

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

JÉSSICA MARTINELLO

**NEPOTISMO EM LICITAÇÃO PÚBLICA: O PARENTESCO COMO FORMA DE
IMPEDIMENTO Á PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO, À LUZ DOS PRINCÍPIOS
ADMINISTRATIVOS**

CRICIÚMA

2015

JÉSSICA MARTINELLO

**NEPOTISMO EM LICITAÇÃO PÚBLICA: O PARENTESCO COMO FORMA DE
IMPEDIMENTO Á PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO, À LUZ DOS PRINCÍPIOS
ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Patricia Farias dos Santos

CRICIÚMA

2015

JÉSSICA MARTINELLO

**NEPOTISMO EM LICITAÇÃO PÚBLICA: O PARENTESCO COMO FORMA DE
IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO, À LUZ DOS PRINCÍPIOS
ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 13 de novembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Patricia Farias dos Santos - Especialista - UNESC - Orientador

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior - Especialista -UNESC

Prof. Maicon Henrique Aléssio – Especialista - UNESC

Dedico este trabalho aos meus pais, aos meus colegas de trabalho, e também aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pelo dom da vida, por ter me dado forças para que eu chegasse até aqui e pelas oportunidades concedidas.

Aos meus pais, Luiz Ivalnei Martinello e Rosa da Silva Martinello, por terem acreditado desde o começo que eu era capaz, até mesmo quando pensei em desistir me deram forças. Pai e mãe, amo vocês.

Aos meus irmãos que tanto amo, Katiane Martinello e Willian Martinello, pelos momentos de paciência que tiveram comigo, por me ouvirem.

As minhas colegas de trabalho, Kátia e Merinha, principalmente a minha chefe Solange Barp, por ter me acolhido em momentos de surto, adoro vocês.

Aos meus amigos por terem suportado todo o meu stress, por estarem comigo do início ao fim, e me incentivarem com suas preciosas palavras, obrigada mana Rubia Braz de Bom, obrigada amiga Nanda Naspolini és incrível, obrigada Fernanda Scheid pela cumplicidade, ajuda e amizade, vocês também fazem parte desta conquista, moram em meu coração.

A professora Patricia Farias, orientadora nesta aventura.

E por fim, agradeço a todos, mesmo que indiretamente contribuíram para a concretização deste magnífico sonho louco.

“Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena acreditar no sonho que se tem, Ou que seus planos nunca vão dar certo, Ou que você nunca vai ser alguém.”

Renato Russo

RESUMO

A presente monografia trata de Nepotismo em Licitação Pública, tendo o parentesco como forma de impedimento a participação em Licitação Pública, com base nos princípios administrativos, aqueles elencados no art. 37 da Constituição Federal e os mesmos encontrados no art. 3 da Lei 8.666/93.

O interesse do Estado deve atingir o interesse comum da coletividade. Ao praticar um ato no âmbito da Administração Pública, o administrador público fica sujeito a realizar somente aquilo que a lei determina, e com base nos princípios administrativos, importante destaque aos princípios da moralidade administrativa e impessoalidade capazes de coibir a prática de nepotismo na Licitação Pública.

A prática do nepotismo afronta o princípio da moralidade administrativa, bem como, toda a estrutura administrativa do Estado, pelo fato de que o administrador aproveita-se do seu poder para praticar ato contrário ao interesse público, em benefício próprio.

Palavras-chave: Nepotismo, Licitação Pública, Agente Público, Súmula Vinculante nº 13, Princípios Administrativos.

ABSTRACT

This monograph deals with Nepotism in Competitive Bidding, and the relationship as a way of preventing participation in Competitive Bidding based on management principles, those listed in art. 37 of the Constitution and the same found in art. 3 of Law 8.666/93.

The state's interest to achieve the common interest of the community. By practicing an act within the public administration, the public trustee shall be subject only to realize what the law requires, and based on administrative principles, important to highlight the principles of administrative morality and impersonality able to curb the practice of nepotism in the Competitive Bidding .

The practice of nepotism affront the principle of administrative morality and the entire administrative structure of the state, the fact that the manager takes advantage of his power to perform an act contrary to the public interest, for their own benefit.

Keywords: Nepotism, Public Procurement, Public Agent Binding Precedent No. 13, Administrative Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ Parágrafo

ART Artigo

CF Constituição Federal

P. Página

TCU Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 FUNDAMENTO JURÍDICO DA LICITAÇÃO PÚBLICA E OS SEUS ALCANCES	12
2.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.	
2.2 MODALIDADES ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.	8
2.3 CONTROLE JURISDICIONAL	21
3 CONCEITOS, ORIGEM E RECONHECIMENTO DO NEPOTISMO	24
3.1 ORIGEM E CONCEITO.....	24
3.2 PRECEDENTES PARA A VEDAÇÃO DO NEPOTISMO	26
3.3 SÚMULA VINCULANTE Nº 13.....	32
4. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS A MATÉRIA QUE VEDAM PRÁTICA DO NEPOTISMO EM LICITAÇÃO PÚBLICA	37
4.1 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS E REGRAS.....	37
4.2 PRINCÍPIOS DO ART.37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	40
4.3 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE E PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	45
5 METODOLOGIA	51
6 CONCLUSÃO	52
7 REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

É necessário que seja feita licitação quando a Administração Pública necessita firmar contrato com um particular. Este procedimento se dá mediante etapas adequadas, uma delas é escolher a proposta mais vantajosa, e outra é dar oportunidade aos particulares que queiram participar da contratação pelo Estado. Os princípios da moralidade e probidade administrativa tem grande destaque na licitação, pois a Administração Pública não pode escolher por mera liberalidade com quem irá estabelecer contratos, o que traria insegurança jurídica.

Ao contrário dos particulares, que dispõe de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços e outros interesses, o poder público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação, e é a própria Constituição Federal, que no seu art. 37, XXI, que a exige.

A Lei 8.666/1993 rege a licitação e os contratos administrativos, sendo por ela estabelecidos os procedimentos, modalidades, regras, princípios, responsabilidades, sanções administrativas e penais e também os recursos possíveis. As modalidades de licitação também encontram-se dispostas na referida lei, atualizadas pela Lei 9.648/1998, sendo que a modalidade pregão, foi estabelecida pela Lei 10.520/2002.

O presente trabalho explanará sobre a origem do Nepotismo, bem como o reconhecimento de sua prática e a Súmula Vinculante de número 13. Esta prática viola a estrutura administrativa e seus princípios constitucionais, principalmente o princípio da moralidade e probidade administrativa. Logo que, este princípio é que dá validade a todo o ato praticado pelo administrador público, desta forma, deverão ser observados todos os aspectos para que não afronte a Constituição Federal, uma vez que este princípio veda o Nepotismo.

2. FUNDAMENTO JURÍDICO DA LICITAÇÃO PÚBLICA E OS SEUS ALCANCES

Neste capítulo, vamos analisar a forma que se dá o procedimento licitatório. Através de conceitos pertinentes a Licitação Pública, a Administração Pública e também aos agentes públicos. Além disso, os tipos de Licitação Pública e as suas modalidades.

2.1 – CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA, AGENTE PÚBLICO

A Licitação Pública é um instituto que se encontra legitimado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, sendo compreendido pela forma em que o agente público exerce a administração dos recursos financeiros, para a contratação de bens e serviços, com o intuito de buscar a melhor forma de aquisição, observando sempre a necessidade do órgão licitante quanto à descrição do objeto ou serviço a ser adquirido, e assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes. (BRASIL, 2015, A)

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 e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 2015, A)

Importante conceituar a função da administração pública, bem como o seu papel diante seus atos, e diante a sociedade, no entendimento de Benedicto de Tolosa Filho:

A administração pública se constitui de um conjunto multifacetário e complexo de atividades, realizado por unidades administrativas, tendentes a proporcionar o bem-estar da coletividade. Esse conceito deflui de seus princípios fundamentais, ou seja, o da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da publicidade. (1999, p.123)

Contudo, a Administração Pública pode ser entendida como uma atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a realização dos interesses coletivos e subjetivamente, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas, no qual a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. (MORAES, 2006, p.295).

Ainda quanto ao conceito de administração pública, o doutrinador Hely Lopes Meirelles aponta:

Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues a guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se Administração Pública. A Administração Pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando o bem comum. (2007, p.183)

Deste modo, a administração pública age com a finalidade de regular os interesses coletivos, visando o bem comum. Logo, pois, engloba a gestão de bens e interesses nos âmbitos federais, estaduais e municipais. Ao passo que, se subdivide em administração direta e indireta

A administração pública pode ser dividida em direta, que é caracterizada pelos serviços integrados na estrutura administrativa da presidência da república e dos ministérios; e também em administração indireta, que é aquela que compreende as categorias das entidades dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias; empresas públicas; sociedades de economia mista; fundações públicas. (MORAES, 2006, p.295)

A administração dos recursos financeiros de um Estado é exercida pelos agentes públicos, sendo conceituado por Waldo Fazzio Júnior (2003, p.137), da seguinte forma: “é toda pessoa física que exerce cargo, emprego ou função pública”.

