

Publicado no D. O. E.
Em, 25/08/2010

Handwritten signature
Secretaria do Tribunal Pleno



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 08497/09

Objeto: Consulta

Relator: Cons. Arnóbio Alves Viana

Interessado: Léa Santana Praxedes

Consulta formulada pela Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Cabedelo – IPSEMC, sra. Léa Santana Praxedes, sobre a questão de nepotismo e abrangência e aplicação da Súmula Vinculante nº 13/STF.

PARECER PN-TC-00013/2010

RELATÓRIO:

O processo **TC Nº 08497/09** trata de consulta formulada pela Presidente do **Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Cabedelo – IPSEMC**, sra. **Léa Santana Praxedes**, sobre a questão de nepotismo e abrangência e aplicação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal - STF (**fls. 02/07**).

Os autos foram encaminhados à Consultoria Jurídica deste Tribunal, que se manifestou sobre a matéria, através de Parecer assinado pelo seu titular, *José Francisco Valério Neto*, entendendo, com relação a cada uma das questões suscitadas (**fls. 09/17**):

- a vedação não se aplica quando a contratação se dá temporariamente, por excepcional interesse público e houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal;
- constitui impedimento para a nomeação o parentesco em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive com a autoridade nomeante ou servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo em comissão ou de confiança ou de função gratificada, sendo irrelevante, para tanto, a relação de subordinação;
- independentemente do grau de parentesco, a proibição não atinge servidores legal e regularmente investidos em cargos de provimento efetivo mediante concurso público, na forma dos incisos I e II, da CF, estendendo-se, todavia, aos parentes destes;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 08497/09

- não se aplica a vedação "quando o início da união estável ou o casamento forem posteriores ao tempo em que ambos os cônjuges ou companheiros já estavam no exercício das funções/cargos, em situação que não caracteriza ajuste prévio para burlar a proibição geral de prática de nepotismo", ressalvada a vedação prevista no § 1º, *in fine*, do art. 2º, da Resolução 07/05 do CNJ;
- a vedação se impõe quando restar caracterizado o "ajuste mediante designações recíprocas", conhecido como "nepotismo cruzado", inclusive entre Poderes;
- a exceção atribuída ao agente político, a exemplo de Secretário Municipal ou de Estado, parente da autoridade nomeante, não poderá se estender a parente seu;
- a vedação não se aplica a diretores de unidades escolares, eleitos pelo voto da comunidade escolar, desde que seja, também, servidor do quadro permanente;

Em seguida, os autos foram remetidos ao Ministério Público Especial, que se pronunciou através de cota da lavra da então Procuradora Geral, dra. *Ana Teresa Nóbrega*, entendendo encontrar-se o processo suficientemente instruído, sendo pelo conhecimento da consulta, porquanto satisfeitos os requisitos de admissibilidade e, no mérito, acompanhando a manifestação da Consultoria Jurídica (**fls. 21**).

VOTO:

Voto pelo conhecimento da consulta e, no mérito, no sentido de que seja respondida nos termos do Parecer CONJU-ADM nº 28/2009.

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO:

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo **TC Nº 08497/09**, e

CONSIDERANDO o Relatório e Voto do Relator, o pronunciamento da Consultoria Jurídica deste Tribunal e o parecer do Ministério Público Especial;

CONSIDERANDO o mais que dos autos consta,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 08497/09

DECIDEM os membros integrantes do **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA**, à unanimidade de votos, em sessão plenária realizada nesta data, conhecer da consulta e, no mérito, responder nos termos do Parecer CONJU-ADM nº 28/2009, emitido pela Consultoria Jurídica deste Tribunal (**fls. 09/17**), cujo teor passa a fazer parte integrante deste Parecer.

Publique-se, notifique-se e cumpra-se
TCE-Plenário Ministro João Agripino.
João Pessoa, 12 de maio de 2.010.

Cons. Fernando Rodrigues Catão
Presidente em exercício

Cons. Arnóbio Alves Viana
Relator

Cons. Flávio Sátiro Fernandes

Cons. Fábio Túlio F. Nogueira

Cons. Umberto Silveira Porto

Cons. Arthur Paredes Cunha Lima

Isabella Barbosa Marinho Falcão
Representante do Ministério Público Especial/TCE



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
CONSULTORIA JURÍDICA (CJ-ADM)

Parecer CONJU-ADM nº 28/2009

Documento de Consulta nº 01.594/09.

