

Agravo de Instrumento n. 2013.053206-4, de Coronel Freitas

Agravantes : Câmara de Vereadores do Município de Coronel Freitas e outro
Advogados : Drs. Gustavo Henrique Andreatta Costella (17850/SC) e outro
Agravado : Ministério Pùblico do Estado de Santa Catarina
Promotor : Dr. Marcelo Francisco da Silva (Promotor de Justiça)
Relator: Des. Subst. Rodolfo C. R. S. Tridapalli

DESPACHO

Cuida-se de agravo por instrumento interposto pela Câmara de Vereadores do Município de Coronel Freitas contra decisão da lavra do Juízo da Vara Única da Comarca de Coronel Freitas, Juiz RAFAEL GOULART SARDÁ.

I - Relatório

Ação: Ação Civil Pública (autos n. 085.13.000418-3) proposta pelo Agravado em desfavor do Agravante e outra por suposta afronta a Súmula n. 13 do Supremo Tribunal Federal.

Pronunciamento impugnado: deferiu a antecipação da tutela antecipada determinando a imediata exoneração dos servidores ocupantes de cargo em comissão, função de confiança e emprego de contratação excepcional e temporária que sejam cônjuges, companheiros ou parentes, consanguíneos ou por afinidade (em linha reta ou colateral até o terceiro grau), do Prefeito, do Vice-Prefeito, dos Secretários do Poder Executivo ou dos titulares de cargos que sejam equiparados, e de qualquer dos Vereadores e que se abstenha de contrata-los (fls. 20/26).

Recurso: agravo por instrumento com pedido de efeito suspensivo.

Fundamento invocado: aponta, em síntese, que a servidora Agravante foi nomeada sete anos e meio antes da posse de seu cunhado como Vereador, fato que derruba a afirmativa de conluiu e favoritismo praticado pelo parente que nem era candidato e tampouco exercia qualquer cargo político em 2005 que culminou com seu ingresso no serviço público. Afirma que não se trata de nepotismo e que inexiste indícios de ato de improbidade administrativa. Colacionou julgados e postulou pela concessão da tutela de urgência.

Relatado. Decido.

II - Decisão

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo. Tal pretensão encontra amparo no artigo 527, III c/c art. 558, ambos do Código de Processo Civil, em que o acolhimento pressupõe a existência da relevância da motivação do agravo e o receio de lesão grave e de difícil reparação.

O tema em lume refere-se a conhecida nomeação de cônjuges,

companheiros, parentes consanguíneos ou por afinidade para o exercício de cargo público, sob suspeita de nepotismo.

Sobre o tema, lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *"nepotismo, em essência, significa favorecimento"* (in Improbidade Administrativa. 4ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 402), isso porque, *"ao prover cargos com base em laços familiares, privilegia-se não a qualificação e a capacidade técnica, mas, sim, o parentesco, preterindo-se outrem com melhor aptidão, acarretando evidente prejuízo à qualidade do serviço público"* (TJSC, AC n. 2009.015594-8, rel. Desa. Sônia Maria Schmitz, j. 25.5.2010).

Por outro lado, sabe-se que nem todos os parentes são ineficientes, e é justamente em razão disso que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 37, II) oportuniza, por meio da prestação de concurso, o ingresso no serviço público, em condições de igualdade, a todos os cidadãos.

Aí, não se pode dizer o mesmo do processo seletivo, que visa a contratação temporária de servidor, por ser um procedimento simplificado não imprime idêntico rigorismo.

Isto porque, para o provimento dos cargos em comissão, torna-se imprescindível a observância, pelo administrador, dos princípios constitucionais da imparcialidade, moralidade, eficiência e igualdade, sob pena de supressão do interesse público por outro a ele estranho.

Contudo, o entendimento sedimentado nas Cortes Superiores afirma que a aplicação desta proibição estaria restrita ao Poder Judiciário em que a vedação da prática do nepotismo estaria normatizada.

Assim, leva-se a acreditar que as interpretações conferidas à Súmula Vinculante n. 13 é de que não se considera ato de nepotismo a hipótese de nomeação para o cargo de natureza política, porquanto 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.

Como se vê, não há menção a cargo político.