Esta noção serve para as pessoas que mantêm algum vínculo de trabalho com o Estado, sendo este da administração pública direta ou indireta. (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p.138)

No entendimento de Marçal Justen Filho, “agente público é toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado”. (2008, p.671)

Neste sentido, explica Edgar Carlos de Amorim:

Agentes Públicos são todos aqueles que prestam serviços a União, aos Estados-membros e aos Municípios, quer em função constitucional, quer em atividade outras. Estão escalonados em cargos ou funções da trindade estatal: União, Estados-membros e Municípios. (1998, p.68)

O agente público é o servidor público que possui vínculo de natureza profissional e empregatícia, com a administração pública direta ou indireta, sob o regime jurídico estatutário, geral ou peculiar, ou celetista, ou administrativo especial. (MEIRELLES, 2007, p.383).

Logo, a Administração Pública utiliza-se de um procedimento administrativo, chamado Licitação, para a execução de suas obras e de seus serviços, bem como, para a compra de materiais e de gêneros. Dentro deste procedimento, a proposta mais vantajosa ao interesse público é que prevalece. (GUIMARÃES, 2003, p.384)

Em tratando-se de seu conceito, a Licitação Pública é um procedimento administrativo que é direcionado para a seleção do melhor contratante para a administração, uma vez que obrigar-se-à prestar serviços, fornecer bens e construir obras. (FIGUEIREDO, 2006, p.402).

Para Hely Lopes Meirelles, a Licitação é um procedimento administrativo, no qual a proposta mais vantajosa para a administração pública é selecionada para o contrato do seu interesse, do interesse público. (2007, p.272).

Na mesma linha de raciocínio, caracteriza-se por ser um antecedente necessário para a elaboração de um contrato administrativo, ora este comandado por uma pessoa governamental, com pretensão de alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obras, serviço ou de uso exclusivo de bem público, nas condições estipuladas por elas, convocando os interessados na apresentação de suas propostas, com o intuito de selecionar a mais conveniente em função das condições estipuladas que foram estabelecidas e divulgadas antecipadamente. (MELLO, 2007, p.12).

No entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, o procedimento licitatório é caracterizado pela disputa entre os interessados, e que estes, estarão submetidos as obrigações que se propuserem a cumprir, contudo prevalecerá a proposta mais vantajosa para a Administração Pública:

É um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas

relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir". (MELLO, 2007, p.423)

Do mesmo ponto de vista dos autores já citados, Araújo e Arruda, definem a Licitação Pública como um procedimento administrativo, pelo qual fornecedores habilitados e qualificados, apresentam suas propostas, e a mais vantajosa é contratada. (2010, p.116).

Para o autor Diogenes Gasparini, a Licitação pode ser entendida como:

Licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critério objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse. (2009, p. 477).

Em outras palavras, a Licitação é um procedimento pré contratual, que consiste num conjunto de atos administrativos, voltados ao contratante que ofereça as condições mais vantajosas em negócio que a Administração deseja celebrar. (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p.69).

Para contribuir, o doutrinador Kohama define este procedimento administrativo como:

A licitação é um procedimento administrativo complexo e regado de formalidade, realizado sob regime de direito público, anterior a uma contratação, pelo qual a administração ira selecionar o futuro contratado e definir as condições que regularão essa relação jurídica futura (KOHAMA, 2001, p. 123).

Este procedimento administrativo é marcado pela sucessão de fases e atos, que leva à indicação daquele que vai celebrar contrato com a Administração, pelo fato de oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. (MEDAUAR, 2003. p. 205)

Importante destacar uma decisão do STF que conceitua licitação, bem como suas características:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 16 E 19 DA LEI N. 260, DO ESTADO DE RONDÔNIA. SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE LINHAS MUNICIPAIS DE TRANSPORTE COLETIVO

EM PERMISSÃO INTERMUNICIPAL. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE LICITANTES. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT, 175 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenvolvida de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. [...] 7. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.. (BRASIL, 2015, B)

Importante salientar que as regras gerais sobre a licitação estão previstas no texto constitucional, que posiciona sobre a competência privativa da União para legislar, em seu art. 22, inciso XXVII:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 2015, A)

Ao passo que, as normas específicas podem ser legisladas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com a condição de não haver incompatibilidade com a norma geral.

Podem legislar sobre a matéria, os Estados e Municípios, com observância as normas de cunho nacional, bem como as peculiaridades locais ao que for específico nas licitações e contratações. (MEIRELLES, 2007, p.33)

O procedimento licitatório é regulamentado pela Lei 8.666/93, esta busca direcionar os passos que venham a ser dotados pela Administração Pública, mediante suas contratações de serviços e compras, ou seja, é a lei responsável por tratar das normas gerais da Licitação, conforme prevê em seu art. 1º:

Art. 1º **Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos** pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. **(Grifo nosso)** – (BRASIL, 2015, C)

Conforme já mencionado anteriormente, o art. 37, em seu inciso XXI, da Constituição Federal, impõem aos órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o dever de licitar. Bem como, determina seu objeto no art. 2º da Lei 8.666/93, e prevê a desnecessidade de licitar.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, **serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.** (Grifo Nosso) – (BRASIL, 2015, C)

O objeto da Licitação é a obra, o serviço, a compra, a alienação ou a concessão que deve ser contratada com o particular. (FRIEDE, 2002, p.93).

Existem algumas situações em que a licitação pública pode ser dispensada, ou seja, por função de valor, situação de emergência, calamidade pública, inviabilidade de competição, bem como aquelas elencadas no art. 24 da Lei 8.666/93, ao passo que não sejam causados por omissão da própria administração pública. (BRASIL, 2015, C)

Logo, as licitações também podem ser inexigíveis, ou seja, quando tratar-se de compra de produtos exclusivos, serviços técnicos de natureza singular e contratação de profissionais consagrados, bem como aqueles elencados no art. 25 da Lei 8.666/93. (BRASIL, 2015, C)

Em se tratando de dispensa e inexigibilidade de Licitação Pública, o autor Diogenes Gasparini explana:

A inexigibilidade também difere da licitação dispensada. Na inexigibilidade a Administração Pública não pode realizar a licitação por razão fática, enquanto na licitação dispensada a Administração Pública não pode promover a licitação por determinação legal. (2008, p. 548).

Perante as normas gerais, via de regra, a licitação é um ato obrigatório por força de um comando constitucional, havendo, no entanto algumas exceções, que foram mencionadas acima.

Contudo, o STF já se manifestou a respeito da obrigatoriedade de licitação para a administração Direta e Indireta, vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. ENTIDADES DE COOPERAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 11.970/1997 DO ESTADO DO PARANÁ. PARANAEDUCAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. [...] 3. A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a **obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios**. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO. (Grifo nosso) – (BRASIL, 2015, D)

2.2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As modalidades de Licitação encontram-se previstas no artigo 22 da Lei de Licitação nº 8.666/93, entretanto, com o advento da Lei 10.520/02 uma nova modalidade de licitação veio se juntar a essas: o pregão.

Art. 22. São modalidades de licitação:

- I - concorrência;
- II - tomada de preços;
- III - convite;
- IV - concurso;
- V - leilão. (BRASIL, 2015, C)

Segundo Diogenes Gasparini (2008, p.497), as modalidades de licitações são aquelas direcionadas ao valor estimado do contrato, logo os tipos de licitações são direcionados ao seu julgamento.

As definições das modalidades estão elencadas no §1º, §2º, §3º, §4º e §5º do respectivo artigo:

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (BRASIL, 2015, C)

A modalidade de Concorrência é aquela para contratos de grandes valores, admitindo a participação de qualquer interessado, desde que comprovem os requisitos mínimos e satisfaçam as condições do edital. (MEIRELLES, 2007, p.313).

Logo, a modalidade de Tomada de Preços é de âmbito menor, onde se mantém restringida aos interessados do ramo, porém estes deverão estar devidamente cadastrados ou atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. (FIGUEIREDO, 2006, p.412).

Em se tratando da modalidade de Convite, esta é muito utilizada para os contratos de pequeno porte. Seu procedimento é realizado através de carta convite, onde o administrador envia para no mínimo três interessados, independentes do registro. (FRIEDE, 2002, p.99).

É imprescindível a apresentação de pelo menos três propostas de licitantes devidamente qualificados. De forma que, não se obtendo o número mínimo de propostas é imposto à reabertura da licitação, para que sua legitimidade seja garantida. (MOTA, 2002, p.197).

Na modalidade de Concurso, esta se dá entre qualquer interessado e é caracterizada pela escolha de trabalho técnico, científico ou artístico mediante premiação ou remuneração aos vencedores, conforme designa o edital. (FAZZIO JÚNIOR, 2003 p.74).

Para Hely Lopes Meirelles, esta modalidade é especial, pois dispensa as formalidades específicas da concorrência. Contudo objetiva-se a escolha do melhor trabalho, embora se sujeitando ao princípio da igualdade e publicidade entre os concorrentes. (2007, p.321).

O Leilão é aquela modalidade que tem por finalidade a venda de bens móveis inservíveis para a Administração, ou produtos penhorados ou apreendidos legalmente, ou para a alienação de bens móveis, sujeitando-se a oferta de maior lance, igual ou superior ao da avaliação, sendo estendido a quaisquer interessados. (DI PIETRO, 2008, p.320).

Importante salientar que as modalidades de Concorrência, Tomada de Preços e Convite delimitam valores, que são definidos pelo art. 23 da Lei 8.666/93, sendo estes:

Art. 23 - As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I – para obras e serviços de engenharia:

a) convite: até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços: até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite: até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços: até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)

(BRASIL, 2015, C)

E por fim, o Pregão, esta modalidade foi criada pela Lei 10.520/2002, reportando-se ao menor preço.

