

Promoção da confiança pública e paralisia decisória durante a pandemia de COVID-19: encontro marcado com o RE nº 1.133.118 (nepotismo em cargos político-administrativos)¹

Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Membro do Ministério Público da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho Científico da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (Espanha). Diretor da *Revista Brasileira de Direito Público*. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do *site* www.direitodoestado.com.br. Textos de acesso livre: <https://ufba.academia.edu/PauloModesto>.

Palavras-chave: Direito administrativo e constitucional. Confiança. Nepotismo. Cargos político-administrativos. Súmula nº 13. Governança. Pandemia de COVID-19.

Sumário: **1** Promoção da confiança pública – **2** Paralisia decisória em tempos de crise na área de saúde – **3** Nepotismo em cargos político-administrativos em repercussão geral (Tema 1000, STF) – **4** Integridade e governança

1 Promoção da confiança pública

A confiança é um fator essencial ao funcionamento da administração pública. Durante a pandemia de COVID-19, a confiança é um fator crítico. As autoridades devem evitar conduzir as pessoas ao pânico e devem evitar entrar em pânico. Precisam oferecer cenários críveis e coerentes de resposta administrativa a problemas de saúde pública, planejar e executar com rapidez medidas que ampliem a mobilização dos cidadãos em favor de comportamentos de redução de risco.

¹ Texto originalmente escrito para o livro: CAMMAROSANO, Marcio; DAL POZZO, Augusto (Orgs). *As Implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – Thomson Reuters, 2020. 754p. ISBN 9786550654207.

Precisam também atuar em cenário de emergência, sem um quadro referencial preciso, seguros de agir com cobertura legal e dentro de suas competências. O direito pode contribuir para promover essas duas vertentes da confiança?

É extensa a literatura jurídica sobre proteção da confiança legítima, mas, nesse domínio tradicional, o ângulo de observação volta-se à reparação ou correção da confiança fraudada e à fixação de limites à revisão de atos concretos ou normas abstratas favoráveis e previamente estabelecidas pelo poder público. A confiança é protegida à luz da segurança jurídica e do Estado de Direito. Trata-se de tema analisado entre nós de forma sofisticada e ainda atual por Almiro do Couto e Silva,² referido e desenvolvido por vários estudiosos contemporâneos.³ Essa abordagem pressupõe a identificação da base de confiança, isto é, de uma “condição fática de confiança”: comportamento, declaração, decisão ou omissão relevante do poder público que suscite a expectativa justificada de uma atuação coerente futura. A finalidade da invocação do princípio da proteção da confiança, nos domínios da administração pública, é proteger o cidadão contra o exercício caprichoso, surpreendente, contraditório, desigual ou arbitrário do poder. A confiança salienta nesse território limites de segurança para o cidadão.

A abordagem que proponho neste texto convoca outra dimensão do tema confiança pública e outras interrogações: quais as medidas concretas, envolvendo o desenho organizacional e funcional da administração pública, contribuem para a construção da confiança administrativa em tempos de crise sanitária? Nesta

² Vários textos fundamentais do querido mestre e amigo gaúcho, publicados nas décadas de oitenta e seguintes, foram reunidos em livro e são de consulta obrigatória: COUTO E SILVA, Almiro. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. Vale conferir também os estudos em homenagem ao mestre reunidos por um dos seus discípulos mais próximos: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2015. Trabalhei com Almiro em duas comissões de elaboração legislativa: a primeira destinada a preparar o anteprojeto da atual Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99) e a segunda destinada a esboçar o anteprojeto de nova organização administrativa da União, com substituição do Decreto-Lei nº 200/67, projeto ainda pendente de decisão política. Era um jurista fascinante e maduro, sóbrio e, ao mesmo, tempo espirituoso e bem-humorado, um amigo de décadas que deixou uma lacuna enorme há exatos dois anos, em 16.04.2018. Pela coincidência das datas em que este texto foi escrito e pela lembrança forte do seu exemplo, dedico este breve texto a esse amigo inesquecível.

