

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE MUCURI

PROCESSO Nº 15665e19

PARECER Nº 01914-19

T.P.B. Nº 67/2019

NEPOTISMO DIRETO E CRUZADO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRÁTICA VEDADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

A prática do nepotismo, direto ou cruzado, deve ser analisada caso a caso, uma vez que a mesma (prática do nepotismo) pode ocorrer em todos os Poderes e está relacionada ao descumprimento dos princípios dispostos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, não sendo as hipóteses enumeradas na Súmula Vinculante nº 13 do E. STF um rol taxativo.

O Coordenador de Controle Interno do **MUNICÍPIO DE MUCURI**, Sr. Hermógenes Oliveira Neves, por intermédio do Ofício nº 37/2019, endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 15665e19, questiona-nos:

“(...) se caracteriza nepotismo Contratar ou nomear para exercer função Coordenação pedagógica na Secretaria Municipal de Educação do Município a Esposa do Coordenador de Controle Interno, uma vez que esta pessoa que poderá ser contratada/nomeada é graduada e possui pós-graduações na área de Educação.”

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de caso concreto apresentado.**

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

Dito isso, cumpre pontuar que a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente, para ocupar cargos na Administração Pública, prática conhecida como nepotismo, sempre esteve presente na política nacional.

Sucedo que, nos termos da Constituição Federal de 1988, essa conduta revela-se incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, pois, em observância aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da isonomia, deve-se evitar que o funcionalismo público seja tomado por detentores de relação de matrimônio, união estável ou parentesco com governantes e servidores, em detrimento de pessoas com melhor capacidade técnica para o desempenho das atividades.

Além da força normativa dos princípios constitucionais, tem-se também a previsão da Lei nº 8.112/1990 (“Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”), que, em seu artigo 117, VIII, proíbe o servidor de “manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil”.

Na esfera da Administração Pública Federal, o Decreto nº 7.203/2010 dispõe sobre a vedação do nepotismo. No âmbito do Poder Judiciário, foi editada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ a Resolução nº 7/2005, alterada pelas Resoluções nº 9/2005, nº 21/2006, nº 181/2013 e nº 229/2016. Também para o Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP publicou as Resoluções nº 1/2005, nº 1/2006, nº 7/2006, nº 21/2007 e nº 37/2009.

Conforme as lições da Professora Fernanda Marinela, na Obra “Curso de Direito Administrativo”, 5ª edição, página 65:

“Esses diplomas proíbem a presença de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive dos respectivos membros ou juízes vinculados ao tribunal, assim como de qualquer servidor ocupante de cargo de direção ou assessoramento, para exercer cargo em

comissão ou função de confiança, para as contratações temporárias e para as contratações diretas com dispensa ou inexigibilidade de licitação em que o parentesco exista entre os sócios, gerentes ou diretores da pessoa jurídica.”

De acordo o Conselho Nacional de Justiça:

“Nepotismo é o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego. As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco. Viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em funções de relação de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público.

O nepotismo está estritamente vinculado à estrutura de poder dos cargos e funções da administração e se configura quando, de qualquer forma, a nomeação do servidor ocorre por influência de autoridade ou agentes públicos ligados a esse servidor por laços de parentesco.

Situações de nepotismo só ocorrem, todavia, quando as características do cargo ou função ocupada habilitam o agente a exercer influência na contratação ou nomeação de um servidor. Dessa forma, na nomeação de servidor para o exercício de cargos ou funções públicas, a mera possibilidade de exercício dessa influência basta para a configuração do vício e para configuração do nepotismo.” (grifos aditados)

Não fosse isso, a Súmula Vinculante nº 13 do E. Supremo Tribunal Federal, aprovada em 21 de Agosto de 2008, dispõe que:

“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.” (destaques aditados)

Observa-se, pois, que a prática de nepotismo se configura quando a nomeação do servidor ocorre por influência de autoridade ou de agente público ligado ao mesmo por laços de matrimônio, união estável ou parentesco.

Vale ressaltar que situações de nepotismo ocorrem quando as características do cargo ou função ocupada habilitam o agente a exercer influência na nomeação de um servidor, sendo que a mera possibilidade de exercício dessa influência basta para a caracterização do nepotismo.

É o caso, por exemplo, da nomeação da esposa do Coordenador de Controle Interno de determinado Município para desempenhar cargo de coordenação em uma das Secretarias Municipais. Tal situação fere o entendimento sumulado pelo E. STF, porquanto se refere à nomeação de cônjuge de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de função gratificada, bem como diante da possibilidade de comprometimento da autonomia e da independência estrutural que devem estar presentes na relação travada entre o Controlador Interno e a Administração.

Sobre a temática, o “Manual de Controle Interno Municipal” deste Tribunal, página 74, elucida que “Não há controle sem independência. A atividade de controle está intimamente relacionada à fiscalização completa dos procedimentos administrativos de um ente, portanto, necessita de independência para o exercício de seu mister”.

