

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIACHÃO DO JACUÍPE

PROCESSO Nº 09492e21

PARECER Nº 00949-21

EMENTA: CONSULTA. NOMEAÇÃO DE PARENTE DA AUTORIDADE NOMEANTE PARA CARGO POLÍTICO. SECRETÁRIO MUNICIPAL. SUBSECRETÁRIO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13, DO STF. NEPOTISMO.

1) A proibição da Súmula Vinculante nº 13 não se aplica para cargos públicos de natureza política. Em outras palavras, em regra, a nomeação de parente de Chefe do Poder Executivo a cargo político – para o exercício de atribuições de Secretário Municipal, ocupante de cargo do primeiro escalão, por exemplo, não configura, a priori, nepotismo, situação que deverá ser analisada caso a caso, considerando as circunstâncias fáticas e as aptidões técnicas do agente político que ensejam a eventual nomeação.

2) A inaplicabilidade da SV 13 não se estende para a hipótese de nomeação de parente de autoridade nomeante para ocupar cargo de Subsecretário, tendo em vista enquadrar-se na categoria de servidores públicos, cujas funções revestem-se de natureza administrativa, possuindo tal cargo, habitualmente, dentre outras atribuições, a de auxiliar o Secretário Municipal, autoridade máxima da repartição, na execução das obrigações da referida pasta, submetendo-se, por essa razão, à vedação da prática de nepotismo prevista na aludida Súmula Vinculante.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. José Carlos de Matos Soares, Prefeito do Município de Riachão do Jacuípe BA, por intermédio do seu advogado devidamente constituído, endereçada a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, por meio do expediente aqui protocolado sob o nº 09492e21, através da qual questionamos o seguinte:

“DETERMINADO MUNICÍPIO PODE NOMEAR PARENTE ATÉ O TERCEIRO GRAU DA AUTORIDADE NOMEANTE PARA OCUPAR CARGO DE SUBSECRETARIO, POSSUINDO ESTE CAPACIDADE TÉCNICA?”

Em caráter preliminar, importante registrar que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **por força do artigo 3º, §4º, da Res. TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese,** razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado, inclusive os vivenciados pelo Município de Riachão do Jacuípe.

Ademais, antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Inicialmente, impende esclarecer que o Nepotismo – nomeação de parentes para cargos públicos - constitui prática condenável, infelizmente ainda constatada com frequência no Brasil e que remonta à época dos Estados Absolutistas, nos quais vigorava o patrimonialismo na Administração Pública, caracterizado pela confusão entre a coisa pública (*res publica*) e o patrimônio do soberano (*res principis*).

Sucedo que, com o advento dos Estados Liberais, tornou-se premente a necessidade de se modificar a lógica da atividade administrativa, deixando de lado o patrimonialismo, que até então reinava, para se implantar o modelo de administração burocrática, idealizada por Max Weber, a qual primava pela impessoalidade no preenchimento de cargos públicos, hierarquização, profissionalização dos agentes públicos acompanhada de elaboração de planos de carreira, controles a priori dos atos e processos administrativos.

Destarte, conquanto o Estado Brasileiro caminhe para a implementação de administração gerencial, seguindo a tendência observada na maioria dos países desenvolvidos, algumas modificações impostas pelo modelo burocrático representaram um grande avanço no sentido de se alcançar os ideais de um Estado Democrático de Direito, ou seja, aquele obediente ao ordenamento jurídico vigente e não mais à simples vontade de seus governantes.

Nesse particular, destaca-se a exigência de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como regra para a ascensão a cargos públicos por

qualquer cidadão, preceptivo imposto pelo artigo 37, II, da Constituição Federal e que constitui um dos maiores exemplos de concretização do princípio da impessoalidade, aquele que obriga ao gestor público agir de forma impessoal, ou seja, sem levar em consideração, nas suas escolhas, o destinatário do ato e nem seus próprios interesses.

De outro giro, o próprio artigo 37, II, Carta Magna, em sua parte final, excetua a regra do concurso público supracitada, conferindo certa margem de discricionariedade ao agente público, nas hipóteses de provimento de cargos em comissão e funções de confiança, os quais são de livre nomeação e exoneração e possuem como nota característica o exercício de atribuições de chefia, assessoramento e supervisão, senão vejamos:

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:

[...]

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;**

Entretanto, tal margem de discricionariedade concedida pelo legislador constituinte ao administrador público no momento da escolha acerca do destinatário da nomeação para os cargos de comissão ou função de confiança, não pode ser exercida à revelia dos princípios norteadores do Direito Administrativo, a exemplo daqueles insculpidos no caput do artigo 37, em especial os da impessoalidade e da moralidade, notadamente transgredidos quando da prática do nepotismo.