O pregão será utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns, conforme exposto no seu artigo 1º:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. (BRASIL, 2015, C)

O objetivo de toda licitação é a obtenção da melhor e mais vantajosa proposta para a Administração Pública. Na modalidade do Pregão, esta ocorre entre os licitantes selecionados e convidados por meio de disputa, na qual os preços são oferecidos por meio de lances, podendo estes serem verbais ou por meio eletrônico. (DI PIETRO, 2008, p.205)

O início do processo de licitação, realizado pela administração pública, se dá através do edital. Nesta etapa é necessário que conste a definição de todas as condições pertinentes a licitação, outrossim, aquelas necessárias para a sua execução, bem como, para o conhecimento daqueles que possuem interesses em participar. (Di Pietro, 2008, p. 332)

Após a publicação do edital, o próximo passo é a habilitação, esta é maneira pela qual a Administração Pública julga previamente a competência jurídica da empresa licitante, sua capacidade técnica, econômica financeira e fiscal, cabendo ser comprovadas através da documentação apresentada. De acordo com o previsto nos arts. 28, 29, 30 e 31, da Lei nº 8.666/93. (BRASIL, 2015, C)

Conforme afirma Medauar (2003, p. 211):

A fase de habilitação tem início com o exame dos documentos comprobatórios das regularidades dos licitantes, visando aferir se este detém as condições mínimas para celebrar e executar o futuro contrato com a Administração Pública.

2.3 – CONTROLE JURISDICIONAL

Os atos da Administração Pública estão sujeitos ao controle jurisdicional, os recursos financeiros fazem parte do controle externo da administração, logo a Licitação Pública passa por esse controle, cabendo a fiscalização ao Tribunal de Contas da União. (MEDAUAR, 2003, p. 112)

Em 1980, por iniciativa do Ministro de Estado da Fazenda, Rui Barbosa, foi criado o Tribunal de Contas. Sendo regulado por princípios de fiscalização e

vigilância do ente público. Exercendo simultaneamente, o papel de fiscal e juiz da gestão governamental, bem como, parceiro da sociedade, no controle externo. Estas atribuições e competências foram estabelecidas pela Constituição Federal e posterior, por legislação ordinária. (MEIRELLES, 2007, p. 532)

Segundo Justen Filho, o controle se caracteriza pela submissão da atividade administrativa à fiscalização por órgãos externos à estrutura do Poder que os praticou. (2008, p. 1211)

Este controle pode ser conceituado como o controle de legalidade das atividades e atos administrativos dos três Poderes.

O controle jurisdicional é *externo, provado e direto*. É externo por se realizar por órgão que não integra a mesma estrutura organizacional da Administração Pública. É provocado porquanto só excepcionalmente o Judiciário atua de ofício. É direto porque incide, precípua e imediatamente, sobre os atos e atividades administrativas. (GASPARINI, 2008, p. 1059).

O controle externo existe com o intuito de comprovar a probidade da administração e a regularidade do emprego dos bens e valores públicos, tendo assim como a fiel execução dos orçamentos. (MEIRELLES, 2007, p. 798)

Fazem parte do controle externo o Poder Legislativo, que abrange o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público e o Poder Judiciário. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 1211)

Cabe a Administração verificar como se realizam os gastos públicos dentro dos seus variados órgãos. A fiscalização é efetuada por poderes ou entidades que não estão ligados à sua estrutura interna, pelo motivo de sua independência. O controle financeiro externo cabe ao Poder Legislativo. (MEDAUAR, 2003, p. 112)

Enquanto as suas funções, não compete ao TCU produzir normas jurídicas autônomas. Sua função primordial é editar normas gerais e abstratas, que regulam a conduta daqueles que administram os recursos públicos. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 1222)

A competência, organização e composição dos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais é a mesma atribuída ao Tribunal de Contas da União. (MEDAUAR, 2003, p. 130)

O procedimento da licitação é um ato administrativo, que deve ser submetido e de acordo com os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, conforme dispõe artigo 37 da Constituição Federal:

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 [...] (BRASIL, 2015, A)

Além dos princípios constitucionais referentes à Administração Pública, o procedimento licitatório deve estar também de acordo com seus princípios próprios, que estão elencados no artigo 3º da Lei 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 2015, C)

O procedimento licitatório deve estar em conformidade com os princípios administrativos que se encontram no artigo 37 da Constituição Federal, e com os princípios do artigo 3º da Lei de Licitação Pública 8.666/93, estes serão objetos de estudo do próximo capítulo.

3 CONCEITOS, ORIGEM E RECONHECIMENTO DO NEPOTISMO

Neste capítulo vamos analisar alguns conceitos pertinentes ao Nepotismo, bem como a sua origem, e seu reconhecimento diante os precedentes que incidiram a edição da Súmula Vinculante número 13 que vedou a prática do Nepotismo.

3.1 ORIGEM E CONCEITO

O nepotismo é visível desde a organização da sociedade humana, onde o homem com o seu instinto primitivo protegia e beneficiava seus entes familiares em todas as esferas da vida, tanto pessoal, quanto profissional. Portanto, foi considerado como elemento forte de base para a cultura, uma vez que existia a cooperação entre os parentes mais próximos que utilizavam os recursos sociais, de forma natural para a sobrevivência. (BELLOW, 2006.p.86-87)

No conceito histórico, o nepotismo foi marcado pelo período do Renascimento, onde os papas e outras autoridades da Igreja concediam e beneficiavam seus parentes mais próximos, com cargos e favores importantes dentro da Igreja. (GARCIA, 2006.p.8)

Logo, do ponto de vista etimológico, no dicionário Aurélio, a palavra nepotismo tem o seguinte significado: “Autoridade que os sobrinhos e outros parentes do Papa exerciam na administração eclesiástica.” (FERREIRA, 2011.p.2127)

Partindo-se da mesma linha de raciocínio, o dicionário Houaiss conceitua: “sobrinho do sumo pontífice; Conselheiro papal; por extensão de sentido, indivíduo especialmente protegido ou predileto; favorito. (HOUAISS, 2001.p.2011)

Por conseguinte, em seu significado nominal, “deriva do radical e também raiz latina *nepos* (sobrinho, descendente) agregado ao sufixo nominal 'ismo' (do grego *ismos*, que significa 'prática de').” (TORRINHA, 1945. p. 550-551).

Desde a era dos primórdios é possível identificar o nepotismo no Brasil, sendo marcada pela Carta de Pero Vaz de Caminha, onde o doutrinador Telmo da Silva Vasconcelos, nos traz a seguinte explicação:

A breve história da nação brasileira, já em seus primórdios, registra a primeira manifestação de tal prática, ocorrida pela pena de Pero Vaz de Caminha, escrivão de Pedro Álvares Cabral, ao dar conta ao Rei de Portugal das maravilhas que se descortinavam na terra nova:

“E nesta maneira, Senhor, dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta vossa terra vi. E, se algum pouco alonguei, Ela me perdoe, que o desejo que tinha de vos tudo dizer mo fez assim pôr pelo miúdo. E, pois que, Senhor, é certo que assim neste cargo que levo, como em qualquer outra coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da Ilha de São Tomé Jorge de Osório, meu genro, o que d'Ela receberei em muita mercê”. (2002, p.27-30)

Assim, é possível observar que através da Carta de Pero Vaz de Caminha, enviada ao Rei de Portugal, encontra-se a primeira passagem do Nepotismo no Brasil, onde este lhe dá notícias sobre a descoberta da Ilha de Vera Cruz e aproveita para pedir um favor em prol de seu genro para o Rei.

O nepotismo na administração pública não é diferente dos conceitos já elencados, ou seja, é caracterizado pela concessão de privilégios ou de cargos na administração pública sob o laço de algum vínculo.

Na mesma linha, o Desembargador Mauro Soares de Freitas, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais aduz:

O termo nepotismo deriva-se da palavra “nepote”, que designava o sobrinho do Papa, por isto entende-se “nepotismo” como sendo a influência que o sobrinho e outros parentes exerciam na administração eclesiástica. Seria, também, patronato, favoritismo e compadrio. Entretanto, a influência pode ser boa ou má, positiva ou negativa; se boa, nada a recriminar; se má, deve ser extirpada, após indispensável constatação e é dentro desta ótica que deve ser o termo analisado. (BRASIL, 2015, E)

É significativo ao favorecimento, abrangendo qualquer tipo de concessão a parentes. Em alguns casos esta relacionado à lealdade e confiança, destaca o doutrinador Emerson Garcia:

O nepotismo, em alguns casos, está relacionado à lealdade e à confiança existente entre o “benemérito” e o favorecido, sendo praticado com o fim precípua de resguardar os interesses daquele. Essa vertente pode ser visualizada na conduta de Napoleão, que nomeou seu irmão, Napoleão III, para governar a Áustria, que abrangia a França, a Espanha e a Itália. Com isto, em muito diminuía as chances de uma possível traição, permitindo a subsistência do império napoleônico. Em outras situações, o “benemérito” tão-somente beneficia determinadas pessoas a quem é grato, o que, longe de garantir a primazia de seus interesses, busca recompensá-las por condutas pretéritas ou mesmo agradá-las. Como ilustração, pode ser mencionada a conduta de Luiz XI, que presenteou sua amante Ana Passeleu com terras e até com um marido (João de Brosse), o que permitiu que fosse elevada à nobreza. (2006, p. 6).

