

alcançados pelo referido texto sumulado.

Por cautela, cabe ainda consignar que, se não houve manifestação anterior por parte da Consultoria Jurídica deste Tribunal, é pelo simples fato da mesma não ter sido acionada, posto que, aos moldes de outras Cortes, a incumbência do assunto ficou a cargo do Douto Plenário, através de deliberação resolutive.

É imperioso esclarecer que, em hipótese alguma, esta peça tem o condão de atingir ou restringir qualquer trabalho anteriormente produzido neste Tribunal que tratou do assunto vertente. Notadamente, o brilhante e irretocável Relatório produzido pela Comissão instituída na forma disposta na Resolução nº 17.595 e Portaria de nº. 22.707, de 15/10/2008, sob o comando do Eminentíssimo Conselheiro Ivan Barbosa da Cunha, que de forma altiva e envolto no mais puro espírito público, o que lhe é peculiar, conseguiu transcender os muros do TCE/PA para receber elogios de vários operadores do direito, que adotaram o sublime trabalho desenvolvido sobre o delicado e polêmico tema.

Feitas às considerações acima, em *intróito*, Senhor Presidente, antes de entrarmos no cerne da questão, faz-se necessário, mesmo de forma sintética, expressar o quer se entende sobre o servidor Estatutário Não Estável.

DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS NÃO ESTÁVEIS

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 20/98, de 15/12/1998, a teor do § 13 do art. 40, estabeleceu-se que aos servidores de cargo em comissão, assim como aos temporários, aplica-se o regime geral de previdência social. Assim, o executivo estadual, entendeu manter os servidores que ingressaram até a data da EC retro mencionada, no regime próprio do Estado. Destarte, *mister* ressaltar que a referida EC 20/98 não retroagiu seus efeitos e com isso, os servidores temporários e comissionados do Estado do Pará, que possuíam os requisitos para aposentadoria, tiveram seus requerimentos deferidos pelo Estado que os encaminhou para registro neste Tribunal de Contas, culminando com o prejulgado nº 16/04.

Dai, então, para corrigir situação anterior estabelecida pela Ordem de Serviço n.º 23/2002-GP, que de forma acintosa discriminava os servidores, pois tratava os iguais de forma desigual, a administração resolveu submeter a matéria ao Plenário desta Casa, quando, após requerimento de uma servidora e exaustivo estudo e debates, foi corrigida a situação, tratando os servidores que ingressaram antes da EC 20/98, de forma igualitária e em consonância com outros órgãos e esfera de Poder.

Assim sendo, este Tribunal editou a Decisão Simples n.º 08, esclarecendo que não ocorreu por parte desta Instituição, nenhum ato que reconheceu estabilidade ou qualquer outra forma de vínculo com este Tribunal de Contas. Todavia, manteve-se o recolhimento para o regime previdenciário do Estado para os servidores que ingressaram antes da Emenda Constitucional n.º 20/98, analisando-se cada caso, no sentido de verificar o tempo de cada servidor para não prejudicá-lo quando do processo de aposentadoria. Para se ter uma idéia da situação, existe servidor temporário que possui 20 (vinte anos) de serviço computado apenas nesta Casa.

Ora, se o Executivo estadual pode albergar seus servidores no sentido de aposentá-los na forma do prejulgado n.º 16/04, mantendo-os no regime previdenciário estadual, este Tribunal de Contas, embora órgão auxiliar do Poder Legislativo, entendeu que pode conceder o mesmo direito, haja vista que todos são servidores estaduais, embora de poderes diversos.

Assim sendo, valendo-se das técnicas apuradas de interpretação extensiva e da analogia, e dos recursos mais sutis que são os princípios gerais e a equidade, estando forrado de conhecimentos adequados e animado de consciência ética, aplicou-se ao caso, isto é, o prejulgado n.º 16/08 e decisão simples n.º 08, a analogia e a equidade.

Portanto, utilizou-se a analogia, pois tratou-se de caso semelhante. Na realidade, obedeceu-se à ordem lógica substancial ou à razão intrínseca do sistema. Quanto à equidade, para superar as lacunas do direito, mediante tal juízo se amenizou a regra genérica, ajustando-se, portanto a particularidade que cercou o enquadramento do prejulgado e da decisão simples.