Assim é que a nossa Suprema Corte, no ano de 2008, editou a Súmula Vinculante nº 13, por intermédio da qual se estabeleceu a vedação a diversas hipóteses que podem tipificar nepotismo, inclusive aquela denominada pela doutrina de nepotismo cruzado, consistente em designações recíprocas de parentes entre representantes de órgãos ou poderes distintos, *in verbis*:

“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.”

Por outro lado, no tocante ao ato de nomeação, realizado pelo Chefe do Poder Executivo, de particular para cargo político, vale ressaltar que o posicionamento sedimentado em julgados do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não se configurar nepotismo, uma vez não se tratar de ato administrativo, mas sim de natureza política, consoante se depreende de decisão paradigma no RE 579.951/RN, da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhada de decisões recentes no mesmo sentido:

“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 da 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. (RE 579951, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-10 PP-01876)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. NEPOTISMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 13. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 579.951-RG, firmou o entendimento no sentido de que a proibição ao nepotismo decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição, independentemente da edição de lei formal a respeito. 2. O caso atrai a incidência da Súmula Vinculante 13. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (RE 601746 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 09-11-2018 PUBLIC 12-11-2018)

Ementa: Agravo regimental em reclamação. 2. Nomeação de cônjuge de Prefeita para ocupar cargo de Secretário municipal. **3. Agente político. Ausência de violação ao disposto na Súmula Vinculante 13. 4. Os cargos que compõem a estrutura do Poder Executivo são de livre nomeação e exoneração pelo Chefe desse Poder. 4. Fraude à lei ou hipótese de nepotismo cruzado por designações recíprocas. Inocorrência.** Precedente: RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 12.9.2008. 7. Agravo regimental a que se dá provimento para julgar procedente a reclamação. (Rcl 22339 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019) (grifo aditado)

Não obstante, ao se deparar com caso concreto onde ficou evidenciada nomeação de parente de Prefeito para cargo político de Secretário Municipal, sem preencher requisitos mínimos de capacidade técnica para cumprir as atribuições da pasta para a qual foi nomeado, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de violação ao princípio da razoabilidade:

“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 28024 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 22-06-2018 PUBLIC 25-06-2018)”

Com efeito, **conclui-se que, em regra, a proibição da SV 13 não se aplica para cargos públicos de natureza política, como, por exemplo, Secretário Municipal.** Assim, a jurisprudência do STF tem excepcionado a regra sumulada e garantido a permanência de parentes de autoridades públicas em cargos políticos, sob o fundamento de que tal prática não configura nepotismo, situação que deverá ser analisada caso a caso. **Esta regra, contudo, comporta uma exceção, ou seja, na hipótese de restar demonstrada a inequívoca falta de razoabilidade na nomeação por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral do nomeado, fraude à lei e nepotismo cruzado.**

Impende destacar que a capacidade técnica, exigida pelo Pretório Excelso para a nomeação de particular a cargo de Secretário de Estado, deve guardar relação com as atribuições da pasta, ou seja, de nada adianta, a título de exemplificação, o indivíduo contar com formação e qualificação na área de saúde e ser alçado à condição de Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura.

Dito isso, conclui-se que malgrado a nomeação de parente de Chefe do Poder Executivo a cargo político – para o exercício de atribuições de Secretário de Governo, não configure, a priori, nepotismo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que restaria caracterizada afronta ao princípio da razoabilidade, acaso o nomeado não possua comprovada capacidade técnica específica para assumir a pasta ou idoneidade moral.

Fixadas tais premissas, e volvendo-se para o questionamento do presente expediente, que envolve a possibilidade de nomeação de parente até terceiro grau de autoridade nomeante para ocupar o cargo de Subsecretário, possuindo este capacidade técnica, cabe-nos fazer algumas considerações.

De início, cumpre-nos esclarecer o conceito de agente político, categoria na qual estão enquadrados os Secretários Municipais. Sobre a temática, cita-se os ensinamentos de José Dos Santos Carvalho Filho, na obra “Manual de Direito Administrativo”, 31 ed. rev. atual e ampl. – São Paulo, Atlas, 2017, p. 630:

“Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. (...)”

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).”