O significado da palavra Nepotismo também foi conceituado pelo Ministro e Relator do Recurso Extraordinário de número 579.951/RN, Ricardo Lewandowski, da seguinte forma:

Como se sabe, do ponto de vista etimológico, a palavra 'nepotismo' tem origem no latim, derivando da conjugação do termo nepote, significando sobrinho ou protegido, com o sufixo 'ismo', que remete à idéia de ato, prática ou resultado. A utilização desse termo, historicamente, advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros aparentados dos Papas na administração eclesiástica, nos séculos XV e XVI de nossa era, ganhando, atualmente, o significado pejorativo do favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ou privada. (BRASIL, 2015, F).

Não se diferenciando dos outros conceitos acima mencionados, o Ministro seguiu a mesma linha de raciocínio, do ponto de vista etimológico, a sua origem advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros aparentados do Papa na administração eclesiástica.

3.2 PRECEDENTES PARA A VEDAÇÃO DO NEPOTISMO

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante de número 13, sendo publicada no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) em sua edição número 162/2008, de 29 de agosto de 2008, vedando a prática do Nepotismo nos três poderes.

A Suprema Corte já vinha discutindo sobre o tema Nepotismo, desde os precedentes julgamentos:

- da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521, procedente do Estado do Rio Grande do Sul, julgada parcialmente procedente em 12 de março de 1997;

EMENTA: CARGOS DE CONFIANÇA - PARENTESCO - NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO - PROIBIÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL - ADI - LIMINAR. A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado "nepotismo" tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consangüíneos e afins até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para cessação das situações existentes. CARGOS - EXTINÇÃO - INICIATIVA - ADI - LIMINAR. Ao primeiro exame,

exsurge conflitante com a Carta Política da República, preceito que, embora de índole constitucional, implique extinção de cargos de confiança ocupados à margem das peculiaridades que lhes são próprias. Impõe-se, na espécie, a iniciativa de lei em tal sentido pelo Poder ou Órgão (MP) em que situados. (BRASIL, 2015, G)

- do Mandado de Segurança nº 23780, procedente de Maranhão, julgada em 28 de setembro de 2005;

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. **A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder.** Mandado de segurança denegado. (BRASIL, 2015, H)

- da Ação Direta de Constitucionalidade 12, julgada em 16/02/2006;

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04). Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 06/12/05, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 09/05, alterando substancialmente a de nº 07/2005. A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a

interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art 37, cabeça. Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação. (BRASIL, 2015, I)

- e do Recurso Extraordinário nº 579.951-4, procedente do Rio Grande do Norte;

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (BRASIL, 2015, F)

Ainda, diante o Recurso Extraordinário nº 579.951-4, o Ministro Ricardo, se posicionou:

Estou afirmando, no meu voto, a partir de um caso concreto que, realmente, os princípios são auto-aplicáveis, que a vedação ao nepotismo decorre

exatamente da conjugação desses princípios da Constituição, com o etos prevalente na sociedade brasileira. (BRASIL, 2015, F)

E no mesmo julgamento, o Ministro Celso de Mello, se posicionou da seguinte forma:

O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, **desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa**. E esta Suprema Corte, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a tão graves transgressões da ordem constitucional. Concluo o meu voto. E, ao fazê-lo, reafirmo o meu entendimento de que **o nepotismo se mostra incompatível com o sistema constitucional, impondo-se, por isso mesmo, a vedação de sua prática a todos os Poderes da República e a todos os níveis em que se estrutura o Estado Federal brasileiro**. Torna-se necessário banir, definitivamente, de nossos costumes administrativos, a prática inaceitável do nepotismo, porque, além de infringente da ética republicana, transgride os postulados constitucionais da igualdade, da impessoalidade, da transparência e da moralidade administrativa. (Grifo nosso). (BRASIL, 2015, F)

Entretanto, após os julgados acima serem analisados sendo foi ensejada a deliberação da referida Súmula a partir do Recurso Extraordinário 579.951, acima mencionado, proibindo o Nepotismo.

O Supremo Tribunal Federal, em 21 de agosto de 2008, editou a Súmula Vinculante de número 13, tendo como redação:

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, 2015,J)

O artigo 37, “caput”, da Constituição Federal serviu de base para a edição da Súmula 13.

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 e, também. (BRASIL, 2015, A)

Deste modo, segundo o Supremo Tribunal Federal, qualquer nomeação de parentes até o terceiro grau para o exercício de cargo em comissão ou de

confiança ou, ainda, de função gratificada no âmbito da Administração Pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, viola o art. 37, caput, da Constituição Federal, ou seja, fere os princípios constitucionais da Administração Pública. (BRASIL, 2015, A)

Ao longo da história brasileira, a sistematização normativa do nepotismo evoluiu vagamente. Em nenhuma das Constituições Brasileiras consta a vedação, tampouco a autorização para a prática do nepotismo, aponta Ivan Barbosa Rigolin:

Nem uma breve referência a esse tema consta de modo explícito, ou mesmo implícito, da Carta de 1988. O assunto é-lhe por completo estranho e inusitado — como de resto o é desde a primeira Constituição brasileira, que como todas até o presente jamais se abalçou a restringir nepotismos na Administração. (2007, p. 10-15)

Seguindo a definição e o entendimento popular, devido à falha legislativa, o nepotismo é associado à imoralidade, segundo Ivan Barbosa Rigolin:

A primeira vocação do cidadão, o seu primeiro ímpeto ou o seu arroubo inercial é a de convictamente entender que sempre qualquer nepotismo é inadmissível e inaceitável por imoral por injustamente personalístico, anti-isonômico. E conhecendo um pouco a espécie humana tristemente reiteramos: é mais forte aquele reproche espontâneo quando o nepotismo é alheio e beneficia a outrem, exatamente como asseverava o conhecido moralista profissional que não suportava privilégios, muito em especial quando deles não participava. Assim, se para cada parente beneficiado mil cidadãos não o são, natural resulta que a opinião pública seja a dos mil e não a do único — e tenderá a ser desfavorável à prática. (2007, p.10-15)

Conforme o autor citou acima, quando o indivíduo se depara com algum evento que contenha a prática do nepotismo, o mesmo tem que entender que sempre será inaceitável, pois colide com a moralidade, ou seja, é um ato ilegal, imoral.

Partindo-se ainda do Recurso Extraordinário de número 579.951, cabe ressaltar o entendimento dotado pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

Embora existam diversos normativos no plano federal que vedam o nepotismo, inclusive no âmbito desta Corte, tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo. **É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculante**, como ensina Gomes Canotilho. (Grifo nosso) - (BRASIL, 2015 F)

Não existe proibição de Nepotismo em lei formal, mas esta deve decorrer com base nos princípios constitucionais, ou seja, aqueles contidos no art. 37 da Constituição Federal, pois são regras jurídicas de caráter prescritivo.

Destacando-se o trecho do Voto da Ministra Carmem Lúcia:

Nem precisaria haver princípio exposto - quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa - para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. 1º, da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República (BRASIL, 2015, L).

A Súmula vinculante de número 13 ratificou os princípios da moralidade e da impessoalidade, o caráter da autoaplicabilidade, sem valer-se da necessidade de recorrer à lei em sentido formal.

Anterior à aprovação da Súmula 13, o STF já tinha entendimento firme no sentido de proibição da prática do Nepotismo, com base no princípio da moralidade administrativa:

MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança. (BRASIL, 2015,M)

Para o Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 2º, da Resolução n. 07, de 18.10.2005, constitui prática de Nepotismo:

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;
 II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento. (BRASIL, 2015, N)

No inciso II, da referida resolução mencionada, encontramos a definição de Nepotismo Cruzado, ou seja, aquele onde há reciprocidade nas nomeações. Bem como, vejamos na seguinte jurisprudência:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA OCORRÊNCIA DE **NEPOTISMO CRUZADO**. PEDIDO DE SUSPENSÃO DAS NOMEAÇÕES. RISCO PARA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA. RECURSO PROVIDO. I - A antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do CPC , é medida excepcional, só podendo ser deferida diante da comprovação da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. II - É entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951-4/RN que, em se tratando de nomeação de agente político, a configuração de nepotismo deve ser feita no caso concreto, não podendo ser afastada de forma absoluta. III - Em posterior julgamento por este mesmo tribunal, Agravo Regimental em Medida Cautelar na Reclamação nº 6.650-9, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, restou decidido que não se aplica a Súmula Vinculante nº 13 aos agentes políticos, hipótese esta que se assemelharia a dos autos. (BRASIL, 2015, O)

3.3 SÚMULA VINCULANTE Nº 13

A Súmula Vinculante de nº 13 veda a prática do Nepotismo, e conforme jurisprudência mencionada acima, se aplica aos agentes públicos, excluindo os agentes políticos.

