

PARECER Nº : 030/2008

Exmo. Sr. Conselheiro:

O processo em estudo refere-se à consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Araguaiana, Senhor Pedro Paschoal Rodrigues Alvares, por meio do qual requer deste Tribunal de Contas esclarecimentos referente ao nepotismo, conforme indagação formulada abaixo:

Temos no quadro de servidores a Sra. *Márcia Cristina Fernandes Corrêa*, que é casada com o Sr. Alexandre Rodrigues de Oliveira, meu enteado apenas de criação não tendo nenhum envolvimento sanguíneo entre nós. E ainda devemos mencionar que este casal já está separado de corpos acerca de 08 nos e, que encontra tramitando Processo de Separação Judicial. Nesse caso é considerado nepotismo?

O consulente não juntou outros documentos.

É o relatório.

De início, observa-se que os requisitos de admissibilidade da presente consulta não foram preenchidos em sua totalidade, pois apesar do consulente ter autoridade para formular questionamento a esta Corte de Contas, as indagações postas foram feitas em com base em caso concreto, inclusive com a indicação de nomes dos servidores envolvidos, descumprindo com o disposto no artigo 48 da Lei Complementar nº 269/2007.

Assim, o consulente requer parecer jurídico sobre as possibilidade de nomeação de servidor específico, fugindo à competência desta Corte de Contas a emissão de parecer da natureza que lhe foi solicitada, vez que, desta forma, estaria se afastando da sua condição de Órgão fiscalizador para assumir a tarefa de assessoramento direto, o que, indiscutivelmente, é incompatível com suas atribuições.

No entanto, com fundamento no §2º do art. 232 do Regimento Interno, havendo relevante interesse público, devidamente fundamentado, a consulta que versar sobre caso concreto poderá ser conhecida, a critério do Conselheiro relator, caso em que será respondida com a observação de que a deliberação não constitui prejulgado do fato ou caso concreto.

Deve-se ressaltar que tramitam neste Tribunal de Contas os Processos nºs 16.675-8/2008 e 4.933-6/2009 sobre o mesmo tema.

Segue o parecer.

A Constituição Federal elencou em seu artigo 37, *caput* como princípios basilares à administração pública a moralidade e impessoalidade, dentre outros. Essa opção do constituinte indica que estes fins devem ser alcançados e estes valores preservados na Administração Pública.

O princípio da moralidade impõe aos agentes o dever geral da boa administração, da qual decorrem, dentre outros, os imperativos de honestidade, boa fé, supremacia do interesse público. Isto porque os agentes públicos administram bens que não são seus e devem, portanto, atuar em nome e para o bem do interesse público. A impessoalidade, por sua vez, decorre do princípio da isonomia, que exige dos administradores públicos o tratamento dos indivíduos de modo uniforme, sem privilégios ou perseguições. A desigualdade no tratamento somente é tolerada quando, por determinadas circunstâncias, o tratamento diferenciado seja exigido, sempre respeitando os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

Desses princípios decorrem determinadas regras imediatas a serem observadas pelos gestores públicos. Uma delas é a que veda o favorecimento pessoal no acesso a cargos públicos.

O tema é bastante controvertido mas não é tão atual quanto parece. O vocábulo *nepotismo* tem origem na palavra latina *nepos, nepotis* que designa a autoridade que os sobrinhos e outros parentes do papa exerciam na administração eclesiástica. Já foi bastante comum a concessão de privilégios a parentes próximos pelas autoridade da Igreja Católica. Atualmente, o termo nepotismo significa favoritismo na contratação de pessoal na administração pública.

No Brasil, tem-se aviltado a discussão acerca da vedação ao nepotismo, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. É oportuno destacar algumas normas que, no seu âmbito, vedaram a nomeação de parentes para o preenchimento de cargos em comissão:

-o Estatuto dos Servidores Públicos da União - Lei Federal 8.112/93:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

...

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o **segundo grau civil**;

A Lei Federal nº 11.416/2006, que trata do Regime Jurídico dos Servidores do Poder Judiciário da União, assim dispõe:

Art. 6º No âmbito da jurisdição de cada tribunal ou juízo é vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e funções comissionadas, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, **em linha reta ou colateral, até o**

terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros e juízes vinculados, salvo a de ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir perante o magistrado determinante da incompatibilidade.

Nesta mesma linha, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê:

Art. 355 ...

...

§ 7º Salvo se funcionário efetivo do Tribunal, não poderá ser nomeado para cargo em Comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente (arts. 330 a 336 do Código Civil*), **em linha reta ou colateral, até terceiro grau**, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade.

O Código de Ética dos Servidores do Supremo Tribunal Federal também acena neste mesmo sentido:

Art. 7º É vedado ao servidor do Supremo Tribunal Federal:

...

XVIII – manter sob subordinação hierárquica cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o 3º grau.

A Lei Federal nº 11.415/2006 que dispõe sobre as carreiras do Ministério Público da União assim regulamenta:

Art. 5º No âmbito do Ministério Público da União é vedada a nomeação ou designação, para cargo em comissão, de cônjuge, companheiro(a), **parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o 3º (terceiro) grau**, dos respectivos membros, salvo de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para o exercício perante o membro ou servidor determinante da incompatibilidade, situação que se aplica à função de confiança.