Consulente: Lea Santana Praxedes, Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Cabedelo - IPSEMC.

Assuntos: Nepotismo. Abrangência e Aplicação da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal.

Senhor Presidente:

Lea Santana Praxedes, Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Cabedelo - IPSEMC, formaliza consulta suscitando dúvida sobre nepotismo e a abrangência e aplicação da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal.

Por razões de ordem prática, os questionamentos trazidos a estudo pela consulente estarão transcritos no final deste parecer, cada qual associado às respectivas respostas.

Com o despacho de ordem o documento veio a CJ-ADM para as apreciações de praxe.

A postulação, cuidando de dúvida sobre a “aplicação de dispositivos legais e regulamentares” (art. 1º, inciso IX, LOTCE), foi formalizada por autoridade competente e preenche os requisitos exigidos no art. 3º da RN – TC nº 02/05, devendo, pela sua relevância, ser submetida ao Egrégio Tribunal Pleno.

É o relatório.

Prima facie, por interessar ao estudo, cuidamos relevante a interpretação sistemática de alguns dispositivos da Constituição Federal, relaciona-

das à hipótese consultada e da interpretação integrada destes com a jurisprudência e atos normativos sobre os questionamentos da consulta.

A Constituição Federal no art. 37, *caput*, impôs obediência compulsória aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, impondo mais, além dos princípios ali enumerados, submissão às regras gerais que enumerou.

Logo no inciso II, do mesmo artigo, tornou obrigatório o concurso público de provas ou de provas e títulos, para investidura em cargos ou empregos públicos, ressalvando as nomeações para **cargo em comissão** declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O inciso V do artigo forçou observar que *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.*

Ad argumentandum, indispensável por em evidência, para fins de aplicação da regra, o que se entende por **função de confiança** e por **cargos em comissão**.

Segundo a melhor doutrina, e tem consagrado a jurisprudência pátria, o **cargo de provimento em comissão**, destina-se somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, caracterizando-se pela transitoriedade da investidura. Pode ser preenchido por pessoa que não seja servidor de carreira, observado o percentual mínimo reservado pela lei ao servidor efetivo.

Lemos e aprendemos da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 14ª ed., p. 269:

*Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar **ad nutum**, isto é, livremente, quem os esteja titularizando.*

A **função de confiança**, também chamada “**função gratificada**”, de livre nomeação e exoneração pela autoridade competente, representa um acréscimo salarial (um **plus** remuneratório) – geralmente na forma de “**gratificação**” – pago ao servidor efetivo que exerce atribuição de chefia, direção ou assessoramento. **A função de confiança deve ser instituída quando não se justificar a criação do cargo comissionado.**

Portanto, não se pode confundir cargo comissionado com função de confiança. Ambos são destinados a encargos de direção, chefia e assessoramento, todavia, **o cargo em comissão pode ser preenchido por pessoa alheia ao serviço público, observado o percentual mínimo reservado ao servidor de**

carreira, ao passo que a função de confiança somente pode ser exercida por titular de cargo efetivo.

Os planos de cargos editados pela Administração deverão, portanto, fixar o número mínimo de cargos em comissão que devam ser ocupados "privativamente" por servidores de carreira.

Entendendo-se o que foi dito até aqui, só os provimentos de cargos em comissão, por pessoas que não sejam servidores de carreira, têm dado causa a existência de favorecimento (*nepotismo*) com evidente desacato aos princípios informativos da Administração Pública, em boa hora citados, à propósito, no art. 37 do texto constitucional.

Os pressupostos do *nepotismo* encontram-se expressos na Súmula Vinculante nº 13, de cujo enunciado se lê:

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 inteligência da Súmula oferece desdobramentos:

1. A proibição não atinge servidores legal e regularmente investidos em cargos de provimento efetivo mediante concursos público na forma imposta pelo inciso II do art. 37 da CF.
2. Quem não pode ser nomeado para cargo de provimento em comissão:

O cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive.

3. Circunstância impeditiva da nomeação:

a) O parentesco em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, com a autoridade nomeante ou servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo em comissão ou de confiança ou de função gratificada.

b) O ajuste mediante designações recíprocas.