A respeito da Súmula Vinculante, esta serve como um instrumento de contribuição que auxilia o magistrado nas suas decisões processuais futuras, ou seja, são enunciados jurisprudenciais que refletem entendimentos já pacificados em alguns tribunais. (JAMBO, 2009, p.135)

É uma manifestação de Tribunal Superior e que possui efeito *erga omnes*, quem afirma é o autor Décio Sebastião Daidone, que ofereceu seguinte conceito para a súmula vinculante:

Por 'súmula vinculante', compreende-se a manifestação de Tribunal Superior a respeito de sua jurisprudência sumulada, com efeito *erga omnes*, impedindo que se decida ou se proceda em qualquer segmento civil ou público da sociedade, contra súmula catalogada e posta como tal. (2006, p.78)

Neste sentido, cabe diferenciar o significado da junção dessas palavras, "Súmula + Vinculante", que tratando do tema, Alfredo Buzaid, apresenta a seguinte definição de súmula:

Uma coisa é a lei; outra, a súmula. A lei emana do Poder Legislativo. A súmula é uma apreciação do Poder Judiciário, que interpreta a lei em sua aplicação aos casos concretos. Por isso a súmula pressupõe sempre a existência da lei e a diversidade de sua exegese. A lei tem caráter obrigatório; a súmula revela-lhe o seu alcance, o sentido e o significado, quando ao seu respeito se manifestam simultaneamente dois ou mais entendimentos. Ambas tem caráter geral. Mas o que distingue a lei da súmula é que esta tem caráter jurisdicional e interpretativo. É jurisdicional, porque emana do Poder Judiciário; é interpretativo, porque revela o sentido da lei. A súmula não cria, não inova, não elabora lei; cinge-se a aplicá-la, o que significa que é a própria voz do legislador. Se não entender assim, se a interpretação refugir ao sentido real da lei cabe ao legislador dar-lhe interpretação autêntica. (BUZOID, 1983, p.125)

Logo, quanto à definição da palavra vinculante, o autor João Paulo Fisher Dias explica:

O efeito vinculante ou força vinculante, no seu sentido mais genérico, *lato sensu*, traduz-se como: liame, laço que cria um vínculo entre sujeitos – uma obrigação que limita as escolhas do sujeito nas suas relações intersubjetivas, sem solapar deste sujeito à liberdade, proporcionando, ao mesmo tempo, estabilidade e segurança nas relações sociais. (2004, p.13)

O órgão competente para aprovar Súmula é o STF, conforme consta no art. 103-A da Constituição Federal, que foi consagrado com o surgimento da Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, que dispõe:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **aprovar súmula** que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública

direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Grifo nosso) (BRASIL, 2015, A)

O Supremo Tribunal Federal, em 21 de agosto de 2008, quando editou a Súmula Vinculante de número 13, em sua redação expôs que a vedação caberia à nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau. (BRASIL, 2015, J)

Para Maria Helena Diniz, o parentesco é aquela relação vinculatória que vai além daquelas pessoas que descendem uma das outras, ou seja, é também aquela relação que se dá entre um cônjuge ou companheiro, bem como os parentes destes, incluindo adotante e o adotado, e pai institucional e filho socioafetivo. (2006, p.425)

No primeiro momento, entende-se por parente consanguíneo aqueles que advém de laços diretos de parentesco, onde se dividem em linha reta e colateral. Os parentes em linha reta são aqueles ligados por vínculo de ascendência ou descendência. Logo, os parentes em linha colateral são aqueles que não descendem uns dos outros, por exemplo, irmão, tio, sobrinho. (DINIZ, 2006, p. 428)

Os artigos 1.591 e 1.592 do Código Civil trazem a definição da relação de parentesco em linha reta e colateral:

Art. 1591 – São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1592 – São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra. (BRASIL, 2015, P)

A Súmula Vinculante nº 13, postulou limitação ao parentesco em linha reta sendo “até o terceiro grau, inclusive.” (BRASIL, 2015, J)

Enquanto ao vínculo de afinidade, firmado também pela referida Súmula, encontra-se expresso sua definição no art. 1.595, §§ 1º e 2º do Código Civil:

Art. 1.595 – Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º - O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º - Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. (BRASIL, 2015, P)

Logo, pertinente às funções elencadas na Súmula supracitada, sendo elas “função de confiança e cargo em comissão”, a Constituição Federal discorre em seu art. 37, inciso V:

Art. 37 – [...]

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; (Grifo nosso) – (BRASIL, 2015, A)

As funções públicas são criadas por lei, e caracterizam-se por serem atribuições correspondentes a encargos de direção, chefia e assessoramento. São exercidas por titular de cargo efetivo, ou de confiança da autoridade que as nomeou. (MELLO, 2006, p.236)

Segundo Marçal Justen Filho (2008, p.583), consoante ao cargo público efetivo, estes são condicionados ao preenchimento de requisitos, sendo eles realizados através de concurso público de provas ou de provas e títulos, onde a estabilidade é sua característica principal.

Por outro lado, o cargo em comissão, que também pode ser chamado de cargo de confiança, é aquele preenchido por pessoa que goza da confiança, daquele pelo qual nomeia ou propõe a nomeação. (MEDAUAR, 2003, p. 265)

O inciso II, do artigo 37 da Constituição Federal, menciona a não exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público em comissão.

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; (BRASIL, 2015, A)

O doutrinador Hely Lopes Meirelles também aborda sobre o referido assunto, da seguinte forma:

Em face da EC 19, as funções de confiança, que só podem ser exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo, destinam-se, obrigatoriamente, apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V), que são de natureza permanente. Tal comando independe de lei, uma vez que o exame desse art. 37, V, revela que para as funções de confiança ele é de eficácia plena, ao reverso do que ocorre em relação aos cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, como ali está dito. Essas funções, por serem de confiança, a exemplo dos cargos em comissão, são de livre nomeação e exoneração. (MEIRELLES, 2007, p.418)

No artigo 3º da Lei nº 8.112, de 1990, é estabelecido uma definição para cargo público:

Art. 3º - Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo Único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão. (BRASIL, 2015, Q)

É aquele cargo próprio de direção, chefia e assessoramento de certos órgãos da Administração Pública, onde o agente se dispõe a seguir a orientação da autoridade nomeante, pelo fato de ser de sua confiança, mas sempre objetivando a promover a ordem na esfera pública. (GASPARINI, 2008, p.269).

Segundo Hely Lopes Meirelles (2007, p.424), os cargos em comissão podem ser contratados de forma livre e outra a ser limitada diante lei, cuja finalidade é evitar a fraude de determinação constitucional, portanto o princípio da razoabilidade deve ser respeitado.

No âmbito da Licitação Pública, que será matéria do próximo capítulo, os princípios mencionados no Art. 37 da Constituição Federal, são os mesmos identificados no art. 3º da Lei 8.666/93, que são os princípios administrativos. Estes indicam que o fim proposto nas Licitações Públicas é o bem comum, cuja relação com o Poder Público não ponha em risco a moralidade administrativa, à

impessoalidade e à probidade.

4. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS A MATÉRIA QUE VEDAM PRÁTICA DO NEPOTISMO EM LICITAÇÃO PÚBLICA

Neste vamos analisar os conceitos dos princípios administrativos, que estão elencados no art.37 da CF, bem como, aqueles responsáveis pela vedação da prática do Nepotismo em Licitação Pública.

4.1 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS E REGRAS

Na Constituição Federal estão explícitos os princípios que possuem característica de generalidade e abstração, e também estabelecem valores fundamentais da sociedade e do ordenamento jurídico. (CRUZ, 2003, p. 106)

A Constituição Federal é a lei fundamental e suprema de um Estado, sua função é nortear as questões referentes à estrutura de um Estado, à formação dos poderes públicos, a forma de governo, a distribuição de competências, bem como os direitos e deveres dos cidadãos. (MORAES, 2006, p. 06)

A administração pública é guiada por diversos princípios que advêm da Constituição, com a finalidade de garantir a prática correta de atos administrativos e também para garantir uma boa gestão dos negócios públicos. (SILVA, 2006, p. 667)

Em seu art. 37, caput, XXI, da Constituição Federal dispõe como orientadores da Administração Pública Direta e Indireta os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Os princípios consagram valores que devem ser atingidos, no entanto, consistem em normas jurídicas que estabelecem modelos de conduta, que não determinam uma única solução, mas sim apresentando um rol de condutas compatíveis com a ordem pública. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 136)

O doutrinador Miguel, conforme os preceitos clássicos, define princípio como:

Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por

terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da práxis. (REALE, 1980, p. 299).

Ainda, tratando-se ao conceito de princípio, Justen Filho (2008, p. 142) menciona que os princípios jurídicos refletem valores e traduzem o modo como a Nação concebe e vivencia esses valores.

Ao contrário das normas, que variam o conteúdo de acordo com o tempo e o lugar, os princípios são universais, absolutos, objetivos e permanentes. (BARCELLOS, 2011, p. 54)

Alexy (2008, p. 109), define o conceito de princípio partindo de três objeções. A primeira, afirma que existem colisões entre os princípios que podem ser resolvidas por meio de uma declaração de invalidade de um deles; a segunda, que existem princípios absolutos e que jamais podem ser colocados em uma relação de preferência em face de outros princípios; e a terceira, que o conceito de princípio é inútil, por ser muito amplo e porque introduziria interesses.