Desse modo, considerando o expositivo acima, cabe mencionar e esclarecer que não é possível a aplicação do direito sem a devida interpretação, pois, em assim sendo, bastaria se ler o texto da norma sem interpretar-lhe, ou seja, qualquer um poderia, sem o mínimo de conhecimento técnico, entender o que lhe achar conveniente.

Interpretar uma norma, previamente, sem compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se. desse modo, determinar o sentido de cada um dos seus dispositivos, compromete a aplicabilidade da norma aos casos concretos e suas particularidades.

No processo de hermenêutica, pode o julgador preencher as lacunas e omissões, o que se contém no instituto da "integração", que Oscar Tenório classifica como atividade supletiva do legislador.

Para aplicar o Direito é preciso, antes, interpreta-lo. A aplicação é um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis. Antes da aplicação não pode deixar de haver interpretação, mesmo quando a norma legal é clara, pois a clareza só pode ser reconhecida graças ao ato interpretativo.

Quando reconhecemos que a lei tem lacunas, é necessário preencher tais vazios, a fim de que se possa dar sempre uma

resposta jurídica, favorável ou contrária, a quem se encontre ao desamparo da lei expressa.

DO ALCANCE DA SÚMULA Nº 13.

No cerne da questão, ou melhor, a consulta versa sobre nepotismo, embora sendo *hic et nunc* tratada em caso isolado, é cediço que no dia 20.08.08, quando se discutia o tema nepotismo, deliberou nossa Suprema Corte editar mais uma súmula vinculante. Dias após, precisamente em 29.08.08, publicou-se a súmula vinculante n.º 13 (que não pode ser descumprida por nenhum órgão público), e a sua redação final é a seguinte:

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!.

Senhor Presidente, *data maxima venia*, reconhece-se pontos abstrusos da referida súmula, no entanto, sem a necessidade de elucubrações jurídicas, é de se ressaltar que todo e qualquer entendimento e/ou interpretação que se der a respeito da súmula em questão, é no sentido de que os princípios que alicerçam a proibição de práticas de nepotismo, notadamente os da impessoalidade e da moralidade administrativa, alcançam qualquer situação de favorecimento, em razão das relações e parentesco ou de família. É no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que estão relacionados os princípios em que devem se pautar todos os atos da Administração Pública, *in verbis*:

"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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)"

Pois bem, na simples leitura, observa-se de pronto, qual foi o desiderato da referida súmula, que vinculou seu efeito a toda Administração Pública, e que devem rever os seus quadros de cargos em comissão ou de confiança, e adequá-los conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Senhor Presidente, no que tange a temporalidade da aplicação da norma em tela, caracterizadora do nepotismo, o entendimento desta Consultoria Jurídica é simples, tem-se que o ato infraconstitucional que esteja em desconformidade com a Lei Maior perde o seu fundamento de validade, portanto a súmula retroage para todos os efeitos.

Por decorrência lógica, com supedâneo nos entendimentos pacificados nos tribunais, a declaração de nulidade de norma ou ato por mácula de inconstitucionalidade deve, quando incidental, ser feita com efeitos retroativos.

De outro modo, é de bom alvitre ressaltar, apenas por excesso de cautela, que a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, 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, (art. 27 da Lei n.º 9868/99), o que, por certo, se observa no caso.

No entanto Senhor Conselheiro Presidente, até para que não se cometa nenhuma injustiça ou interpretação equivocada ou "maléfica" da referida súmula, sabe-se que existem servidores na qualidade de "estatutários não estáveis" no TCE/PA, quando da edição da Decisão Simples n.º 08, emanada pelo Douto Plenário deste Tribunal, que estabeleceu o quadro suplementar, devidamente legal e respaldado inclusive por decisão judicial, aplicado também nos mesmos moldes do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, conforme publicação no Diário da Justiça de 14.11.1996.

Assim, dada a especificidade que o caso requer, no que tange a condição dos servidores estatutários não estáveis, o nosso entendimento é de que, se estes não foram nomeados por parentes não devem ser alcançados pela súmula, até mesmo em razão da segurança jurídica e direito adquirido.

Peço *venia* para mencionar abaixo a situação peculiar de servidor temporário, embora sua situação jurídica comparativa com estatutário não estável não se confunda, dada a natureza precária do servidor temporário.