Aliás, o Pretório Excelso, ao discutir o alcance do verbete sumular, na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 579.951/RN, para o qual foi relator o Ministro Ricardo Lewandowski, estabeleceu que a vedação ao nepotismo não alcança essa espécie de cargo, *in litteris*:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: 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 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, componentes do governo. Aonde quero chegar- O Chefe do Poder Executivo é livre para escolher seus quadros de governo, mas não 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 *lócus* 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 n. 12, e agora servindo de fundamento para a nova decisão, a proibição do 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**.

Neste sentido, seguem os entendimentos do e. TJSC:

AGRAVO POR INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - NEPOTISMO - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SÚMULA VINCULANTE N. 13 - RESSALVA NECESSÁRIA AO CARGO DE SECRETÁRIO E A ESTE EQUIPARADO - AGENTE POLÍTICO - PREFEITO QUE NOMEIA IRMÃO PARA O CARGO DE SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS - EXCEÇÃO À REGRA CONFORME ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEGUIDO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA LIMINAR - FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA NÃO EVIDENCIADOS - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "Muito embora 'a nomeação de parentes para ocupar cargos políticos reside, igualmente, na obediência ao princípio da moralidade por parte do administrador público, cujo respeito configura pressuposto de validade dos seus atos' (TJRS, AI n. 70028090496, Rel. Des. Alexandre Mussoi Moreira), o Supremo Tribunal Federal, editor da Súmula Vinculante 13, vem entendendo que não configura nepotismo a nomeação de parente para cargo de natureza política (Apelação Cível n. 2008.081826-7, de Ituporanga, Rel. Des. Vanderlei Romer)." (Apelação Cível n. 2008.057377-2, de Ituporanga, Rel. Desa. Sônia Maria Schmitz, Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Público, j. em 07/06/2010). (Agravo de Instrumento n. 2009.025540-6, de Turvo, rel. Des. Carlos Adilson Silva)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRÁTICA DE NEPOTISMO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - IRMÃO DE VEREADOR - CARGO DE

NATUREZA POLÍTICA - EXCEÇÃO À DICÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13 - PRECEDENTES DO STF - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. "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. (...)." (STF, Ag. Reg. Na Med. Cat. Na Rcl n.º 6.650-PR, rel. Min. Ellen Gracie). (Agravo de Instrumento n. 2010.003560-2, de Herval D'Oeste, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz)

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NOMEAÇÃO DE MULHER DE PREFEITO PARA CARGO DE SECRETÁRIA MUNICIPAL - AGENTE POLÍTICO - NEPOTISMO - FATO SUPERVENIENTE - SÚMULA VINCULANTE N.º 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO PROVIDO EXTINÇÃO DO PROCESSO Conforme a Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, "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". Para a Corte Constitucional, a vedação não alcança os agentes políticos (RE nº 579.951, Min. Ricardo Lewandowski; AgRgMCRL nº 6.650, Min. Ellen Gracie). À luz dessa premissa, impõe-se a extinção do processo relativo à ação civil pública por ato de improbidade aforada contra prefeito pelo fato de ter nomeado a mulher para cargo de Secretária do Município. (Agravo de Instrumento n. 2008.061395-9, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. PRAZO DE 30 DIAS PARA A EXONERAÇÃO DOS OCUPANTES DE CARGOS COMISSIONADOS E TEMPORÁRIOS. DETERMINAÇÃO PARA QUE SERVIDORES EFETIVOS, COM FUNÇÃO GRATIFICADA, RETORNEM À OCUPAÇÃO ORIGINAL. PRÁTICA DE NEPOTISMO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37). SÚMULA VINCULANTE N. 13. RESSALVA NECESSÁRIA AO CARGO DE SECRETÁRIO E A ESTE EQUIPARADO. EXCEÇÃO À REGRA. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. PRECEDENTE FIRMADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "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" (Supremo Tribunal Federal, Súmula Vinculante n.º 13) Por óbvio, considerando não apenas a súmula em questão, mas os próprios princípios editados no artigo 37 da Constituição Federal, os laços de consangüinidade, ou de parentesco