Da mesma forma, Silva explicita que estes “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas e normas”. (SILVA, 2006, p.92)

Na tentativa de conceituar os princípios, afirma Gordillo (1877, p. 183)

Em nenhum momento pode se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que constituem um limite à discricionariedade administrativa; esses limites à discricionariedade se diferenciam das faculdades regradas por constituírem em geral limitações mais ou menos elásticas, vagas, imprecisas, necessitadas de uma investigação de fato, no caso concreto, a fim de determinar sua transgressão, a par de que a violação das faculdades regradas é usualmente mais clara, ao resultar da mera confrontação do ato com a norma legal; assim, a regulação é limite concreto, os princípios que freiam a discricionariedade são limites relativos ou elásticos.

Nesse sentido, Alexy (2008, p. 87), afirma que tanto as regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Sendo assim, a distinção entre regras e princípios, é uma distinção entre duas espécies de normas.

Os princípios estão relacionados com a ideia de valores. As normas não têm um conteúdo determinado, portanto, não estão necessariamente ligadas à moral. (BARCELLOS, 2011, p. 54)

Logo, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo assim, tornam-se ferramentas de otimização, caracterizados por serem satisfeitos em graus variados. Por sua vez, as normas são sempre satisfeitas ou insatisfeitas. Se uma norma é válida, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige. (ALEXY, 2008, p. 90)

Diante os princípios, Odete Medauar, define:

No direito administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos. (2003, p. 147)

As normas diferenciam-se dos princípios porque os efeitos dos princípios são indeterminados, ao contrário das normas. Outra distinção está no fato de que os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio são variados. (BARCELLOS, 2011, p. 70)

Os princípios não são direcionados para uma única solução, mas possibilitam diversas alternativas, que devem ser analisadas de acordo com a ocasião de sua aplicação. Em contrapartida, a regra torna válida uma solução determinada. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 137)

Aponta Justen Filho (2008, p. 137), que os princípios traduzem os valores fundamentais onde refletem nas decisões fundamentais de nossa Nação. De outro modo, a regra traduz uma solução concreta e indefinida, enquanto o princípio pode concretizar-se por meio de soluções concretas diversas.

Cada espécie normativa desempenha funções distintas, que se complementam a tal ponto que, não é possível entender uma sem a outra. Por isso, não se pode afirmar que os princípios são mais importantes do que as normas, ou vice versa. (AVILA, 2014, p. 148)

No tocante a aplicação das regras e princípios, Justen Filho (2008, p. 138) afirma “O princípio é concretizado por meio de um processo de ponderação, enquanto a regra é aplicada por meio de um processo de subsunção”.

Sendo assim, quando ocorre uma colisão entre uma norma e outra, a solução é declarar uma delas como inválida. No entanto, quando os princípios entram em conflito, ambos mantêm sua validade e somente é estabelecida certa hierarquia entre eles. (ÁVILA, 2014, p. 150)

A relevância dos princípios dá-se pelo fato de que a atividade administrativa traduz o exercício de poderes e deveres, estando vinculada ao fim a ser atingido. Existem situações em que o direito não estabelece uma conduta como obrigatória, vedada ou facultada. Desde então, são nestas situações que pode haver certa autonomia de escolha quanto ao meio a que poderá ser adotado, desta feita para que não ocorram escolhas inadequadas, os princípios darão este norte. Contudo, pode-se dizer que os princípios desempenham função normativa. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 142)

Para Paulo Bonavides, os princípios são considerados como a expressão mais alta da normatividade:

Os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. (2003, p.259)

4.2 PRINCÍPIOS DO ART.37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme já mencionado na presente monografia, estão explícitos alguns princípios no caput do art. 37 da Constituição Federal, sendo eles: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e o princípio da publicidade. Estendendo-se também no âmbito da Licitação Pública, sendo identificados no art. 3º da Lei 8.666/93.

O princípio da legalidade está fundamentado na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II, trazendo a seguinte determinação, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Neste sentido, Helly Lopes Meirelles (2007, p. 67) conceitua que:

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e de responsabilidade disciplinar, civil e criminal, de acordo com cada caso.

A Constituição Federal determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade, uma vez que este princípio possui bases valorativas que se sujeitam as atividades e preceitos fundamentais, pelo qual norteiam todo o ordenamento. (MEDAUAR, 2003, p.101)

Nenhum acordo terá validade se não estiver dentro dos padrões legais previamente estabelecidos, ou seja, o administrador público somente pode fazer o que a lei determina. (AMORIM, 1998, p.34)

Toda a atividade da administração pública esta sujeita a lei, é o que aduz o autor José Afonso da Silva:

Toda a sua atividade fica sujeita à *lei*, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tão pouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei. (2006, p.420)

Este princípio disciplina todos os atos praticados no processo licitatório, em que Administração Pública e terceiros devem seguir os preceitos legais para que o procedimento adotado não seja viciado e atenda os objetivos desejados. (PRADO, 2007, p.123)

A vinculação da atividade administrativa pública é regida através de lei, não há vontade pessoal, diferente da administração particular, nas palavras de Helly Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa 'poder fazer assim'; para o administrador significa 'dever fazer assim'. (2007,p.125)

O princípio da legalidade em relação ao poder público, se dá à medida que este pode fazer somente aquilo que está previsto em lei, enquanto que tal princípio em razão do poder privado possibilita aos mesmos fazerem tudo o que a Lei não proíba. (PRADO, 2007, p. 124)

Outro princípio que se encontra no rol do art. 37, é o princípio da eficiência, muito embora tendo sido introduzido no texto constitucional através da Emenda Constitucional número 19 de 1998, o princípio da eficiência já constava da legislação infraconstitucional, a exemplo das previsões constantes do Decreto Lei n. 200/67, da Lei de Concessões e Permissões e do Código de Defesa do Consumidor.

O princípio da eficiência pode ser considerado pelo modo de que o agente público atua perante suas atividades, buscando sempre o melhor desempenho

possível, bem como o modo pelo qual a administração pública se organiza e se desempenha com o objetivo de alcançar sempre os melhores resultados diante os serviços públicos. (DI PIETRO, 2008, p.52)

Diante este princípio, o autor Custódio Filho identifica três ideias, que são: prestabilidade, presteza e economicidade, explanando seu conceito:

Do exposto até aqui, identifica-se no princípio constitucional da eficiência três idéias: prestabilidade, presteza e economicidade. Prestabilidade, pois o atendimento prestado pela Administração Pública deve ser útil ao cidadão. Presteza porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez. Economicidade porquanto a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menos oneroso possível ao Erário público. Tais características dizem respeito quer aos procedimentos (presteza, economicidade), quer aos resultados (prestabilidade), centrados na relação Administração Pública/cidadão.

Ocorre que há também outra espécie de situação a ser considerada quanto à Administração e que não engloba diretamente os cidadãos. Trata-se das relações funcionais internas mantidas entre os agentes administrativos, sob o regime hierárquico. Nesses casos, é fundamental que os agentes que exerçam posições de chefia estabeleçam programas de qualidade de gestão, definição de metas e resultados, enfim, critérios objetivos para cobrar de seus subordinados a eficiência nas relações funcionais internas dependerão a eficiência no relacionamento Administração Pública/cidadão. Observando esses dois aspectos (interno e externo) da eficiência na Administração Pública, então, poder-se-ia enunciar o conteúdo jurídico do princípio da eficiência nos seguintes termos: a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis. (1999, p.214)

A eficiência se consolida através da busca pelos resultados práticos de produtividade, de economicidade, obtendo como resultado a redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos de iniciativa privada, logo que nessa situação o lucro é de toda sociedade. (MARINELA, 2010, p. 42)

Alexandre de Moraes oferece o seguinte conceito para o princípio da eficiência:

Assim, *princípio da eficiência* é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. (2003, p. 317)

O princípio da eficiência é direcionado para com a ideia de ação, de agilidade, com o intuito de produzir o resultado de modo rápido e preciso, mas que satisfaçam as necessidades da população, sendo esta uma forma de nortear a

atuação da administração pública. Contrapondo-se a lentidão, a descaso, a negligência e a omissão. (MEDAUAR, p.123)

Na mesma linha de raciocínio, o principal objetivo deste princípio é impor ao agente público a necessidade de realizar as suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento. Contudo, sendo observadas a produtividade e a adequação técnica, para que produzam resultados favoráveis ao interesse da sociedade. (BRUNO, 2005, p.72)

Contudo, importante salientar que o princípio da eficiência se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, e tão obstatante violar o princípio da legalidade com a finalidade de se buscar uma melhor eficiência. (DI PIETRO, 2010, p. 84)

Consoante ao princípio da publicidade, também explícito no rol do art. 37 da CF, este impõe que todos os atos do procedimento administrativo sejam levados ao conhecimento do público, que os atos se façam na presença de quaisquer interessados e que o conteúdo do procedimento possa ser conhecido por qualquer pessoa. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 346)

A publicidade é elencada como um princípio administrativo porque se entende que o Poder Público deve agir com a maior transparência possível, possibilitando que os administrados tenham conhecimento do que os administradores estão fazendo. (SILVA, 2011, p. 670)

Este princípio tem como o principal objetivo a prestação de contas de suas condutas, a divulgação de seus atos na imprensa oficial e o fornecimentos das informações quando forem regularmente solicitadas. (FAZZIO JUNIOR, 2003 p.22)

Para Edgar Carlos de Amorim, “este princípio é considerado de suma importância, uma vez que o ato ou contrato administrativo só poderão ter eficácia se forem publicados.” (1998, p. 39)

Todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a administração que o realiza. No entanto, no que tange aos limites dessa publicidade administrativa, o sigilo só é admitido nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração. (MEIRELLES, 2007, p. 94)