A questionada Súmula teve como precedentes a ADI nº 1.521-MC, o MS 23.780, a ADC 12 e o RE nº 579.951, trazidos aqui à colação por interessar ao estudo:

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521-4 RS, Rel Ministro Marco Aurélio (D.J. 17.03.2000), resumiu:

12

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.

O **Mandado de Segurança nº 23.780-5 MA**, Rel Ministro Joaquim Barbosa (D.J. 03.03.06), restou assim ementado:

MAMDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada pra 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 cônjuge 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 de poder.

Na **Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6 DF**, Rel. Min. Carlos Brito (D.J. 01.09.2006), ajuizada em prol da Resolução nº 7, de 18/10/205, do Conselho Nacional de Justiça, às fls. 3 e 4, concluiu o Relator no voto condutor do Acórdão:

*Medida Cautelar 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 do 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 juizes 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, determinarem o afastamento da sobredita aplicação.*

13
9

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951 RIO GRANDE DO NORTE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (DJe nº 202 Divulgação 23/10/2008 Publicação 24/10/2008), resultou na decisão assim ementada:

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 de 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.

Às fls. 1912/1913, ao intervir no julgamento, o Ministro Carlos Britto, com proficiência, assim discorreu:

Quando proferi voto na ADC nº 12, entendendo – e a Corte concordou – que os princípios do art 37 eram extensivos a toda a Administração Pública, tive em conta a própria expressão “Administração Pública”, porque esses princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, etc vêm num contexto não de governo, não de poder político, mas de Administração Pública, aqui, parece-me, é segmento do governo. O governo é mais do que a Administração pública, porque incorpora ingrediente político.

Então, quando o artigo 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC nº 12, por que o próprio Capítulo é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como, por exemplo, os de Secretário Municipal, são de agentes do Poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do artigo 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos – é como penso – são alcançados pela imperiosidade do artigo 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os secretários Municipais, que

14

correspondem a Secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e Ministros de Estado, no âmbito federal.

O V. Aresto acima citado, último precedente referenciado, ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 13, levando o Supremo Tribunal Federal a conhecer da Existência de Repercussão Geral, por entender se tratar de *questão que transcende os interesses subjetivos das partes* (REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951-4 - RIO GRANDE DO NORTE).

Vale a pena acrescentar que este *decisum*, fazendo remissão à Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, restou por integrar aos precedentes da Súmula Vinculante nº 13 os regramentos ali expendidos, por maior razão quando a prefalada Resolução teve sua constitucionalidade conhecida na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6 DF, Rel. Min. Carlos Brito (D.J. 01.09.2006).

Em julgamento mais recente, Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 6.650-9-PARANÁ, Rel. Min. Ellen Gracie (DJe nº 222 Divulgação 20/11/2008 Publicação 21/11/2008), o STF, excetuando os Agentes Políticos de submissão a Súmula, decidiu conforme ementa, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO C ASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO.

Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política.

Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008.

Ocorrência da fumaça do bom direito.

Estão assim, de modo claro estabelecidas as regras e as exceções aplicáveis à espécie consultada.

Por derradeiro, a Resolução nº 7, de 18.10.2005, do Conselho Nacional de Justiça, destinada a disciplinar o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros, embora restrita ao âmbito do Poder Judiciário, teve sua exegese estendida às decisões que resultaram nos precedentes da Súmula Vinculante nº 13.

ISTO POSTO, e considerando que a resposta às indagações dos jurisdicionados (art. 1º, inciso IX, LOTCE), sem prejuízo de posteriores procedi-

mentos de auditoria, não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto (art. 1º, § 2º *in fine* da LOTCE), opinamos pelo conhecimento da consulta, propondo seja submetida ao Egrégio Tribunal Pleno na forma regimental e respondida nestes termos:

1. *As vedações de nomeação de parentes, previstas na Súmula Vinculante nº 13 do STF, também se aplicam às pessoas contratadas por tempo determinado sob a égide da Lei nº 8.745/93 ou somente aos cargos em comissão e função gratificada stricto sensu?*

Resposta:

A vedação não se aplica quando a contratação por tempo indeterminado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

2. *As vedações de nomeação de parentes, previstas na Súmula Vinculante nº 13 do STF, também abarcam os parentes dos servidores efetivos que possuam cargo de direção, chefia, ou assessoramento quando estes não possuam o poder administrativo de nomeação ou designação do cargo em comissão ou função gratificada?*

Resposta:

Constitui impedimento para a nomeação **O parentesco em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, com a autoridade nomeante ou servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo em comissão ou de confiança ou de função gratificada**, sendo irrelevante, para tanto, a relação de subordinação

3. *As vedações de nomeação de parentes, previstas na Súmula Vinculante nº 13 do STF, também abarcam os parentes dos servidores efetivos que possuem cargo de direção, chefia ou assessoramento, mesmo quando nomeados ex vi do art. 37, V, da CF, ou seja, para ocupar funções de confiança exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos?*

Resposta:

A resposta está implícita no quesito anterior.

