

RECLAMAÇÃO 17.102 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECLTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECLDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **ORLANDO DONIZETI ALEIXO**
ADV.(A/S) : **MARCELO ANDRÉ VIEGAS PAVONI**
INTDO.(A/S) : **JOÃO PAULO AGAPTO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **CLAUDINEI BATISTA RODRIGUES**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13. ENUNCIADO. CARGOS DE NATUREZA POLÍTICA. IMPOSSIBILIDADE DE SE ASSENTAR A INAPLICABILIDADE ABSOLUTA DO ENUNCIADO VINCULANTE À HIPÓTESE. NECESSIDADE DE VALORAÇÃO DO CASO CONCRETO. RE Nº 579.951. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO CUJO PEDIDO SE JULGA PROCEDENTE.

DECISÃO: Trata-se de reclamação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face de acórdão proferido pela 13ª Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por suposta afronta ao enunciado da Súmula Vinculante 13 desta Corte.

O reclamante narra ter proposto ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra o Prefeito de Campina do Monte Alegre sob o fundamento de prática de nepotismo. Afirma que a

RCL 17102 / SP

antecipação de tutela foi deferida para determinar o imediato afastamento do sobrinho e do cunhado do Prefeito dos cargos de Secretário Municipal de Administração Planejamento e Finanças e de Secretário Municipal de Segurança Pública e Trânsito, respectivamente.

Relata que o então prefeito foi afastado do cargo por decisão da Justiça Eleitoral, o que, no seu entender, não implica perda de objeto da ação civil pública, que visa comprovar a prática de improbidade administrativa e impor a respectiva punição.

Aduz que, não obstante, o TJSP extinguiu a ação civil pública sem resolução do mérito, em razão da impossibilidade jurídica do pedido, sob o entendimento de que a Súmula Vinculante 13 não se aplica aos cargos de natureza política. É contra essa decisão que se insurge o reclamante.

Alega, em amparo a sua pretensão, que a exegese conferida pelo juízo reclamado à Súmula Vinculante 13 está equivocada, uma vez que a hermenêutica não permite que os juízes criem “*direito novo em interpretação dada à Súmula Vinculante, já que a interpretação e aplicação do verbete fora dos casos submetidos à Suprema Corte deve ser feita apenas de forma literal*”.

Requer, ao final, seja esta reclamação julgada procedente para cassar o aresto proferido pela 13ª Câmara da Seção de Direito Público do TJSP e permitir que a ação civil pública retome seu curso.

O Ministério Público Federal, em sua cota, opinou pela improcedência da reclamação nos seguintes termos:

“Reclamação. Nepotismo. Súmula vinculante 13. Cargo de natureza política. Exceção estabelecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação”.

É o relatório. **Decido.**

Ab initio, destaco a redação da Súmula Vinculante nº 13, que assim dispõe, *verbis*:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em

RCL 17102 / SP

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 edição da Súmula Vinculante nº 13 decorreu do que decidido pelo Plenário do STF no RE 579.951, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 23/10/08, quando se fixou o entendimento de que a vedação ao nepotismo é consequência lógica do *caput* do art. 37 da CRFB/88, em obediência, notadamente, aos princípios da moralidade e da impessoalidade. O acórdão do julgado foi assim ementado, *verbis*:

“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.”

Na ocasião, ao longo dos debates, estabeleceu-se a distinção entre cargos estritamente administrativos e aqueles postos de natureza política, nos quais se enquadram os cargos de secretários municipais. A propósito, destaco trecho do voto proferido pelo Min. Ayres Britto (grifos nossos):