O princípio da publicidade impõe “a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos” (MEIRELLES, 2007, p. 95)

A existência deste princípio se justifica pelo fato de que o administrador exerce função pública, ou seja, atividade em nome e interesse da coletividade, logo

o titular desse interesse deve ter justa ciência do que está sendo feito com os seus direitos. (MARINELA, 2010, p. 39)

Outro princípio que se encontra expresso no rol do art.37 da CF é o princípio da impessoalidade. Um dos aspectos deste princípio é que os governantes passam a atuar em nome do Estado, e estes devem buscar sempre atender aos interesses da administração pública e nunca aos interesses pessoais. (DIAS, 2008, p. 55)

Noutras palavras, este princípio foi adotado com o intuito de alertar o agente público, para que evite a prática de atos abusivos que possam afastar qualquer promoção pessoal e até mesmo de terceiros. Atos estes deflagrados como abuso de poder, desvio de finalidade que conseqüentemente provocará a punição criminalmente. (AMORIM, 1998, p.38)

Nas palavras do doutrinador Bandeira de Mello:

No princípio da impessoalidade se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou da isonomia.(MELLO, 2007, p.114)

A impessoalidade é fundamentada na verdade da igualdade e tem seus desdobramentos explícitos em vários dispositivos constitucionais, como por exemplo o art. 37, inciso II, que exige concurso público para trabalhar em algum setor público, ou no art. 37, inciso XXI, que exige licitação pública para assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes. Isto estabelece que a administração pública não deve conter a marca pessoal do administrador, ou seja, os atos públicos não são praticados pelo servidor e sim pela administração a que ele pertence. (MELLO, 2007, p.110)

A administração tem que tratar a todos os seus administrados “sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo, nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa” (MELLO, 2007, p.114)

Diante deste princípio, o poder público fica obrigado a manter uma posição neutra em relação aos administrados, sendo proibido estabelecer discriminações e, muito menos favoritismo. (SPITZCOVSKY, 2005, p.38)

Logo, impõe-se à administração que trate de forma igual a todos os que estejam na mesma situação fática e jurídica. “Isso significa que os desiguais em termos genéricos e impessoais devem ser tratados desigualmente em relação àqueles que não se enquadram nessa situação” (MEIRELLES, 2007, p. 94)

As ações administrativas devem desenvolver-se a partir dos critérios de bom andamento do serviço público, direcionando-se sempre para o melhor interesse público a tutelar. Não devendo agir com o a finalidade de interesses políticos, interesses particulares, públicos ou privados e grupos. (FIGUEIREDO, 2004, p.63)

O princípio da impessoalidade é um mandamento para o administrador público agir de forma despersonalizada, buscando sempre atender ao interesse público, ficando vedada a atuação que objetive atender interesses particulares. (MEIRELLES, 2009, p. 90)

Cabe ressaltar que este princípio se encontra atrelado a outros princípios, sendo eles a moralidade, a eficiência e a isonomia, que respalda também nas proibições perante a prática do nepotismo na Administração Pública, com o objetivo de afastar este tipo de improbidade do sistema e as facilidades adquiridas em razão do parentesco (MARINELA, 2010, p. 35)

4.3 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Por fim, dando mais ênfase, o último princípio a ser mencionado na presente monografia é o princípio da moralidade administrativa. Contudo, este princípio encontra-se atrelado ao direito e moral, devemos nos atentar primeiramente a esta diferenciação.

Se está no domínio da moralidade quando se obedece à lei por um sentimento interno, que nos leva a cumprir o dever pelo dever e, pelo contrário, se está no campo do direito quando se cumpre um dever não em virtude de um motivo psicológico, mas pela própria coação da lei ou por outras causas. (FERREIRA, 1994, p.25)

Portanto, a moral se caracteriza pelo impulso subjetivo que nos leva a agir conforme certas regras éticas e de bons costumes, ou seja, é um conjunto de normas de conduta com a virtude.

A Constituição Federal de 1988, ao prever o princípio da moralidade, em seu art. 37, caput, despertou discussões acerca do tema ético e moral, onde este princípio constituiu pressuposto de validade dos atos e contratos administrativos. (SOUZA SEGUNDO, 2000, p.25)

O princípio da moralidade impõe ao administrador que, além de seguir as leis, pautar seu agir em normas de conduta ética, lealdade e boa-fé.

Não há dúvida que toda regra jurídica é por excelência moral. Que não se permite a norma fora dos pressupostos de moralidade. Contudo, na execução do ato administrativo, ou na aplicabilidade dele, não se desmerecem os critérios objetivos e subjetivos.

Também nesse liame entre o fato direito e o fato autoridade, a moral passa a conscientizar uma relação de ordem, uma vez que as ações humanas recebem sua moralidade do objeto formal, constituído da matéria com que operam e da relação desta com a ordem e com o fim. Na verdade, frente à realidade, aconteça de as teorias firmarem orientações díspares, o fenômeno é o mesmo: atos aparecem que, embora bons e legais em si, trazem consigo um predomínio de parte, isto é, um desvio que tende à violação da razão ou da lógica jurídica.

Acredita-se que a moral subjetiva de qualquer ato, com maior relevo no ato administrativo, deve ser determinada pela intenção concreta, isto é considerada não somente em si, como também nos meios pelos quais pode ser efetuada e nas circunstâncias acidentais todas, que possam manter alguma relação com a ordem moral. A malícia de um ato, seja este público ou privado, afasta-o da moralidade legal. Do bem geral como um fim. (FRANCO SOBRINHO, 1974, p. 33)

O princípio da moralidade determina que os atos da administração pública devam estar de acordo com os padrões éticos dominantes na sociedade para a gestão dos bens e interesses públicos. (CARDOZO, 1999, p.158)

Segundo Hely Lopes Meirelles:

Tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum. (2009, p.95)

Neste modo, a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, enquanto a moral administrativa é orientada por uma diferença prática entre boa e má administração. (MOREIRA NETTO, 2003, p. 94)

No julgamento da ação declaratória de constitucionalidade, que fora ajuizada em prol da resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça (ADC 12-MC), que tratava-se do nepotismo, o Ministro Carlos Ayres Britto apontou a imoralidade do ato de nepotismo:

É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados. Por isso que deixo de atribuir a ele, em tema de nepotismo, a mesma importância que enxergo nos encarecidos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade.

Conforme mencionado, os princípios da moralidade e impessoalidade estão interligados para a concretização da vedação do nepotismo.

Quando o princípio é infringido pelo administrador público, daí então ocorre o ato de imoralidade administrativa, configurando desde então o desvio de finalidade, o favorecimento de terceiros, prejuízo ao interesse público, prática antidemocrática, imoralidade, ilegalidade e desigualdade. (DI PIETRO, 2006, p.94)

O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais:

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (MELLO, 2002).

A Súmula vinculante de número 13 ratificou aos princípios da moralidade e da impessoalidade o caráter da autoaplicabilidade, sem valer-se da necessidade de recorrer à lei em sentido formal.

O STJ se pronunciou a respeito do tema, onde conferiu ampla integratividade aos princípios administrativos, ao passo que reconheceu o

parentesco como impedimento à participação em licitações públicas, onde se constata por meio dos trechos da ementa do Recurso Especial 615.432/MG:

2. A principiologia do novel art. 37 da Constituição Federal, impõe a todos quantos integram os Poderes da República nas esferas compreendidas na Federação, obediência aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.

3. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos, e assume grande relevância no processo licitatório, consoante o disposto no art. 37, XXI, da CF.

5. Consectariamente, a comprovação na instância ordinária do relacionamento afetivo público e notório entre a principal sócia da empresa contratada e o prefeito do município licitante, ao menos em tese, indica quebra da impessoalidade, ocasionando também a violação dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, e ao disposto nos arts. 3º e 9º da Lei de Licitações. Deveras, no campo da probidade administrativa no trata da coisa pública o princípio norteador é o do in dubio pro populo. (BRASIL, 2015f)

Igualmente o TCU, logo após os julgados do STF ADC 12 e Súmula Vinculante 13, adotou o entendimento de que o rol do art. 9º é passivo de ampliação por força dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, servindo então de caráter exemplificativo, tal prova se extrai do Acórdão 1170/2010, tendo as seguintes passagens:

13. A princípio, ressalto que o § 3º transcrito confere ao caput do art. 9º amplitude hermenêutica capaz de englobar inúmeras situações de impedimento decorrentes da relação entre autor do projeto e licitante ou entre aquele e executor do contrato. Nesse sentido, a norma, ao coibir a participação de licitante ou executor do contrato que possua "qualquer vínculo" de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista com o autor do projeto, elasteceu as hipóteses de impedimento, uma vez que não se faz necessária a existência de vínculo jurídico formal, mas, tão somente, uma relação de influência entre licitante ou executor do contrato e autor do projeto.

20. Ademais, verifico que os fatos analisados demonstram, além de ofensa ao art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.666/93, clara afronta aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

21. Cumpre destacar que no ordenamento jurídico pátrio os princípios têm força normativa intrínseca, conforme se depreende do acórdão exarado pelo STF no âmbito do RE 579.951-4. Nessa oportunidade, o STF vedou a prática do nepotismo nos três Poderes da República, conquanto só houvesse norma nesse sentido aplicável ao Poder Judiciário, fundado diretamente nos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

22. Assim, qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa

investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade. (BRASIL, 2015g).