Mais adiante, páginas 77/82, consta do aludido Manual que:

“Em complemento à estrutura objetiva do sistema de controle interno, agrega-se a necessidade da estruturação subjetiva deste sistema, sob pena de relegar o controle a apenas uma formulação teórica, sem nenhuma efetividade prática em virtude do seu não exercício adequado.

O sistema de controle interno, muito embora estruturado objetivamente de forma a possibilitar uma atividade de controle célere e independente, terá dificuldades de implementação e efetivação dependendo da estrutura subjetiva ordenada.

(...)

A função de Controlador Geral deve ser exercida por servidor detentor de cargo efetivo na Administração Pública, uma vez que necessitam de determinadas garantias para o exercício de seu mister. Nesse sentido veja-se:

Importante ressaltar que essas prerrogativas que se concedem aos servidores estatutários não são privilégios pessoais, mas garantias necessárias ao adequado exercício de suas funções estatais, para evitar influências indevidas e desvio de finalidade na atividade do servidor.

Não basta, porém, que esse vínculo seja efetivo; deve o servidor ocupante da função de controlador gozar da condição de estabilidade no serviço público, pois assim estará resguardado contra possíveis perseguições e sujeições impostas pelo chefe do ente ou poder controlado.

(...)

Como visto, não se admite como responsável pelo controle servidor com investidura em comissão, qual seja

aquela que possui caráter precário, em que o agente pode ser livremente nomeado ou exonerado. Diferente do cargo de provimento efetivo, o servidor não necessita ser aprovado em concurso público de provas ou provas e títulos para ocupar cargo em comissão.

Deve-se privilegiar, consoante já exposto, o profissionalismo e a impessoalidade do responsável pelo controle, para que este não seja impelido a realizar, em razão da precariedade de seu vínculo, atividades facilitadoras ou desorientadas de controle.

(...)

Ante a complexidade da função de responsável pelo sistema de controle interno, necessário se faz que o Controlador Geral disponha de algumas garantias para o pleno exercício de suas atribuições.

Nesse sentido, condição indispensável para o desenvolvimento de seu mister, como visto, é a independência e autonomia funcional deste servidor em relação aos demais servidores da Instituição.

(...)"

Extrai-se, pois, que a nomeação da esposa do Coordenador de Controle Interno de determinado Município para desempenhar cargo de coordenação em uma das Secretarias Municipais configura prática de nepotismo, vedada pelo ordenamento jurídico.

Cabe registrar que o entendimento firmado por intermédio da Súmula Vinculante nº 13 do E. STF se apoia na eficácia jurídica dos princípios constitucionais, mais precisamente, na ideia de que a vedação ao nepotismo é regra constitucional que decorre dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, ambos expressos no artigo 37 da CF.

Veja-se que o princípio da impessoalidade apresenta um de seus fundamentos no princípio da isonomia e requer que a Administração Pública trate todos os seus indivíduos de maneira indistinta, sem se socorrer de privilégios. Não é despiciendo anotar que, conforme palavras do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, "(...) o fato de que a Constituição haver considerado a técnica do concurso inconveniente na hipótese dos cargos em comissão não afasta a incidência da regra que veda o favorecimento pessoal ou familiar neste contexto".

O princípio da moralidade, por sua vez, impõe aos agentes públicos o dever geral de boa administração, do qual decorrem os imperativos de honestidade, atuação vinculada ao

interesse público e boa-fé.

Dessa forma, o conteúdo nuclear dos princípios da impessoalidade e da moralidade veda, de forma inequívoca, a prática de nepotismo.

A vinculação direta aos princípios da Administração, insculpidos no artigo 37 da CF, devem ser a pedra de toque do administrador, não isentando este, em face da ausência de Lei específica detalhando o sentido de cada princípio, de dar cumprimento ao seu conteúdo essencial.

Ressalte-se que, na hipótese de violação dessa natureza, há inclusive Lei formal prevendo sanções e possíveis desdobramentos. Veja-se que a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), no seu artigo 11, identifica e pune como ato de improbidade ações ou omissões violadoras dos princípios da Administração Pública. Nesse sentido, vale trazer a lume o seguinte Ementário:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOMEAÇÃO DE PARENTE PARA CARGO EM COMISSÃO. NEPOTISMO. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. elemento subjetivo. configuração de dolo genérico. PRECEDENTES DO STJ.

1. A hipótese dos autos diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em face da então prefeita do Município de Lagoa D'anta em razão da suposta contratação irregular de parentes e outros servidores para o exercício de cargo público.

2. Em que pese a Corte a quo tenha reconhecido a prática de nepotismo, afastou a ocorrência do ato de improbidade administrativa elencado no artigo 11 da Lei 8429/92, sob o argumento de que não existiu dolo na conduta da então prefeita.