Pois bem, o caso não é tão simples dada peculiaridade de cada situação. Ora, se o servidor, como temporário, completou mais de 5 (cinco) anos de serviços ininterruptos neste TCE/PA, tem garantida a sua permanência no Tribunal pelo princípio da segurança jurídica, diante da impossibilidade da Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários, após cinco anos, (art. 54 da Lei n.º 9784/99), conforme já foi pacificamente reconhecida e consagrada pelos Tribunais pátrios, mais recentemente, conformada por decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - Processo nº. 2007/0268880-8, ReI. Min. Napoleão Nunes ma ia Filho. Julg. 16.09.2008. DJe 13/10/2008, cujo acórdão segue anexo.

Vejam os casos sob outra ótica: um servidor, que fora nomeado por parente, e se aposentou nessa condição, o ato de sua nomeação deveria sofrer incidência da súmula tornando-a nula de pleno direito? caso afirmativo, como ficaria o ato de sua aposentadoria? deveria ser

anulada também? com certeza absoluta, pelo princípio da razoabilidade, segurança jurídica e interesse social, a resposta seria não.

O que se quer dizer Senhor Presidente, é que. aquele servidor, com mais de 5 (cinco) anos ininterruptos de serviço público sem quebra na continuidade de sua relação jurídica, e observada as formalidades legais, pelo princípio da segurança jurídica. estaria imune aos efeitos da súmula. Vejamos o que diz trecho da Ementa do Recurso em Mandado de Segurança nº. 25.652-PB (2007/0268880-8), *in verbis*:

1 - O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público.

2 - O art. 55 da Lei 9.784/99 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, a contrario sensu, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno quinquenal, mediante a convalidação ex ope temporis, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.

(...)

7 - A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

De outra banda, ainda no que se refere a aplicabilidade da súmula no âmbito desta Corte de Contas, têm-se que cumprir a súmula simplesmente na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se junte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.

Ad argumentandum tantum, desde a publicação dessa súmula, torna-se possível o Ministério Público fiscalizar e impugnar, no próprio STF, por meio de reclamação, o cumprimento da referida súmula, ou seja, a contratação de parentes para cargos da administração pública direta e indireta no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, ou seja, não haverá nenhum prejuízo nesse sentido quando vislumbrada alguma irregularidade cometida.

Pois bem, repisa-se que, de acordo com a súmula vinculante editada pelo STF, será considerado nepotismo a contratação de maridos, esposas, pais, avós, bisavós, filhos, netos, bisnetos, irmãos, sobrinhos, tios, sogros, sogras, cunhados, genros e noras, sendo estes (as) nomeados (as) pelo (a) parente e/ou estejam ou não direta ou indiretamente subordinados (as) (as) a esses (as) no exercício de sua (s) função (ões).

Apenas por amor ao debate Senhor Presidente, pelo tradicional princípio da moralidade administrativa, princípio esse basilar para a edição da súmula vinculante n.º 13, não basta ao administrador público o fiel e "cego" cumprimento da legalidade, devendo ainda, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois constitui este princípio de pressuposto de validade de todo ato da administração pública pós Constituição de 1988.

Porém não menos importante, o princípio da eficiência, *permissa venia*, positivado na Constituição e pouco observado na súmula, vem apenas reforçar o que deve ser inerente a toda administração, seja pública ou privada, qual seja, a eficiência. Hely Lopes Meirelles define eficiência como: "o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus

Neste diapasão Senhor Conselheiro Presidente, o que se quer dizer é que atribuir toda prática de nepotismo como afronta incondicional ao princípio da moralidade administrativa é um equívoco. Isto porque, tal atribuição quando generalizada, poderia ir de encontro aos demais princípios constitucionais explícitos no artigo 37 da Constituição, como o da eficiência.

Assim, generalizar como imoralidade todo o ato de nepotismo praticado no poder público, seria como atribuir maior importância ao princípio da moralidade em detrimento dos demais. Neste sentido, conforme fundamentado pelo Ministro Carlos Britto, a imoralidade do ato de nepotismo decorre da inobservância dos demais princípios. Exemplificando: um prestigiado profissional, capacitado para exercer com eficiência, técnica e especialidade determinada função pública, caso tenha qualquer grau de parentesco delimitado na sumula vinculante 13, não poderá exercer o cargo de confiança?

Se analisado positivamente o texto da súmula, a resposta seria não. Entretanto, analisando à luz dos princípios da eficiência e da supremacia do interesse público, talvez a negativa não seria a verdade absoluta.

É certo de que, na maioria das vezes, a prática do nepotismo fere, *ab initio*, o princípio da impessoalidade, da eficiência e por conseguinte, o princípio da moralidade. Mas é certo