³ Destaco, dentre muitas monografias, no Brasil: ARAUJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016; ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016; MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006; BAPTISTA, Patrícia. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, 2006; QUINTELA, Guilherme Camargo. *Segurança Jurídica e proteção da confiança*. Belo Horizonte: Fórum, 2013; SIMONETTI, José Augusto. *O Princípio da Proteção da Confiança no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2017; VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010; DAL POZZO, Antonio Aroldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. *Ensaio sobre o conteúdo jurídico da confiança legítima e sua incidência no setor de infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

abordagem, a confiança comparece igualmente como elemento de redução de complexidade e antecipação da atuação futura do poder público. O foco, porém, não é a proteção do cidadão, e sim a ampliação do seu envolvimento com a ação governamental, sendo a confiança sob esse ângulo não um limite, mas um *reforço à eficácia da atuação do poder público* – a confiança como substrato para a colaboração ativa do cidadão no cumprimento eficaz da própria decisão administrativa.

Esse segundo ângulo de abordagem – confiança pública como *fator de eficácia para programas governamentais* – é usual em estudos de teoria social e análise política,⁴ mas o direito pode também identificar decisões, normas e formas de atuação e de organização da administração que incrementam a confiança pública nesse segundo sentido – algo essencial em tempos de pandemia. Se o cidadão não confia na orientação de autoridades públicas ou recusa a legitimidade da própria autoridade, como fortalecer a colaboração e o envolvimento do cidadão no combate à disseminação da COVID-19?

O tema permite várias estradas de acesso. Para referir a algo mais específico, destaco três questões urgentes para as quais o direito pode oferecer contribuição: a) reforço à credibilidade da liderança administrativa; b) incremento da velocidade de resposta administrativa; c) ampliação da segurança da ação.

Neste artigo, abordo apenas o primeiro tema, que admite igualmente vários ângulos de consideração, mas destaco aspecto que está na ordem do dia no STF, em vias de decisão, embora a corte não o tenha ainda visualizado à luz do direito administrativo da crise e da promoção da confiança pública.⁵

2 Paralisia decisória em tempos de crise na área de saúde

Em períodos de crise, a história acelera, e múltiplas decisões devem ser adotadas pela administração pública e por agentes privados. Paradigmas tradicionais de administrar, bilaterais e simplórios, mostram-se ineficazes diante de relações poligonais, envolventes de diversos agentes, centros de poder e interesses públicos e privados, que disputam recursos escassos. Em tempos de grave incerteza, com a rápida dissolução da rotina, agentes burocráticos simplesmente paralisam-se ante a complexidade técnica e política dos litígios, e outros, diante dos novos desafios, adotam postura de negação, isto é, recusam-se a reconhecer

⁴ Cf., por exemplo, MOISÉS, José Álvaro (Org.). *Democracia e Confiança*: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas? São Paulo: Edusp, 2010. Confira também sob o ângulo de administradores: BOUCKAERT, Geert. Trust and public administration. *Administration*, 60, p. 91-115, 2012.

⁵ Os itens 2 e 3 deste artigo foram destacados e publicados pelo autor na Coluna Interesse Público, do *Conjur*, de 16 de abril de 2020, sob o título *Paralisia decisória, nepotismo e a pandemia da Covid-19*, cf. <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/interesse-publico-paralisia-decisoria-nepotismo-pandemia-covid-19>.

a ocorrência de eventos relevantes e que exigem decisão imediata. Essa paralisia decisória é um tema importante para o direito administrativo.

Na administração pública, práticas clientelistas, como o loteamento de cargos estratégicos com pessoal sem vocação de liderança, muitas vezes sem nível superior ou formação técnica suficiente, agravam a crise, pois momentos extraordinários não suportam apenas a continuidade da rotina. Em momentos de pandemia ou medo pandêmico, o “código do fracasso” (de DROMI) converte-se em “código de tragédia”.⁶