4. *As vedações de nomeação de parentes, previstas na Súmula Vinculante nº 13 do STF, também abarcam os parentes dos servidores efetivos que possuem cargo de direção, chefia, ou assessoramento, mesmo quando estes parentes também sejam servidores efetivos, e não possuam vínculo hierárquico direto entre si?*

Resposta:

Independentemente do grau de parentesco, a proibição não atinge servidores legal e regularmente investidos em cargos de provimento efetivo mediante concurso público, na forma dos incisos I e II, do art. 37 da Constituição Federal. Estende-se, todavia, aos parentes destes.

5. *As vedações de nomeação de parentes, previstas na Súmula Vinculante nº 13 do STF, também abarcam situações previamente constituídas licitamente, e que sofreram impedimentos supervenientes?*

Resposta:

Segundo consta do item "C", do Enunciado nº 1, do CNJ (publicado no DJ de 15.12.2005), aqui aplicável por analogia, não se caracteriza a vedação "quando o início da união estável ou o casamento forem posteriores ao tempo em que ambos os cônjuges ou companheiros já estavam no exercício das funções/cargos, em situação que não caracteriza ajuste prévio para burlar a proibição geral de prática de nepotismo, ressalvada a vedação prevista no § 1º, in fine do art. 2º da Resolução 07/2005"*.

*Nota: A redação final do § 1º, do art. 2º da Resolução 07/2005 do CNJ, estabelece: "vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir subordinado ao (...) ou servidor determinante da incompatibilidade".

6. *As vedações de nomeação de parentes, previstas na Súmula Vinculante nº 13 do STF, também se aplicam nas relações entre servidores do poder executivo e do poder legislativo, se traduzindo no conhecido "nepotismo cruzado".*

Resposta:

A vedação se impõe quando restar caracterizado o "ajuste mediante designações recíprocas".

7. *As vedações de nomeação de parentes, previstas na Súmula Vinculante nº 13 do STF, também se aplicam aos secretários Municipais (agentes políticos)? E, ainda, se um Secretário Municipal tomar posse, criaria impedimento para um parente seu exercer também um idêntico cargo de Secretário Municipal em outra pasta?*

Resposta:

Então, quando o artigo 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. (...) E sabemos que os cargos políticos, como, por exemplo, os de Secretário Municipal, são de agentes do Poder. Fazem parte do Poder Executivo (...). En-

tão, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os secretários Municipais, que correspondem a Secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e Ministros de Estado, no âmbito federal. (extraído do voto do Min. Carlos Brito proferido no Recurso Extraordinário nº 579.951 originário do Rio Grande do Norte).

Obviamente a exceção atribuída ao Agente Político, parente da autoridade nomeante, não poderá se estender a parente seu. Se o impedimento ocorre, também, em razão do parentesco com servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo em comissão ou de confiança ou de função gratificada, com tanto mais razão deve subsistir com relação aos parentes do Agente Político nomeados nas mesmas condições.

8. *As vedações de nomeação de parentes, previstas na Súmula Vincula nº 13 do STF, também se aplicam aos diretores de unidade escolar eleitos pelo voto da comunidade escolar, ou a eleição destes cria impedimento para parentes, mesmo servidores efetivos, ocuparem outra função gratificada?*

Resposta:

Não haverá impedimento desde que o parente eleito diretor de unidade escolar seja, também, servidor do quadro permanente.

Salvo entendimento de melhor sabinça é o que nos cumpre opinar, com submissão à consideração superior.

João Pessoa, 30 de julho de 2009.

ACP José Francisco VALÉRIO Neto
OAB - 1446/PB - CRC 1045 - PB.
Consultor Jurídico (CJ-ADM)
Matrícula 370.315-1