RCL 17102 / SP

“Senhor Presidente, quando introduzi essa discussão, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, sobre a distinção entre cargo em comissão e função de confiança, de um lado, e, do outro, cargo de Secretário Municipal, Secretário de Estado, Ministro de Estado, portanto, cargos de natureza política, claro que eu **não quis dizer que esses princípios do artigo 37 - legalidade e moralidade - não se aplicam aos dirigentes superiores de toda a Administração Pública. Agora, os cargos aqui referidos no inciso V do artigo 37 são singelamente administrativos; são cargos criados por lei, não são nominados pela Constituição. Os cargos de Secretário de Estado, Secretário Municipal têm por êmulo ou paradigma federal os cargos de Ministro de Estado cuja natureza é política, e não singelamente administrativa.** Diz a Constituição Federal sobre o Poder Executivo: o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 76). Ou seja, os Ministros de Estado são ocupantes de cargos de existência necessária, política, porque componentes do governo. Aonde eu quero chegar? O Chefe do Poder Executivo é livre para escolher seus quadros de governo, mas não o é para escolher seus quadros administrativos, porque dentre os quadros administrativos estão os cargos em comissão, os cargos de provimento efetivo e as funções de confiança. A própria Constituição, sentando praça desse caráter constitucional, eminentemente político, dos Ministros de Estado- e isso vale no plano dos Estados-membros e no plano dos municípios -, além de dizer os requisitos deles - 'os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos' -, diz o que basicamente lhes compete. Então, **o assento, o locus jurídico dos auxiliares de governo é diretamente constitucional.** A Constituição Federal a atestar o caráter político do cargo e do agente.

Por isso, o que decidimos no plano da ADC nº 12, e agora servindo de fundamento para a nova decisão, **a proibição do**

RCL 17102 / SP

nepotismo arranca, decola, deriva diretamente dos princípios do artigo 37, que são princípios extensíveis a toda a Administração Pública de qualquer dos Poderes, de qualquer das pessoas federadas. Tudo isso na vertente, na perspectiva de cargos em comissão e funções de confiança, que têm caráter apenas administrativo, e não caráter político.”

No mesmo sentido, assim assentou o Min. Celso de Mello durante o mencionado julgamento (grifos nossos):

“Sabemos todos que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros éticos-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder, condicionado, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. Esse postulado, que rege a atuação do poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado.

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do poder público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles se situem.”

Ressalva semelhante foi também apresentada pelo Min. Gilmar Mendes:

“Também eu já havia intuído a necessidade de uma ressalva em relação às funções de natureza eminentemente política. É tradição mundial – a de Jhon e Bob Kennedy – e, no

RCL 17102 / SP

próprio plano nacional, muitas vezes parentes ou irmãos fazem carreiras paralelas e estabelecem um plano eventual de cooperação – temos governadores e secretários de Estado -, sem que haja qualquer conotação de nepotismo. Parece-me que devemos, então, ter cuidado quanto à fixação.”

Não se olvide, porém, que durante o julgamento levantou-se a ilegitimidade da figura do “nepotismo cruzado”, aplicável, em tese, também a casos de ocupação de cargos de natureza política. A propósito, é elucidativo o seguinte excerto do voto do Min. Cezar Peluso:

“Então, a menos que – essa era a ressalva que faço – se tratasse do chamado ‘favor cruzado’, isto é, que o prefeito tivesse nomeado, como secretário, o irmão de vereador e este, na Câmara, tivesse, de algum modo, nomeado para a Câmara Municipal um parente do prefeito, eu veria, aí sim, característica típica do chamado ‘nepotismo cruzado’, que me parece alcançado pela regra da impessoalidade.”

Ao final do julgamento, quanto ao caso concreto que se analisava, a Corte declarou a nulidade de ato de nomeação de irmão do Vice-Prefeito do Município recorrido para o cargo de motorista, mantendo válido, porém a nomeação de outro irmão para o cargo de secretário municipal de saúde, por não se entender presentes elementos que comprovassem a ocorrência ilegítima do “nepotismo cruzado”.

Destarte, nota-se que esta Corte assentou o entendimento de que a mera relação de parentesco não é suficiente a ensejar, de pronto, a nulidade da nomeação de ocupante de cargo de natureza estritamente política. Nesses casos, a configuração ou não do nepotismo deve ser analisada caso a caso, a fim de verificar a eventual ocorrência de “nepotismo cruzado” ou outra modalidade de fraude à lei e descumprimento dos princípios administrativos.

Esse entendimento, aliás, foi posteriormente ratificado pelo Plenário desta Corte na Rcl 6.650-MC-AgR, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de

RCL 17102 / SP

21/11/2008, cujo acórdão foi assim ementado, *verbis* (grifos nossos):

“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 CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO.