Da leitura do trecho acima destacado, compreende-se que os Secretários Municipais, agentes políticos, integram uma das estruturas da organização da entidade da Administração Municipal. Dizendo de outro modo, ocupam na estrutura da secretaria que são responsáveis, por delegação do Chefe do Poder Executivo, o cargo relativo ao primeiro escalão, tendo em vista suas incumbências de coordenar, supervisionar, direcionar, organizar e comandar as atividades e atribuições da sua pasta.

Cite-se, porque relevante, entendimento do STF (Ag. Reg. na Reclamação 30.466, Relator Min. Alexandre de Moraes, Dje de 26/11/2018), sobre a possibilidade de nomeação para cargos políticos do primeiro escalão do poder executivo, reforçando o quanto anteriormente exposto:

“EMENTA: **NOMEAÇÃO PARA CARGOS POLÍTICOS DO PRIMEIRO ESCALÃO DO PODER EXECUTIVO**. CRITÉRIOS FIXADOS DIRETAMENTE PELO TEXTO CONSTITUCIONAL. EXCEPCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA SV 13 NO CASO DE COMPROVADA FRAUDE. INOCORRÊNCIA. NOMEAÇÃO VÁLIDA. DESPROVIMENTO.PRECEDENTES. 1. Legitimidade recursal concorrente reconhecida (RE 985.392 RG, REL. MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 10/11/2017). **2. O texto constitucional estabelece os requisitos para a nomeação dos cargos de primeiro escalão do Poder Executivo (Ministros), aplicados por simetria aos Secretários estaduais e municipais.** 3. **Inaplicabilidade da SV 13, salvo comprovada fraude na nomeação, conforme precedentes** (Rcl. 7590, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/9/2014, DJe de 14/11/2014, Rcl 28.681 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Dje de 7/2/18; Rcl 28.024 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Dje de 29/5/18). 4. Agravos regimentais aos quais se nega provimento.”

Assim, reitera-se que, em regra, a proibição da SV 13 não se aplica para cargos de natureza política, como é o caso dos Secretários Municipais, ocupantes dos cargos de primeiro escalão do poder.

Por sua vez, relevante pontuar que, os demais agentes que compõe a unidade da secretaria, cujas atribuições dos cargos sejam de auxiliar o Secretário Municipal na execução das obrigações da referida pasta, movimentando a máquina administrativa, enquadram-se na categoria de servidores públicos, sendo a natureza de suas funções administrativa, situação que parece se amoldar o cargo de Subsecretário, mencionado no questionamento feito pelo Consultante.

Nesse contexto, cabe-nos trazer a baila entendimento do Tribunal de Contas de Mato Grosso, divulgado no Boletim de Jurisprudência – Edição Consolidada: fevereiro/2014 a dezembro/2020, vejamos:

“Pessoal. Nepotismo. Secretário municipal adjunto. Submissão de cargo à regra do nepotismo. O cargo de Secretário Municipal Adjunto possui natureza administrativa e, portanto, está sujeito à vedação da prática de nepotismo prevista na Súmula Vinculante nº 13 do STF, diferentemente do cargo de Secretário Municipal, que possui natureza política e, por isso, não se submete à regra do nepotismo. (Representação de Natureza Interna. Relatora: Conselheira Substituta Jaqueline Jacobsen. Acórdão nº 2.397/2015-TP. Julgado em 09/06/2015. Publicado no DOC/TCE-MT em 30/06/2015. Processo nº 20.238-0/2014).”

Diante de todo o exposto, conclui-se o seguinte:

1) A proibição da Súmula Vinculante nº 13 não se aplica para cargos públicos de natureza política. Em outras palavras, em regra, a nomeação de parente de Chefe do Poder Executivo a cargo político – para o exercício de atribuições de Secretário Municipal, ocupante de cargo do primeiro escalão, por exemplo, não configura, a priori, nepotismo, situação que deverá ser analisada caso a caso, considerando as circunstâncias fáticas e as aptidões técnicas do agente político que ensejaram a eventual nomeação.

2) A inaplicabilidade da SV 13 não se estende para a hipótese de nomeação de parente de autoridade nomeante para ocupar cargo de Subsecretário, tendo em vista enquadrar-se na categoria de servidores públicos, cujas funções revestem-se de natureza administrativa, possuindo tal cargo, habitualmente, dentre outras atribuições, a de auxiliar

o Secretário Municipal, autoridade máxima da repartição, na execução das obrigações da referida pasta, submetendo-se, por essa razão, à vedação da prática de nepotismo prevista na aludida Súmula Vinculante.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pela Consulente.

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 01 de julho de 2021.

Flavia Scolese Ribeiro
Assessora Jurídica