Essa é a primeira questão que um olhar atento sobre a crise atual não pode desconsiderar: não se pode mais aceitar como juridicamente legítima a improvisação de lideranças administrativas – aceitar a nomeação de secretários(as) de saúde que nada entendem de medicina, que não são médicos(as), biólogos(as), enfermeiros(as) ou administradores(as) especializados(as), mas simplesmente familiares da autoridade política. Em momentos de emergência sanitária e humanitária, fica evidente a intolerabilidade da nomeação de autoridades administrativas ou político-administrativas sem preparo técnico para funções que exigem liderança técnica, convocadas unicamente a partir de relações de parentesco ou vínculos circunstanciais, que, na crise, simplesmente cruzam os braços ou vociferam friolidades. A credibilidade da administração pública sucumbe quando o cidadão não localiza nos cargos de direção técnica agentes preparados para atender aos desafios da liderança.

Pode surpreender alguns, mas, neste país continental, em cidades grandes e pequenas, é comum encontrar secretários de saúde sem formação técnica e é possível que isso esteja ocorrendo em plena crise sanitária. Há secretários de saúde com apenas segundo grau, sem noções mínimas de administração ou medicina, mas que precisam coordenar hospitais e centros de saúde, comandar equipes de atendimento e socorro, apenas com um carimbo na testa: são irmãos, sobrinhos, maridos, esposas, filhos e filhas de agentes políticos. Foram nomeados livremente e defendem a lisura da nomeação administrativa familiar, unilateral e discricionária, sob o argumento de ocuparem cargos políticos, embora não tenham sido eleitos para cargo algum. Invocam precedentes do STF e afirmam que contra as suas designações não se pode aplicar a Súmula Vinculante nº 13 (Antinepotismo) ou qualquer princípio republicano da Constituição Federal.⁷ De

⁶ Recordo aqui o conhecido “código do fracasso”, que Roberto Dromi utilizou para explicar como alguns setores da administração pública argentina haviam se convertido em “caras máquinas de impedir”: “Artigo primeiro: não pode. Artigo segundo: em caso de dúvida, abstenha-se. Artigo terceiro: se é urgente, espere. Artigo quarto: sempre é mais prudente não fazer nada”. Ver DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 35.

⁷ Não são hipóteses acadêmicas. Em diversos precedentes do STF, o cargo de secretário de Saúde, que mobiliza recursos expressivos, era o *locus* do questionamento. Ver, por exemplo, Rcl nº 26.448/RJ,

fato, existem precedentes, mas é uma leitura simplificada, falsa e injuriosa ao Supremo Tribunal afirmar que o órgão autoriza qualquer espécie de *farra administrativa familiar de primeiro escalão*.

3 Nepotismo em cargos político-administrativos em repercussão geral (Tema 1000)

Em agosto de 2008, sob a presidência do min. Gilmar Mendes, com fundamento direto nos princípios da impessoalidade, igualdade, eficiência e moralidade enunciados expressamente na cabeça do art. 37 da Constituição da República, no princípio republicano e em três precedentes da Corte,⁸ o STF editou súmula vinculante *proibindo a nomeação de cônjuges, companheiros e parentes até o terceiro grau para os cargos comissionados ou funções gratificadas nos três Poderes*, inclusive mediante designações cruzadas, com o seguinte teor:

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.

A Súmula Vinculante nº 13 não pretendeu esgotar todas as hipóteses de nepotismo⁹ ou enunciar qualquer autorização para o provimento administrativo unilateral e discricionário de cargos de primeiro escalão do Poder Executivo com a finalidade de favorecimento familiar.¹⁰ Porém, a SV 13 constituía uma norma,

Rel. Min. Edson Fachin, j. 12.09.2019 (nomeação do pai do vice-prefeito da cidade para o cargo de secretário municipal de Saúde); Rcl nº 33.818/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 01.04.2019 (filha do prefeito nomeada secretária municipal de Saúde); RE nº 579.951, Pleno, DJe 24.10.2008, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (irmão de vereador nomeado secretário municipal de Saúde); Rcl nº 26.424 MC/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 28.06.2018 (filho do prefeito nomeado secretário de Saúde). Os exemplos poderiam ser multiplicados à exaustão.

⁸ Cf. ADC 12, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgamento em 16/2/2006, DJ de 1º/9/2006; MS 23.780, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2005, DJ 3/3/2006; RE 579.951 RG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe de 24/10/2008, Tema 66.