1. 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.

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

3. Ocorrência da fumaça do bom direito.

4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada.

5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura.

6. Agravo regimental improvido.”

Há, igualmente, precedente unânime da Primeira Turma que afirma essa mesma conclusão. Cito, a propósito, o acórdão da Rcl nº 7.590, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 14/11/2014, assim ementado (grifos nossos):

“Reclamação – Constitucional e administrativo – Nepotismo – Súmula vinculante nº 13 – Distinção entre cargos políticos e administrativos – Procedência.

1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por

RCL 17102 / SP

serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um *munus* governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos.

2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual ‘troca de favores’ ou fraude a lei.

3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13.

4. Reclamação julgada procedente.”

Nessa seara, tem-se que a nomeação de agente para exercício de cargo na administração pública, em qualquer nível, fundada apenas e tão somente no grau de parentesco com a autoridade nomeante, sem levar em conta a capacidade técnica para o seu desempenho de forma eficiente, além de violar o interesse público, mostra-se contrária ao princípio republicano. Na lição de Canotilho:

“a forma republicana de governo prefere os critérios da electividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade, aos critérios da designação, hierarquia e vitaliciedade. Note-se que subjacentes a estes critérios estão outros princípios pressupostos pela forma republicana de governo como, por exemplo, os princípios da liberdade, da igualdade e do consenso. A mais moderna formulação do princípio da igualdade de acesso aos cargos públicos aponta para a ideia oportunidade equitativa: a garantia do justo valor das liberdades políticas significa que este valor, seja quais forem as posições sociais e econômicas dos cidadãos, tem de ser aproximadamente igual, ou no mínimo, suficientemente igual, no sentido de que todos tenham uma oportunidade equitativa

RCL 17102 / SP

de ocupar cargos públicos e de influenciarem o resultado das decisões políticas” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 2002).

Nesse contexto, quanto aos cargos políticos, deve-se analisar, ainda, se o agente nomeado possui a qualificação técnica necessária ao seu desempenho e se não há nada que desabone sua conduta. Nesse sentido já se manifestou o Min. Roberto Barroso ao apreciar a medida liminar na Rcl nº 17.627/RJ: *“Estou convencido de que, em linha de princípio, a restrição sumular não se aplica à nomeação para cargos políticos. Ressalvava apenas as situações de inequívoca falta de razoabilidade, por ausência manifesta de qualificação técnica ou de inidoneidade moral”*.

Na mesma linha foi a decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, nos autos da Rcl nº 11.605/SP, ocasião em que o Ministro acolheu os fundamentos do parecer do *Parquet* federal como razões para decidir pela improcedência da ação, entendendo pela prática de nepotismo em situação em que prefeito nomeou cônjuge e genro para cargos de Secretários Municipais, sem que os nomeados comprovassem aptidão técnica para o exercício de tais cargos. Convém transcrever o seguinte excerto da manifestação do Chefe do *Parquet* federal naquele feito:

“Em decorrência de situações práticas como a presente, que podem gerar dúvidas e interpretações divergentes na aplicação do determinado na Súmula Vinculante n.º 13, e atento para a necessidade de definir contornos mais precisos à norma vinculante sobre o nepotismo, o Supremo Tribunal Federal tratou expressamente da compatibilidade entre a qualificação do servidor e o cargo para o qual é nomeado na Proposta de Súmula Vinculante n.º 56, cuja redação sugerida é a seguinte:

‘Nenhuma autoridade pode nomear para cargo em comissão, designar para função de confiança, nem contratar cônjuge, companheiro ou parente seu, até terceiro grau, inclusive, nem servidores podem ser nomeados, designados ou contratados para cargos ou

RCL 17102 / SP

funções que guardem relação funcional de subordinação direta entre si, **ou que sejam incompatíveis com a qualificação profissional do pretendente.**' (...)

13. Assim, diante das peculiaridades do caso, parece suficientemente demonstrado que a nomeação de Luciana Flores Peixoto e Anderson Ferreira da Silva configura ato de nepotismo e que a decisão reclamada foi proferida em atenção ao disposto na referida súmula, cujo objetivo foi, exatamente, o de coibir práticas imorais reiteradas e atentatórias à. impessoalidade e à moralidade" (grifamos).