por afinidade, por si só, não devem servir de arrimo ao preenchimento de cargos comissionados. Há que se ponderar, diante dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, atentando-se sempre, além das minúcias do caso concreto, à necessidade e/ou urgência, à capacidade e à especialização da mão-de-obra envolvida, a fim de atender o interesse público. Assim, apenas em casos excepcionais, possível a mitigação de tal regra. De outro prisma, indispensável registrar que o próprio Supremo Tribunal Federal ressalvou a aplicação da aludida súmula ao cargo de secretário e a este equiparado, em virtude da sua natureza política. Ou seja, nesses casos a excelsa Corte assentou a "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" (STF, Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação n.º 6.650-PR, Rel. Min. Ellen Gracie) (sem grifo no original) (Agravo de Instrumento n. 2008.066207-9, de Tijucas, rel. Des. Ricardo Roesler)

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NOMEAÇÃO DE CUNHADO, PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL, PARA CARGO POLÍTICO. ALEGADO NEPOTISMO. EXONERAÇÃO, EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE, ANTE A AUSÊNCIA DE FUMUS BONI JURIS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO. Muito embora "a nomeação de parentes para ocupar cargos políticos reside, igualmente, na obediência ao princípio da moralidade por parte do administrador público, cujo respeito configura pressuposto de validade dos seus atos" (TJRS, AI n. 70028090496, rel. Des. Alexandre Mussi Moreira), o Supremo Tribunal Federal, editor da Súmula Vinculante 13, vem entendendo que não configura nepotismo a nomeação de parente para cargo de natureza política. Ainda que questionável tal entendimento, é certo que, in casu, o Ministério Público, ao que se tem, sustenta a prática de improbidade tão só pela nomeação, sem a alusão a nenhum outro fato que configurasse ilegalidade ou imoralidade (ausência de qualificação, não comparecimento ao serviço etc.). Decisão agravada que se impõe reformada, pelo menos em parte, para determinar a sua cassação na parte em que determina a exoneração do agente. (Agravo de Instrumento n. 2009.014620-0, de Garopaba, rel. Des. Vanderlei Romer)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - NEPOTISMO - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SECRETARIAS MUNICIPAIS - CARGO COM NATUREZA POLÍTICA, ONDE NÃO SE PODE FALAR EM NEPOTISMO, NOS TERMOS DE PRECEDENTE TAMBÉM DO STF - EXCLUSÃO DAS HIPÓTESES ONDE NÃO HAVIA QUALQUER VÍNCULO DE PARENTESCO OU AFINIDADE À ÉPOCA DA NOMEAÇÃO, EIS QUE FATOS SUPERVENIENTES NÃO TEM O CONDÃO DE TRANSFORMAR TAIS ATOS EM ILEGAIS SE NÃO HOUVE OFENSA OU BURLA AOS PRINCÍPIOS DA IMPESOALIDADE E DA MORALIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "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" (STF, Súmula Vinculante nº 13). "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" (Tribunal Pleno, Rcl-MC-AgR 6650/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j. 16-10-2008, DJe 222, pub. 21-11-2008). (Agravo de Instrumento n. 2007.058703-9, de Braço do Norte, rel. Des. Cid Goulart).

Por fim, importante destacar que a situação dos autos ainda guarda uma peculiaridade, não fosse o entendimento supra, ainda assim mereceria razão os argumentos apresentados no presente reclamo, porquanto a nomeação da servidora ocorreu muito antes da diplomação do seu parente, fato que afastaria a prática de nepotismo.

Assim, frente a determinação de imediata exoneração dos servidores, reconheço presente, igualmente, a lesão grave, razão pela qual, em análise perfunctória, defiro o pedido para suspender a decisão atacada, até que a Câmara competente analise com minudência o mérito recursal.

III - Dispositivo

Ante o exposto:

- a) admito o processamento do recurso;
- b) **defiro** o pedido de efeito suspensivo;
- c) comunicar ao Juízo *a quo, com brevidade*;
- d) cumprir o disposto no art. 527, inc. V e VI, do CPC.

Publique-se e intime-se as partes. Após, a redistribuição.

Florianópolis, 27 de agosto de 2013.

RODOLFO C. R. S. TRIDAPALLI
RELATOR