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, inclusive, prestou a consulta nº 228167/10 onde conferiu extensão à Súmula vinculante 13 para alcançar as hipóteses de nepotismo em licitação:

Consulta. Licitação. Participação e contratação de empresa da qual consta como sócio cotista ou dirigente, cônjuge, companheiro, parente em linha reta ou colateral, consanguíneo ou afim de servidor em cargo efetivo ou em comissão na entidade licitante. Impossibilidade. Interpretação da Súmula Vinculante 13 do STF. (PARANÁ, 2015a)

Diante o relatório do Acórdão, assim concluiu o Procurador:

“...pela **impossibilidade** de empresa participar de licitação se o sócio, cotista ou dirigente for servidor do órgão licitante, ou cônjuge, companheiro, parente em linha reta e colateral, consanguíneo ou afim de servidor público do órgão ou entidade licitante, que nele exerça cargo em comissão ou função de confiança, seja membro da comissão de licitação, pregoeiro ou autoridade ligada à contratação.”

No mesmo voto, destaca ainda:

A interpretação a ser dada, deve ser calcada no princípio da moralidade administrativa e a probabilidade de favorecimento pode desacreditar o procedimento, o que incidiria na nulidade do mesmo.

A finalidade desejada por meio das Licitações Públicas é a contratação de bens e serviços pelo preço mais vantajoso e com respeito à moralidade pública. Esta finalidade se justifica na seguinte lição de Carvalho Filho:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser

alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória. (2014,p.23)

Conforme entendimento supracitado, não se pode por em risco o bem público em prol de interesses particulares. “Nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos.” (GASPARINI, 2008, p. 20)

A probidade na Administração é mandamento constitucional, que pode conduzir a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (MEIRELLES, 2007, p. 249)

Exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e, sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível. (GASPARINI, 2008, p. 20)

A Súmula Vinculante de número 13, tendo como base o art. 37 da CF, que determina a observância do princípio da moralidade, sendo este dispositivo autoaplicável, portanto entende-se que para o STF o nepotismo é ilícito por força do princípio da moralidade. (GOMES, 2008, p.56)

5 METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal. Bem como, pesquisa de acórdãos nos Tribunais de Justiça, reconhecendo o emprego da proibição da prática do nepotismo.

6 CONCLUSÃO

O Estado é responsável pela manutenção do bem público, tendo como objetivo resguardar os interesses da sociedade como um todo, não podendo limitar-se a situações particulares.

A administração pública é composta pelos agentes públicos, seus atos devem estar de acordo com o disposto nos princípios, ou seja devem ser seguidos e respeitados diante todos os atos destes.

Conforme mencionado neste trabalho, o nepotismo é a forma de favorecimento por parte de quem detém o poder, beneficiando seus parentes, aqueles elencados na Súmula Vinculante de nº 13. A inserção dessas pessoas na administração pública dá-se pela livre nomeação em cargos de comissão, ou de confiança.

Todas as discussões que envolvem a prática do Nepotismo citam o desrespeito perante os princípios administrativos, princípios estes que se sobrepõem as normas positivadas, logo que não existe previsão legal coibindo esta prática.

Os princípios constitucionais são normas jurídicas que estabelecem modelos de condutas compatíveis com a ordem pública, sem apresentar uma solução única, consagrando valores que devem ser atingidos.

Tanto as leis quanto os princípios são normas. No entanto, os princípios possibilitam diversas alternativas de soluções, que devem ser analisadas de acordo com a ocasião de sua aplicação. As normas, por sua vez, traduzem-se em soluções concretas e determinadas.

As leis que regulamentam as licitações têm seus efeitos positivos dentro da Administração, não somente com o gestor, mas englobando todos os responsáveis envolvidos dentro da administração pública, como também envolve àqueles que são licitantes.

A Suprema Corte entende que a vedação ao nepotismo decorre diretamente da Constituição Federal e não depende de lei formal. E esse já era o entendimento antes da edição da Súmula Vinculante nº13.

Desta forma, muitas situações podem ser vedadas apenas com base nos princípios constitucionais da moralidade, isonomia, impessoalidade e eficiência.

O princípio da moralidade administrativa reza que o administrador público deve agir com moral, tal princípio objetiva a diminuição do desvio de finalidade, diminuição dos prejuízos do interesse público, a desigualdade, entre outros.

Portanto, a Licitação Pública é um ato em que a administração realiza quando pretende firmar contrato com particular, este ato deve ser regulamentado pelos princípios administrativos, aqueles elencados no art.37 da CF.

No entanto, a participação de parentes, aqueles expressos na Súmula Vinculante nº13, de agente público, na Licitação Pública, do órgão licitante configura nepotismo, com base nos princípios da moralidade administrativa e probidade administrativa. Uma vez que o agente público estaria agindo de forma imoral e ímproba, não realizando o fim desejado para a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 2008. 669 p.

AMORIM, Edgar Carlos de. **Lições de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 206 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. . **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. ampl. rev. e atual Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 380p.

BELLOW, Adam. **Em louvor do nepotismo: uma história natural**. 1ª Ed. São Paulo, A Girafa, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, **Ação Direta de Constitucionalidade 12**, Voto Ministra Carmen Lúcia – STF, Data do Julgamento 28/08/2008, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840> 2015 L

BRASIL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1521 MC** – Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno - Data da Decisão: 11/03/1997 Data da Publicação: 17/03/2000 Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347111>

BRASIL, G

BRASIL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.864**, Rel. p/ o AC. Min. Joaquim Barbosa, Data do julgamento em 08.08.07, DJE de 02.05.08. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524321> 2015, D

BRASIL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.716**, Rel. Min. Eros Grau, Data de julgamento em 29.11.07, DJE de 07.03.08. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000088172&base=baseAcordaos> 2015 B

BRASIL, **Agravo nº 1.0344.07.037232-3/001**, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Desembargadora Maria Elza, DJ, Data do Julgamento 05 ago. 2008. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Nepotismo/Jurisprudencia-nepotismo/Nepotismo%20-%20Secret%C3%A1rio.pdf BRASIL, E

BRASIL, **Mandado de Segurança, STF. MS: 23780 MA**, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 28/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 03-03-2006. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736327/mandado-de-seguranca-ms-23780-ma> - 2015 H

BRASIL, **Processo: AI 10443130018866001** MG. Relator(a): Washington Ferreira Julgamento: 22/10/2013 Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL. Publicação: 25/10/2013. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117716677/agravo-de-instrumento-cv-ai-10443130018866001-mg> 2015 O

BRASIL, **Resolução nº 7 - 18/10/2005, CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12121-resolu-no-7-de-18-de-outubro-de-2005->. 2015 N

BRASIL, **STF - RE: 579951 RN**, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO -

BRASIL, **Súmula Vinculante de número 13, STF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227> Acesso em : 02/09/. – 2015 J

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal - ADC-MC-12** - Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade – Data da Decisão: 16/2/2006 Data da Publicação: 1º/9/2006 Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910> 2015 I

BRASIL. **Constituição Federal**. 05 de Outubro de 1988. 1. Ed. Curitiba : Editora Juruá, 1999, artigo 37, caput. – 2015 A

BUZAID, Alfredo. *in* **Anais do VI Encontro dos Tribunais de Alçada do Estado de Minas Gerais-BH**, 31 de maio a 3 de junho de 1983.

Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6961>>. Acesso em: 04

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba, PR: Juruá, 2003.

DAIDONE, Décio Sebastião. **A súmula vinculante e impeditiva**. 1ª Ed. São Paulo: **das súmulas dos tribunais**. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DIAS, João Luís Fischer **O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais:**

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Fundamentos de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa, século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 2127.

FERREIRA, M.; GUIMARÃES, M. **Educação Inclusiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: DP&A. 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. Ed. rev. E ampl. E atual. São Paulo: 2006.

FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2002.

GARCIA, Emerson. **O nepotismo**. JAM Jurídica, Salvador, ano 11, n. 4. abr. 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

GORDILLO, Agustin A. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 202 p.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2011.

http://www.gnmp.com.br/publicacao/203/o-caso-do-nepotismo-reflexoes-sobre-a-atuacao-do-supremo-tribunal-federal#_ftn14 BRASIL F

JAMBO, Paloma Wolfenson. **O poder vinculante das súmulas e a impossibilidade da identificação estreitadas causas submetidas à Justiça**. jul. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade Pública: Teoria e Prática**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LTr, 2006.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 3. ed. Salvador : Edições Podivm, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. Ed. ver. E Atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 . ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 9ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MUSSETI, Rodrigo Andreotti. O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão na administração pública. Ed: São Paulo, 2006

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. **Consulta n° 228167/10**, Entidade: Município de Arapongas. Interessados: Luiz Roberto Pugliese e Município de Arapongas. Relator: Caio Marcio Nogueira Soares. AOTC n° 268, em 24/09/2010). (PARANÁ, 2015,a)

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Sobre o nepotismo: uma reflexão sobre moralidade e moralismo**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 80, out. 2007.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Direito Administrativo: noções fundamentais.** São Paulo: Iglu, 1999.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário Latino-Português**, 3ª Ed. Porto: Gráficos Reunidos, 1985, p.550-551.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. **O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo.** L&C Revista de Direito e Administração Pública, Brasília, ano 5, n. 50, ago. 2002.