

O NEPOTISMO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS¹

João Gabriel Lemos Ferreira

Advogado; Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos

Introdução. 1. O interesse público como objetivo dos ajustes administrativos. 2. A impessoalidade e a moralidade. 3. O nepotismo. 4. A incompatibilidade negocial decorrente do nepotismo. 5. As limitações negociais destinadas aos processos administrativos simplificados de licitação. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A concessão de privilégios aos parentes de agentes públicos a partir do uso da máquina administrativa é uma prática que está cada vez mais sendo afastada na Administração Pública. O afastamento das nomeações de parentes de agentes públicos para os cargos em comissão e de confiança e para as funções gratificadas é um exemplo disso. A Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal representa a contínua escalada pela moralidade administrativa em busca do aprimoramento das instituições públicas.

Todavia, apesar da inscrição da vedação ao nepotismo em uma súmula vinculante, e apesar do claro sentido depurador (dentre outros) do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, tal ainda não se mostra o suficiente para barrar os favorecimentos aos parentes de agentes públicos.

É preciso continuar com a construção de um sistema de proteção à probidade administra-

tiva na Administração Pública. A privatização do patrimônio público em benefício de uns poucos ofende não somente os primados constitucionais, mas, também, o senso de justiça. Não é possível permitir a posse de valores, bens ou benefícios públicos de maneira privilegiada, com a inobservância do interesse público. Esse comportamento marcado pela individualização do uso da coisa pública não possui eco no ordenamento jurídico vigente.

O favorecimento de parentes nos contratos administrativos também é presumidamente contrário ao Direito, pois, pela experiência, o ajuste geralmente é feito em razão do vínculo familiar, e não em razão das vantagens a serem obtidas pela Administração Pública.

A cláusula de vedação ao nepotismo não pode ficar restrita aos cargos, empregos e funções públicas. A proteção do Erário também merece ser estendida aos contratos administrativos, pa-

1. Este artigo contou com a preciosa colaboração da d. advogada Tatiana Rigorini Navarro durante a nossa profícua convivência na prestigiosa Consultoria NDJ.

ra evitar que os favorecimentos sejam desviados para essa forma de vínculo.

1. O INTERESSE PÚBLICO COMO OBJETIVO DOS AJUSTES ADMINISTRATIVOS

Por óbvio, toda conduta praticada pela Administração Pública deve estar balizada pelo interesse público. Os elementos que caracterizam a personalidade devem ser plenamente afastados na formação da vontade administrativa. A conduta do gestor público deve estar despida de intenções maliciosas e sub-reptícias. O comportamento do administrador público é pautado por uma série de princípios, leis e regulamentos que garantem a higidez das decisões administrativas, visando ao bom atendimento dos anseios da coletividade.

A atividade administrativa não pode estar contaminada com aspectos subjetivos que tenham como sustentação as preferências pessoais dos agentes públicos. O Poder Público não pode servir alguns poucos em detrimento da maioria. O interesse público deve ser a única força a movimentar a máquina administrativa. Se a escolha for pautada pela personalidade, estará em desconformidade com o sistema jurídico, com grave comprometimento da legitimidade e da legalidade. A subjetividade na escolha de parentes para servir a Administração Pública não é uma opção que se mostra razoável.

Ao tratar da causa final subjetiva do ato administrativo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assevera que o interesse do agente

[...] jamais deve ter intuítos subalternos, de prejuízo de terceiros, e, em se tratando de ato administrativo, cumpre sempre ter em consideração o interesse coletivo, o bem comum. O interesse público vincula todo ato administrativo, devendo ser esta a finalidade do agente ao efetivá-lo, embora a ele se alie outra de caráter pessoal.²

A seu turno, Caio Tácito leciona que “Não trata a autoridade de interesse próprio ou individual. A ação que exerce tem como endereço uma finalidade pú-

blica, que não pode descumprir”.³ E, ainda, o mesmo autor: “Se a autoridade se desvia da finalidade legal específica, o ato administrativo se torna viciado em elemento essencial à sua legalidade”.⁴ O isolamento do ato administrativo de qualquer tempero relativo à personalidade é regra a qual nenhum administrador público está imune.

Na lição de Augustín Gordillo acerca dos vícios de tipo subjetivo da vontade,

Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa com uma finalidad distinta de la perseguida por la ley. El acto está así viciado aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico.⁵

Tal raciocínio tem o condão de impedir que o agente público faça uso de escolhas pautadas pelo favorecimento. O administrador público deve manejar a coisa pública tendo como norte a vontade popular e a lei, não lhe sendo permitido decidir em nome de interesses privados.

Na ótica de Marçal Justen Filho,

As escolhas dos governantes têm que ser justificadas por critérios lógicos e racionais, com a demonstração de sua aptidão para satisfazer da melhor maneira possível as necessidades coletivas.⁶

Essa racionalidade deve servir de base para as escolhas públicas, e não o desejo de satisfazer um interesse próprio ou de terceiro. De acordo com Caio Tácito, “O que se veda é a personificação de seus atos na medida em que abandonem o interesse público para conceder favores ou lesar pessoas ou instituições”.⁷

Nessa esteira, Emerson Garcia assevera que

Os atos administrativos, além de estarem em consonância com a lei, devem apresentar conformidade com a moralidade administrativa, sendo necessária a existência e uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, analisando-se no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada.⁸

2. MELLO, O. A. B., 1979. p. 522.

3. TÁCITO, 1993, p. 1.

4. Idem, ibidem, loc. cit.

5. GORDILLO, 2003, p. IX-23.

6. JUSTEN FILHO, 2008, p. 87.

7. TÁCITO, 1997, p. 345.

8. GARCIA, 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/801>>. Acesso em: 30 ago. 2012.