⁹ “A redação do enunciado da Súmula Vinculante 13 não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo da Administração Pública, uma vez que a tese constitucional nele consagrada consiste na proposição de que essa irregularidade decorre diretamente do caput do art. 37 da Constituição Federal, independentemente da edição de lei formal sobre o tema” (STF, Rcl 15.451 AgR, Rel. min. DIAS TOFFOLI, P, j. 27-2-2014, DJE 66 de 3-4-2014).

¹⁰ Cf. Rcl nº 12.478 MC, rel. Min. Joaquim Barbosa, dec. monocrática, j. 3-11-2011, DJE 212 de 8-11-2011; RCL nº 26.424 MC/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 04.09.2018, DJe-188 DIVULG 06.09.2018.

elaborada a partir de precedentes da corte e, como toda norma, foi objeto de interpretações diversas na intimidade do próprio STF. Algumas decisões estabeleceram exceções à proibição enunciada ou restringiram os seus limites. A mais grave das ressalvas foi germinada nas primeiras decisões da corte sobre o tema nepotismo, a partir de uma distinção ausente do enunciado da súmula entre *o favorecimento familiar de agentes no provimento de cargos administrativos e no provimento de “cargos políticos” ou “político-administrativos”* (STF, RE nº 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl nº 6650 MC-AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl nº 7.590-MC/PR, Rel. Min. Menezes Direito).

Segundo essa interpretação, difundida amplamente sem os matizes presentes nos debates da corte, *a SV 13 seria aplicável apenas a funções de confiança e cargos em comissão puramente administrativos, de livre nomeação e livre exoneração*. O provimento de *cargos políticos, mesmo os não eletivos*, não sofreria as limitações da proibição de nepotismo. É dizer: cargos de secretários municipais, secretários estaduais, ministro de estado, situados no cume da administração pública, poderiam ser titularizados por parentes imediatos do governante, sem a possibilidade de se qualificar o respectivo ato de designação como inválido por nepotismo.¹¹

Para exemplificar de forma simples: o prefeito municipal não poderia nomear a sua esposa para o cargo de diretora de estabelecimento escolar, mas poderia nomeá-la para secretária municipal de Educação; não poderia nomear o irmão motorista, mas poderia nomeá-lo secretário de Transportes; não poderia nomear o filho estudante de medicina diretor de hospital, mas poderia nomeá-lo secretário de Saúde.

É equívoco afirmar, porém, que o STF tenha admitido a nomeação irrestrita de parentes para cargos de primeiro escalão da administração pública brasileira. A corte, ao tratar da matéria, assentou em diversos julgados reservar-se a apurar caso a caso situações de abuso, nepotismo cruzado e falta de razoabilidade em designações de primeiro escalão, inclusive eventual ausência de qualificação técnica

¹¹ Tratei com maior detalhe do tema em artigo escrito em 2012 e publicado em 2013 na coletânea organizada em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro: MODESTO, Paulo. Nepotismo em Cargos Político-Administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Organizadores). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 260-298. O texto integral do artigo está disponível também na *web*: <https://www.academia.edu/7789409>. Acesso em: 15 abr. 2020. Ampliei também aspectos diversos do tema, a exemplo do princípio republicano e das exigências atuais da liderança pública, em texto escrito por ocasião das celebrações dos trinta anos da Constituição: MODESTO, Paulo. É possível superar o clientelismo na Administração Pública do Brasil? Argumentos jurídicos e sugestões para limitar a criação e o provimento abusivo de cargos públicos em comissão nos 30 anos da constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 9-55, jul./set. 2018. Disponível também na *web*: <https://www.academia.edu/37780364>.

dos nomeados como indicativo de fraude à lei e aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência na administração pública (STF, Rcl nº 8.625/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 01.12.2009; Rcl nº 6.938 MC/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.08.2011; Rcl nº 11.605 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.06.2012; Rcl nº 14.497 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11.10.2012). Trata-se de orientação que atenua o problema, mas é evidentemente imprópria para uma Suprema Corte, que não deve cuidar de avaliar situações concretas,¹² cumprindo-lhe antes fixar critérios gerais e objetivos de aplicação da Constituição Federal na matéria.

