existente no ordenamento jurídico pátrio, permite maior atividade dos poderes caso algo de anormal esteja acontecendo no sistema federativo, como um todo.

Nesse diapasão, a medida de edição de súmulas vinculantes pelo próprio Supremo Tribunal Federal, permite maior atuação da Corte na edição de medidas que passam a figurar o papel de lei, ante a intenção repetição de casos análogos sobre determinado assunto, bem como ante o devido respaldo em diversos os princípios previstos na Constituição Federal de 1988, como o da segurança jurídica, da legalidade e até mesmo da celeridade processual.

Diante da possibilidade de edição do presente mecanismo, o Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2008, aprovou, por unanimidade, a Súmula Vinculante de n. 13, vedando, a nível dos Três Poderes, bem como União, Estados e Municípios, a

prática do nepotismo, conseqüentemente, proibindo a contratação de parentes e de funcionários para cargos de confiança, de comissão, de chefia e assessoramento, ou ainda de funções gratificadas, bem como vedando a prática do considerado nepotismo cruzado.

Conforme demonstrado, a súmula vinculante trata-se de mecanismo previsto pela Constituição Federal de 1988, o qual permite a unificação de entendimentos emanados pela Suprema Corte, com o intuito de fazer diminuir as ações que chegam até a mesma versando o mesmo assunto.

Assim, aqueles contextos em que se recebem tese firmada mediante texto sumulado, recebem rápido desfecho, fazendo com que os tribunais possam exercer atividades diversas com mais celeridade, do que se ocuparem com entendimento sobre questão já debatida reiteradas vezes.

Todavia, ocorre que o mecanismo da súmula vinculante, diga-se de passagem, emerge como solução dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre questões, vinculando-a, isto é, fazendo com que tenha força de lei. Levando em consideração a sistemática de freios e contrapesos, tal prática enseja na atividade pelo Poder Judiciário de legislar, fazendo, portanto, com que seja discutida a própria constitucionalidade da súmula vinculante.

Nesse diapasão, cabe mencionar que o mecanismo da súmula vinculante encontra-se eivado de princípios constitucionais, não cabendo a presente discussão sobre sua constitucionalidade ou não, mas sim, como tem sido aplicada nos tribunais.

No entanto, o que coube ressaltar no presente trabalho, é o fato de que, mesmo após dez anos de vigência da referida súmula, o próprio Supremo Tribunal Federal já flexibilizou seu entendimento a respeito da vedação ao nepotismo, conforme visto nos casos práticos, compreendendo que ante a amplitude em se considerar a prática inconstitucional, frente ao princípios previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

De mesma forma, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por reflexão dos critérios elencados pela Corte Suprema, não tem aplicado da forma como se esperava, o verbete previsto na Súmula Vinculante n. 13.

Nesse cenário, mais do que nunca se falou em nepotismo, ante aos fatos políticos presentes no cenário atual, em razão do governo, de modo que, os próprios Poderes Executivo e Legislativo tem falado sobre a necessidade de votação de

legislação própria correspondente à vedação ao nepotismo, uma vez que a caracterização do referido ato pode se dar em diversas formas, gêneros e graus, dentre os diversos cargos comissionados, de chefia e assessoramento, disponíveis dentro da Administração Pública.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, é necessário ressaltar que, diante de toda a jurisprudência evidenciada, bem como as próprias doutrinas e reflexões feitas acerca do presente tema proposto, algumas conclusões devem ser evidenciadas.

No caso do presente trabalho, como tem sido aplicada no judiciário estadual, em específico no tocante ao que preconiza a Súmula Vinculante n. 13.

Através das jurisprudências selecionadas e dos casos brevemente analisados, foi possível perceber que a Súmula Vinculante n. 13 não tem sido respeitada ante a próprias flexibilizações de entendimento jurisprudencial causadas pelo próprio STF. No entanto, os juízes de segunda instância também exercem atividade de intérpretes da lei e da Constituição Federal, não cabendo que lhes seja tão somente possível a observação de critérios fixados pela Corte Suprema.

Como também discutido ao longo do trabalho, a prática do nepotismo é de difícil comprovação nos casos práticos no judiciário brasileiro, devido a suas peculiaridades, bem como até a forma como o Executivo opera suas funções na política brasileira. Por óbvio, não será sempre possível comprovar a prática do nepotismo por autoridades capazes de procederem com nomeação, se levado em consideração tão somente a capacidade técnica do parente nomeado.

Com isso, simples cursos técnicos e estudos providos em curto período são capazes de eliminar a prática de nepotismo dentro da Administração Pública. Fato controverso, uma vez que a capacitação técnica, por si só, não afasta a imoralidade do ato praticado, tão pouco poderá afastar a sua ilegalidade. O dolo na prática da conduta que deverá ser de análise dos tribunais, isto é, a clara intenção em se nomear determinado parente, independente ou não de sua capacitação técnica.