In casu, percebo que o ato impugnado assentou-se nos seguintes fundamentos para cassar a liminar e extinguir o processo sem resolução do mérito:

"O Ministério Público de São Paulo propôs ação civil pública contra Orlando Donizete Aleixo, João Paulo Agapto e Claudinei Batista Rodrigues, o primeiro prefeito municipal de Campina do Monte Alegre e os dois últimos Secretário Municipal de Administração, Planejamento e Finanças e Secretário Municipal de Segurança Pública, respectivamente.

Alega que a ação é embasada no que estabelece a Súmula vinculante nº 13 do STF que assim dispõe:

'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'

Afirma que os corrêus são parentes do Chefe do Executivo, sendo João Paulo Agapto sobrinho e Claudinei Batista Rodrigues cunhado. Assim, por se tratarem de cargos

RCL 17102 / SP

em comissão, pede, em liminar, o afastamento dos cargos e, no mérito, o reconhecimento da ilegalidade das nomeações, condenando os requeridos, ora agravantes, em danos morais no valor de R\$ 10.000,00, para cada um, bem como nas penas inscritas no inciso II, do art. 12, da Lei 8429/92.

Contudo, apesar das Portarias nºs 074/2013 e 075/2013, bem como o parquet terem denominado 'em comissão' as funções ocupadas pelos ora agravantes, entendo que se tratam de cargos de natureza política, razão pela qual o verbete vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal não os alcançaria.

A questão foi objeto de análise pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 579.951, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski, segundo o qual a contratação de parente de vereador para o cargo de secretário municipal não caracteriza nepotismo, por se tratar de cargo político.

Dessa forma, descarta-se a hipótese de nepotismo, há falta de possibilidade jurídica do pedido, autorizando-se, assim, a hipótese prevista no art. 267, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, casso a liminar deferida e de ofício julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI da Lei Processual Civil”.

Destarte, considerando tudo o que aqui exposto, tenho que o juízo reclamado, ao extinguir o processo sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, não conferiu a exegese mais adequada à Súmula Vinculante 13. Isso porque no enunciado do verbete, não há exclusão expressa dos cargos políticos do alcance da proibição ao nepotismo. A corroborar essa assertiva, reporto-me ao que consignou o Ministro Marco Aurélio, nos autos da Rcl nº 6.560:

“Indago: o Verbetes vinculante nº 13 prevê – não cabe interpretar verbete, muito menos a contrario senso e vou esquecer aqui o precedente, a ocupação de cargo público anterior – a possibilidade de nomeação de parente consangüíneo, no segundo grau, para secretaria de Estado? A

RCL 17102 / SP

resposta é negativa. Não se tem, no teor do verbete, qualquer referência a agente político. Aliás versa proibição e não autorização”.

Cabe ao juízo reclamado, na hipótese, verificar a qualificação técnica dos agentes para o desempenho eficiente dos cargos para os quais foram nomeados, bem como analisar a existência de indício de fraude à lei ou de nepotismo cruzado, circunstâncias em que a nomeação de parente para cargo político mostra-se atentatória aos princípios que norteiam a atividade do administrador público, dentre eles o da moralidade, da impessoalidade e o da eficiência. A decisão reclamada, no entanto, concluiu pela inexistência de nepotismo, sob o singelo argumento de que os agentes foram nomeados para cargos de natureza política, contrariando, *a priori*, o alcance da Súmula Vinculante nº 13.

Destarte, ao mesmo tempo em que não se pode declarar de plano a ilegitimidade da nomeação da ocupantes para cargos políticos em razão exclusivamente da existência da relação de parentesco, também não se poder assentar, de imediato, a total inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13 à ocupação de cargos políticos, nos termos em que aqui disposto.

Configurada, pois, a incorreta interpretação do enunciado do referido verbete.

Ex positis, **julgo procedente** a Reclamação para cassar o ato reclamado, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como no art. 17 da Lei nº 8.038/90.

Publique-se. Int..

Brasília, 11 de fevereiro de 2016.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento assinado digitalmente