Com o tempo e a sucessão de abusos, alguns ministros, em decisões de turma, passaram a recusar explicitamente, para efeitos de censura por nepotismo, a relevância da distinção entre cargo administrativo/cargo político-administrativo e a proclamar inválidas as nomeações de familiares para cargos de primeiro escalão, independentemente da análise concreta de aptidão técnica ou presença de fraude ou nepotismo cruzado nas nomeações. Essas decisões ora invocavam diretamente os princípios republicanos da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, implícitos na Súmula Vinculante 13,¹³ ora recusavam qualquer ressalva expressa a essas hipóteses na súmula.¹⁴

¹² Cf. “Ementa: Direito Administrativo. Agravo interno em reclamação. Nepotismo. Súmula Vinculante 13. 1. O Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 a cargos públicos de natureza política, ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral. Precedentes. 2. Não há nos autos qualquer elemento que demonstre a ausência de razoabilidade da nomeação. 3. Agravo interno a que se nega provimento” (Rcl nº 28.024 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29.05.2018, DJe-125 DIVULG 22-06-2018, PUBLIC 25-06-2018). Cf. também Rcl nº 23.131 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.04.2017).

¹³ EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE N. 13. CONCEITO DE PARENTESCO DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. SERVIDOR COM VÍNCULO EFETIVO. CONFLITO DE INTERESSE CONFIGURADO. APLICABILIDADE DA SÚMULA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O nepotismo subverte os valores que devem pautar o desempenho das funções administrativas. Ao invés de se avaliar a pessoa subordinada à autoridade nomeante por critérios de eficiência, privilegiam-se critérios alheios ao bom desempenho da Administração. 2. A proibição ao nepotismo decorre diretamente dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência e é evidente que eles também incidem sobre os chamados cargos políticos. Quanto mais próximo da legitimidade do voto popular, maior a responsabilidade do governante para afastar qualquer conflito de interesse que possa macular sua atuação. Quanto mais alto o cargo, maior deve ser a exigência pela obediência incondicional à Constituição e a seus princípios. 3. Quando a nomeação para cargo ou a designação para função recai sobre servidor que tem relação de parentesco ou relação íntima com a autoridade nomeante, há incidência da Súmula Vinculante n. 13, mesmo se houver vínculo efetivo, pois, nesses casos, tal como se dá com a nomeação de quem não o tem, o exercício do cargo passa a atender critérios que não são exclusivamente públicos e a confiança que se deve ter no desempenho da função pública é prejudicada. 4. O conceito de parentesco para efeitos da incidência da Súmula não coincide com o do Código Civil, pois o problema não é de definir quais são os parentes para efeitos civis, mas definir quais aquelas pessoas que, sob a classe de parentela, tendem a ser escolhidas, não por interesse público, mas por interesse de caráter pessoal. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl nº 26.448 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 20.12.2019, DJe-023 DIVULG 05-02-2020)

¹⁴ Voto vencido do Min. Marco Aurélio na Rcl nº 6650 MC-AgR/PR. E esse tem sido o seu entendimento, mantido em decisões monocráticas ao longo do tempo, por exemplo Rcl nº 26.424 MC/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 04.09.2018, DJe-188 DIVULG 06.09.2018.

Hoje, a situação é de incerteza jurídica e quase loteria na corte. Para alguns, a Constituição autoriza ampla liberdade para a designação unilateral dos agentes de primeiro escalão da administração pública, e a SV 13 não os abrange; para outros, a Súmula nº 13 não cuida do tema, tendo sintetizado restrições apenas ao provimento de cargos administrativos simples, podendo ser objeto de reformulação ou alteração para abranger outras hipóteses; outros ainda consideram a SV abrangente dos provimentos administrativos de primeiro escalão desde sempre, pois sintetiza princípios republicanos que colhem a todos os agentes públicos. A própria extensão do conceito de cargo político é problemática.¹⁵