A prática do nepotismo constantemente é vista em todos os poderes, de modo que como já ressaltado, recentemente, tem sido motivo de pautas da própria Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, ao passo em que aprovou texto que torna nepotismo a indicação de parentes para a embaixada, dadas as peculiaridades do atual governo brasileiro.

Nesta senda, percebe-se que, por vezes, a edição e vigência demasiada de leis, simplesmente não resolvem um problema que pode vir a morar nas estruturas do

próprio país, ante a cultura local, no entanto, a simples edição de uma Súmula Vinculante que não é devidamente respeitada pelo próprio STF, tampouco pelas instâncias mais baixas, não basta para a política brasileira.

Mesmo com a vedação à prática, ocorre que os tribunais orientam-se de suas decisões sobre critérios pré estabelecidos, de modo a fundamentarem e simplesmente ignorarem a recorrência da prática no cenário brasileiro, permitindo com que a Administração Pública seja gerida como se um negócio de família fosse, com descasos e desserviços para com o próprio eleitor e cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza. **A Judicialização no Ciclo de Política Pública: um estudo sobre a política pública de garantia de tratamento de saúde no Município de Lavras – MG**. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Universidade Federal de Lavras. Lavras, p. 33, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, Madrid, Taravilla, n. 13, p. 17-32, 2009.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, n. 96, fev./mai., p. 1-46, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **A Judicialização da Política: Teorias, Condições e o Caso Brasileiro**. In: Constitucionalismo e Democracia. Salvador: JusPodivm, 2013. P. 615-655.

BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 23 ago 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União de 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. **Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm> Acesso em: 23 ago 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 15.451 Rio de Janeiro**. Agravante: Município de Guapimirim. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Lex: jurisprudência do STF. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 19.529 Rio Grande do Sul**. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Larissa Frantzeski Vilela. Relator: Ministro Dias Toffoli. Lex: jurisprudência do STF. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 27.945 Distrito Federal**. Impetrante: Fernando Gonçalves da Rocha Castro. Impetrado: Presidente do Conselho Nacional de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Lex: jurisprudência do STF. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 31.697 Rio de Janeiro**. Impetrante: Gustavo Henrique Cantenhede Morgado e outros. Impetrado: Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Relator: Ministro Dias Toffoli. Lex: jurisprudência do STF. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 28.164 São Paulo**. Reclamante: Ueber Tereza Facioli Ramos. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 13**. In: jurisprudência do STF. Súmulas. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>> Acesso em: 23 ago 2019.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOBROWOLSKI, Silvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Sequência; Estudos Jurídicos e Políticos. Santa Catarina, vol. 16, ed. 31. Dec 1995. 92.

ENGELMANN, Fabiano. Politização e instituições judiciais no Brasil após a Constituição de 1988. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (orgs.). **O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARCIA, Emerson. **O Nepotismo**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, v. 15, p. 1785-1788, 2003.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, n. 251, maio/agosto de 2009, p. 139-175.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Lua Nova: revista de cultura e política, São Paulo, n. 57, p. 113-134, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n. 1.0241.18.001298-1/001**. Agravante: Ranaly Silva Elias. Agravado: Ministério Público de Minas Gerais. Relatora: Desembargadora Alice Birchal. 7ª Câmara Cível. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0582.18.000440-7/001. Agravante: Maurício José Cebola. 19ª Câmara Cível. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível e Remessa Necessária n. 1.0180.17.005388-8/002**. Apelante: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Desembargador: Washington Ferreira. 1ª Câmara Cível. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0000.16.055717-9/002**. Apelante: José Francisco Ferreira e Thalline Luanna Ramalho Ferreira. Relator: Desembargador Kildare Carvalho. 4ª Câmara Cível. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Reexame Necessário n. 1.0180.17.004743-5/002**. Relator: Desembargador José Eustáquio Lucas Pereira. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Administração Pública e Vedação ao Nepotismo no Poder Judiciário**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: v. 101, p. 301-310, jan./dez. 2006.

_____, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (orgs.). **O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Judicialização da Política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular? In: _____; MOTA, Maurício (orgs.). **O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar**. Revista Acadêmica, v. 89, p. 144-167, 2017.

OLIVEIRA, Bruno Bizerra de. Súmula Vinculante: parcimônia e cautela. In: INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DE GOIÁS (IDAG); MOTTA, Fabrício (org.) **Direito público atual: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 15-39.

RODRIGUES, João Gaspar. **Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV13**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 203-229, maio/ago. 2012.

SAADI, Bernardo de Vilhena. **A Constitucionalidade da Súmula Vinculante**. Revista de Direito Administrativo. V. 244, 2007.

SABOIA, Jéssica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Garantismo e Ativismo Judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, vol. 23, ed. 2. 2018. 53-74.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV. São Paulo, vol. 8, ed. 1. Jan-jun, 2012. 37-57.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sócias**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

YIN, R. K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Tradução de Ana Thorell. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

.