3. Contudo, a Segunda Turma do STJ já se manifestou no sentido de que a nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, mesmo antes da publicação da Súmula Vinculante 13/STF, constitui ato de improbidade administrativa que ofende os princípios da administração pública, nos termos do artigo 11 da Lei 8429/92. Nesse sentido: AgRg no REsp 1362789/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 19/05/2015; REsp 1286631/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 22/08/2013; REsp 1009926/SC, 2ª Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 10/02/2010.

4. Ademais, o entendimento firmado por esta Corte Superior é de que o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -,

sendo despciendo perquirir acerca de finalidades específicas.

5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1535600/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 17/09/2015; grifos aditados)

Para facilitar a análise da configuração do nepotismo, insta anexar o seguinte quadro demonstrativo de grau de parentesco, elaborado de acordo com o enunciado da Resolução nº 07/2005 do CNJ e com a jurisprudência pacificada do E. STF, vejamos:

**GRAUS DE PARENTESCO PARA FINS DE NEPOTISMO
(Autoridade Nomeante e Cônjuge)**

FORMAS DE PARENTESCO			GRAUS DE PARENTESCO		
			1º GRAU	2º GRAU	3º GRAU
Parentes Consanguíneos	Em linha reta	Ascendentes	PAIS (INCLUSIVE MADASTRA E PADASTRO)	AVÓS	BISAVÓS
		Descendente	FILHOS	NETOS	BISNETOS
	Em linha colateral			IRMÃOS	TIOS E SOBRINHOS (E SEUS CÔNJUGES)
Parentes por Afinidade	Em linha reta	Ascendentes	SOGROS (INCLUSIVE MADASTRA E PADASTRO DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO)	AVÓS DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO	BISAVÓS DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO
		Descendente	ENTEADOS, GENROS, NORAS (INCLUSIVE DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO)	NETOS (EXCLUSIVOS DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO)	BISNETOS (EXCLUSIVOS DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO)
	Em linha colateral			CUNHADOS (IRMÃOS DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO)	TIOS E SOBRINHOS DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO (E SEUS CÔNJUGES)

Observação: o cônjuge ou companheiro, embora não seja considerado parente, encontra-se sujeito às vedações contidas na Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal.

O artigo 2º da Resolução nº 07/2005 do CNJ elenca algumas situações que constituem práticas de nepotismo, vejamos:

“**Art. 2º** Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

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.

§1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

§2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal."

Prestados tais esclarecimentos, impende aduzir, ainda, que é vedada a prática tanto do nepotismo direto quanto do nepotismo cruzado.

O nepotismo cruzado, por sua vez, é aquele em que o agente público nomeia cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de outro agente público, enquanto o segundo (agente público) nomeia uma pessoa ligada por tais vínculos ao primeiro, como troca de favores, também entendido como designações recíprocas. Sua prática é vedada expressamente pela Súmula Vinculante nº 13 do E. STF.

Nesse caso, em flagrante violação aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da isonomia, as autoridades envolvidas estabelecem um acordo para nomear, reciprocamente, seus cônjuges, companheiros ou parentes, com o intuito de burlar a norma proibitiva do nepotismo. Ressalte-se que a troca de favorecimento é condição necessária para se caracterizar o nepotismo cruzado.

Ou seja, além dos requisitos objetivos dispostos no texto da Súmula Vinculante nº 13 do E. STF, no nepotismo cruzado, deve ficar caracterizada a troca de favores com as nomeações para cargos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. Súmula Vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Inexistência de influência ou subordinação hierárquica. Fatos e provas. reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Ao se editar a Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, erigiram-se critérios objetivos de conformação, a saber: i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada e iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante. 2. A incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante nº 13 com o art. 37, caput, da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção. 3. Ultrapassar a delimitação fática traçada pelo Tribunal de origem demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário. Incidência do enunciado de Súmula 279 do STF. 4. Agravo regimental não provido. 5. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, haja vista tratar-se, na origem, de mandado de segurança (art. 25 da Lei nº 12.016/09).” (RE 807383 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 09-08-2017 PUBLIC 10-08-2017; grifos aditados)

Tem-se, pois, que a prática do nepotismo, direto ou cruzado, pode ocorrer entre todos os Poderes e está relacionada ao descumprimento dos princípios dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, não sendo as hipóteses enumeradas na Súmula Vinculante nº 13 do E. STF um rol taxativo. A análise deve ocorrer caso a caso, cabendo sempre à Municipalidade agir em conformidade com os princípios da impessoalidade e da moralidade, insculpidos na Carta Federal.

Diante de todo o exposto, conclui-se que **a nomeação da esposa do Coordenador de Controle Interno de determinado Município para desempenhar cargo de coordenação em uma das Secretarias Municipais configura nepotismo. Tal situação fere o entendimento sumulado pelo E. STF, porquanto se refere à nomeação de cônjuge de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de função gratificada, bem como diante da possibilidade de comprometimento da autonomia e da independência estrutural que devem estar presentes na relação travada entre o Controlador Interno e a Administração.**

É o parecer.

Salvador, 24 de setembro de 2019.

**Thayana Pires Bonfim
Assistente Jurídico**