A decisão uniforme dessa matéria sensível parece estar mais próxima. Em 19.02.2020, voltou ao gabinete do relator, min. Luiz Fux, já com todos os pareceres e informes cabíveis, os autos do *RE nº 1.133.118* para fixação em Plenário do STF da legitimidade constitucional ou não da exclusão, em lei, do conceito de nepotismo para designação de cargos de primeiro escalão na administração pública. Em 15.06.2018, o tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral para a questão constitucional suscitada, que passou a ser o *Tema 1000* na lista da Corte.¹⁶ A decisão do caso terá efeito vinculante e fulminará, espera-se, a situação atual de insegurança jurídica para os gestores e para os próprios órgãos de controle. É um tema que merece atenção de todos, especialmente neste momento, em que a credibilidade do poder público é essencial para a própria proteção da saúde pública.

¹⁵ O conceito de cargo político no Brasil não é preciso ou unívoco. Admite inteligência doutrinária e jurisprudencial ampla ou restritiva. No texto *Nepotismo em cargos político-administrativos*, de 2012, sugiro que o regime jurídico dos cargos políticos não é uniforme: há cargos políticos de provimento vinculado (v.g. cargos político-representativos, como os deputados, e cargos a que se ascendem por concurso público, como os juízes e promotores); cargos políticos de provimento condicionado ou compartilhado entre mais de um órgão (cargos político-funcionais, a exemplo dos embaixadores) e cargos de provimento unilateral e precário (cargos político-administrativos, a exemplo dos secretários e ministros de Estado). Nos dois últimos casos, os cargos político-funcionais e cargos político-administrativos, a apuração sobre desvio na escolha do governante é sempre cabível, sendo possível cogitar inclusive de situações típicas de desvio de finalidade e ilegitimidade constitucional por nepotismo. Os cargos político-representativos não suscitam o tema do nepotismo por ser a eleição forma de provimento vinculado. E não se diga que essa diferenciação com base no provimento é artificial ou acadêmica. O STF tem atuado em casos paradigmáticos em matéria de provimento – por exemplo, em 2016, decisão do Ministro Gilmar Mendes no MS nº 34.070, considerou hipótese de “desvio de finalidade” e sustou nomeação do ex-presidente Lula como ministro-chefe da Casa Civil (cargo político-administrativo típico, de provimento unilateral e precário); em 2017, na Reclamação (Rcl) nº 26.303, o Ministro Marco Aurélio suspendeu decreto do prefeito do município do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, que nomeava seu filho Marcelo Hodge Crivella para o cargo de secretário chefe da Casa Civil da prefeitura. E muitas outras decisões poderiam ser referidas (v.g. Rcl nº 8.625, Ellen Gracie, DJe 26.4.2010; Rcl nº 6.938 MC/MG, Cármen Lúcia, DJe 02.09.2011; Rcl nº 12.478-MC/DF, Joaquim Barbosa).

¹⁶ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal através do *link*: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314646429&tipoApp=.pdf>.

4 Integridade e governação

Em uma democracia, a decisão política de escolha de representantes deve ser livre e soberana, pois o titular da soberania é o povo. Ainda assim, a liberdade não é plena, pois a própria Constituição Federal impede a criação e manutenção de partidos políticos que contravenham ao regime democrático, violem os direitos fundamentais da pessoa humana ou a soberania nacional, recebam recursos financeiros de governos estrangeiros ou utilizem organizações paramilitares. Porém, as decisões administrativas subsequentes, emitidas por governantes, devem estar sujeitas a limites e a escrutínio jurídico ainda mais rigoroso. É erro confundir eleição (forma de provimento vinculado) com nomeação unilateral (forma de provimento discricionário). Eleição respeita-se, observada a lisura do procedimento de escolha e exigências democráticas elementares; nomeação é ato administrativo vinculado a fins, o que, em uma república, significa observância de limites materiais incontornáveis. Exigências materiais que não se compatibilizam com o favorecimento de interesses domésticos na gestão pública, que contrastam com práticas que já deveriam estar superadas, inclusive por serem incompatíveis com a promoção da confiança pública.

