

## NEPOTISMO

### **Autoria:**

Sidnei Di Bacco  
Advogado

É antiga a discussão a respeito do nepotismo na administração pública. Sempre houve apelos pedindo a sua proibição. O ordenamento jurídico nunca o vedou expressamente. Durante bastante tempo os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas, encartados no art. 37, "caput", CF, representaram os únicos fundamentos a municiar seus críticos. Porém, recentemente houve uma pequena revolução. A matéria foi regulada pelo Supremo Tribunal Federal:

#### **Nepotismo - Súmula vinculante 13, de 21.08.08**

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.

É extensa a abrangência do julgado:

- Cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive;
- Exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada;
- Administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Observa-se que a súmula vinculante regula três hipóteses distintas de assunção de função pública:

- Cargo em comissão (ou CC);
- Cargo de confiança (na verdade, função de confiança ou FC);
- Função gratificada (ou FG).

## A Constituição Federal trata apenas das duas primeiras:

Art. 37. (...)

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

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

O cargo em comissão e a função de confiança são muito parecidos:

➤ Destinam-se somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

➤ São de livre nomeação; a autoridade escolhe o beneficiário (há condicionantes em ambos os casos);

➤ São de livre exoneração; a investidura é transitória; seus ocupantes podem ser destituídos a qualquer tempo;

➤ Os ocupantes estão às ordens ("ad nutum") de quem os nomeou;

➤ Os cargos em comissão e as funções de confiança são popularmente chamados de "cargos de confiança" pelo fato de seus ocupantes serem de livre nomeação e estarem às ordens de quem os nomeou.

Porém, há diferenças importantes:

➤ O cargo comissionado pode ser preenchido por pessoa que não seja servidor de carreira, contudo, deve ser observado o percentual mínimo reservado pela lei municipal ao servidor efetivo; se não existir lei municipal regulando o assunto, todos os cargos comissionados poderão ser ocupados por pessoas de fora da administração;

- A função de confiança só pode ser exercida por titular de cargo efetivo;
- O cargo comissionado é um legítimo "cargo público", possuindo remuneração própria;
- A função de confiança constitui um "plus" ou acréscimo salarial, geralmente na forma de "gratificação", fixada em percentual ou valor pecuniário, que incide sobre o (ou soma-se ao) vencimento do cargo efetivo do servidor que vier a ocupá-la;
- A assunção de cargo comissionado exige "nomeação" e "posse";
- O exercício de função de confiança exige simples "designação".

A súmula vinculante trata ainda de um terceiro caso: a função gratificada. A "função de confiança" e a "função gratificada" são erroneamente tratadas como a mesma coisa, porém, não se confundem. A função de confiança é um tipo de função gratificada. Portanto, a função gratificada é gênero e a função de confiança espécie. Nem toda função gratificada consiste em função de confiança. O inverso, porém, é verdadeiro. A confusão é causada pela circunstância de a função de confiança ser remunerada através de gratificação. A função de confiança destina-se exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Atividades diferentes deverão ser remuneradas através de função gratificada.

A função gratificada destina-se a remunerar o servidor pelo exercício de atividades de natureza extraordinária, precária e transitória, estranhas ao cargo efetivo, por exemplo:

- Integrante de comissão de licitação/pregão;
- Membro de comissão de sindicância e comissão de processo administrativo disciplinar;
- Responsabilidade técnica perante órgãos de regulamentação/fiscalização profissional;
- Responsabilidade técnica pela execução de convênios;
- Responsabilidade técnica perante o tribunal de contas;

- Funções diretas e de apoio pedagógico privativas de professores (direção, supervisão e orientação escolar);
- Membro de sistema de controle interno.

Quando tratam de nepotismo, a população e a imprensa em geral pretendem censurar o ingresso no serviço público de pessoas não concursadas. A crítica, então, direciona-se à má utilização dos cargos comissionados. Porém, a súmula vinculante do STF foi muito além. A inclusão das funções de confiança e das funções gratificadas impôs, evidentemente, restrições também a servidores concursados que ostentarem parentesco com autoridades. A atuação do Excelso Pretório claramente superou os clamores populares. Essa circunstância explica o impacto e o assombro que se seguiram à edição da Súmula Vinculante 13. A Suprema Corte mostrou-se intrépida e corajosa.

Merecem atenção os gravames criados para os servidores de carreira. As dificuldades enfrentadas no magistério são emblemáticas.

Existem municípios que instituíram na carreira do magistério, separadamente, os cargos de professor e de especialista em educação (supervisor e orientador escolar, por exemplo). Outros, porém, criaram somente o cargo de professor, optando por entregar precariamente a alguns deles o exercício das funções de especialista em educação.

Onde se enquadra a função de especialista em educação? Cargo comissionado, função de confiança ou função gratificada? A atividade possui natureza técnico-permanente e, apesar da terminologia empolada ("supervisor" e "orientador"), não se caracteriza como exercício de direção ou chefia. Logo, é incompatível com os institutos do cargo comissionado e da função de confiança. Representa, portanto, uma função gratificada.

Com efeito, trata-se de uma função substitutiva do cargo efetivo, ou seja, o beneficiário deixa de exercer o cargo de professor e passa a desempenhar exclusivamente a função de especialista em educação. Ademais, não constitui docência, pois é desempenhada fora da sala de aula. Tais situações autorizam o pagamento de um acréscimo remuneratório além da retribuição ordinária de professor.

Contudo, a função de especialista em educação é comumente atribuída pelo secretário municipal de educação (ou

diretor do departamento de educação). Essa faceta é relevante, pois pode viabilizar favoritismos e atrair a incidência da Súmula Vinculante 13.

Ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a respeito do princípio da impessoalidade: [1]

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias e animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.

Foi dito antes que o referido princípio destacou-se como um dos primeiros fundamentos jurídicos brandidos na luta contra o nepotismo. Sua utilidade ainda é atual e aplica-se como uma luva ao caso ora examinado. De fato, se o professor designado para o exercício da função de especialista em educação for aparentado do prefeito municipal a sua indicação inevitavelmente estará sob suspeição. A circunstância de a designação ser feita pelo secretário municipal de educação (ou diretor do departamento de educação) não é suficiente para afastar o vício, eis que a súmula vinculante do STF abrange também a modalidade denominada “nepotismo cruzado”.

Há duas soluções para afastar a irregularidade:

- Instituição de sistema de rodízio para a ocupação das funções de especialista em educação, de sorte a dar tratamento isonômico aos docentes, sem a ingerência de autoridades;
- Não pagamento de nenhuma gratificação quando o exercente da função de especialista em educação for parente de autoridade.

#### **NOTAS:**

[1] **Curso de Direito Administrativo.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 96.