Essa constatação é universal. Cada vez mais os governos, mesmo em Estados unitários, compõem sistemas de vários níveis, que não são administrados de forma imperial e exclusiva, mas em rede, mediante procedimentos cooperativos complexos (supervisão, codecisão, transferências de competência e transferências financeiras), exigentes de confiança recíproca, profissionalismo e um alto nível de integridade. Governar hoje é, em grande parte, suscitar e fortalecer a confiança entre os parceiros privados, na população e entre os diversos níveis de governo da área pública. Não por acaso, na 36ª Sessão do Congresso dos Poderes Locais e Regionais do Conselho da Europa, realizada de 2 a 4 de abril de 2019, foram aprovadas duas resoluções – as Resoluções nº 441 e 428 – e um relatório especial dedicado à redução do nepotismo através de procedimentos de recrutamento claros, equitativos e transparentes. No item 3 da Resolução nº 441, por exemplo, a confiança pública é um dos motes do combate ao nepotismo.¹⁷

¹⁷ *Local and regional authorities are especially vulnerable to nepotism, and other forms of favouritism, due to their size, autonomy and proximity with citizens. As nepotism practices in these circumstances can be more visible to the general public, they have greater potential to damage the public trust. The establishment of sound human resources management practices is therefore of utmost importance for underpinning public trust and fighting corruption.* Em tradução livre: “As autoridades locais e regionais são especialmente vulneráveis ao nepotismo e a outras formas de favoritismo, devido ao seu tamanho, autonomia e proximidade com os cidadãos. Como as práticas de nepotismo nestas circunstâncias podem ser mais visíveis para o público em geral, elas têm maior potencial para prejudicar a confiança do público. O estabelecimento de boas práticas de gestão de recursos humanos é, portanto, de suma importância para sustentar a confiança pública e combater a corrupção”. As resoluções são acompanhadas do relatório,

Confiança não é sentimento ou esperança. Não é delegação cega, mas crédito fundado em expectativas racionais e específicas. Como ensina Luhmann, confiança vincula-se a cálculo de riscos, sendo forma de redução da complexidade sobre as múltiplas alternativas de atuação de outros no futuro.¹⁸ Confiamos para decidir, inclusive para cooperar, pois, para cooperar, precisamos acreditar que o outro retribuirá a cooperação e será fiel ao compromisso assumido. Nessa crença, há uma avaliação crítica do resultado e o risco de frustração das expectativas. A confiança suscita a presunção de estabilidade e continuidade, certa ilusão sobre as variáveis envolvidas e supõe comportamento conseqüente e coerente. Se a opinião pública ou grande número de cidadãos identificar que as decisões administrativas não visam ao bem comum, e sim apenas ao bem familiar ou de grupos próximos, em manifestação de nepotismo ou clientelismo, desmoram-se os pilares da confiança pública, comprime-se o horizonte do tempo, e o compromisso com o futuro deixa de contar com a adesão dos agentes desiludidos. Em plena crise da pandemia de COVID-19, essa desilusão custa vidas.

Keywords: Administrative and constitutional law. Public trust. Nepotism. Political-administrative posts. Precedent 13 STF. Governance. COVID-19 pandemic.

Summary: **1** Promotion of Public Trust – **2** Decision-making paralysis in times of health crisis – **3** Nepotism in Political-Administrative Posts in General Repercussion (Theme 1000, STF) – **4** Integrity and Governance

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MODESTO, Paulo. Promoção da confiança pública e paralisia decisória durante a pandemia de COVID-19: encontro marcado com o RE nº 1.133.118 (nepotismo em cargos político-administrativos). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 93-102, abr./jun. 2020.

de extraordinária clareza. Ver o inteiro teor do documento em: <https://rm.coe.int/fighting-nepotism-within-local-and-regional-authorities-governance-com/16809312c3>. Acesso em: 16 abr. 2020.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Confiança*. Tradução de Amanda Flores, corrigida e cotejada com original alemão por Dário Rodrigues Mansila. 1ª reimpressão. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005. p. 39 e segs.