O Conselho Nacional de Justiça, órgão instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2005, tem como função o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições, zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal, editou a Resolução nº 07/2005 buscando coibir a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, nos seguintes termos:

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.

Finalmente, em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, editou-se a

Súmula Vinculante nº 13, nos seguintes termos:

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, compreendi do o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Como já fora apontado, esta decisão vincula os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta da União, dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios e começou a produzir efeito no momento da sua publicação na imprensa oficial, ou seja, 29/08/2008.

É oportuno ressaltar que travaram-se várias discussões acerca destas restrições de nomeação, haja vista a previsão constitucional de que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração e, portanto, tais leis estariam restringindo o poder discricionário do gestor conferido na Carta Maior.

No entanto, na valiosa lição de Juarez de Freitas

no caso dos atos discricionários, o bom administrador público emite juízo decisórios de valor (no campo da escolha de conseqüências e na determinação dos conceitos normativos, presentes na hipótese de incidência), no encaço presumível de conferir a máxima concretização à coexistência exitosa dos valores projetados pelo sistema.

Desta forma, apesar de decisão discricionária, a nomeação para ocupação de cargos comissionados deve ser harmônica com os valores projetados no sistema, mormente os princípios da moralidade e da impessoalidade.

Retorna-se ao questionamento formulado pelo consulente quanto à extensão do grau de parentesco por afinidade regulamentado na Súmula Vinculante nº 13, já que o Código Civil Brasileiro (art. 1.595, §1º) limitou a extensão do grau de parentesco até o 2º grau civil.

O Código Civil em vigor estabeleceu no Livro IV que regulamenta o Direito de Família, no Título I – Do Direito Pessoal, Subtítulo II – Relações de Parentesco o que segue:

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

O grau de parentesco é contado em linha reta, ascendente ou descendente, pelo número de gerações, assim como os colaterais, até se encontrar o descendente ou ascendente em comum.

O grau de parentesco em linha reta não tem limites para o Código Civil, mas na linha colateral, o limite de parentesco é até o quarto grau (art. 1.592). O parentesco por afinidade, para o Código Civil, limita-se aos ascendentes, descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

Sabe-se que a regulamentação do Código Civil se restringiu ao direito de família e as relações de direito privado. No entanto, considera-se perfeitamente possível que leis com outro escopo e mais afetas ao direito público disponham de forma diferente, como já fora demonstrado em momento anterior.

Neste rastro, considera-se que a decisão do STF seguiu as trilhas das normas que já existiam sobre a vedação de contratação de parentes e nada mais coerente do que manter as mesmas restrições sobre o assunto, principalmente para garantir a obediência aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

Ademais, em certos aspectos a Súmula Vinculante nº 13 trouxe limites à parentela não encontrados no Código Civil. Além da limitação em linha reta (restrita ao terceiro grau e sem limitação no Código Civil), limitou-se o parentesco colateral até o terceiro grau (enquanto na Lei Civil este grau limita-se ao quarto), permitindo-se, portanto, a contratação de primos, tio-Avô e sobrinho-neto.

Em resumo, não podem ser contratados os parentes naturais, consangüíneos:

- a) Linha RETA: 1º grau: filho(a) / pai/mãe, 2º grau: neto(a)/avô(ó), 3º grau: bisneto(a)/bisavô(ó)
- b) Linha COLATERAL: 2º grau: irmãos(ãs), 3º grau: tio(a)/sobrinho(a)

Dentre os parentes por afinidade, são impedidos de serem contratados:

- a) Linha RETA: 1º grau: genro/sogro/sogra e nora/sogro/sogra, 2º grau: genros / noras com genros / noras de um mesmo sogro/sogra, 3º grau: cônjuges com os avós de seus cônjuges.
b) Linha COLATERAL: cunhado, somente (2º. grau).

Reconhecem alguns ministros do STF que a decisão não afasta outros tipos de favorecimentos e conseqüentemente de ofensas aos valores mais importantes da Administração Pública, mas que paulatinamente serão combatidas e repelidas.

Retornando à dúvida do consulente que versa sobre a possibilidade da contratação de esposa de enteado, entende-se que o vínculo de parentesco, como já apontado, não alcança somente aqueles que possuem consangüinidade, mas também as pessoas com vínculos de afinidade.

Conforme redação do art. 1.595 do Código Civil, o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro, excluindo-se quaisquer outros.

Assim, entende-se que nomeação da esposa de enteado não se enquadra na vedação prevista pela Súmula Vinculante 13 do STF, sendo possível a sua nomeação em cargo comissionado ou de confiança desde que haja obediência ao princípio da impessoalidade e da moralidade, sob pena de afronta à Constituição Federal.

Caso seja este o entendimento deste Tribunal de Contas, sugere-se que seja publicado o seguinte enunciado:

Resolução de Consulta nº _____/2009. Pessoal. Cargos em comissão ou função gratificada. Nomeação de Parentes. Esposa de enteado.

A nomeação da esposa de enteado não se enquadra na vedação prevista pela Súmula Vinculante 13 do STF, sendo possível a sua nomeação em cargo comissionado ou de confiança desde que haja obediência ao princípio da impessoalidade e da moralidade, sob pena de afronta à Constituição Federal.

É o parecer que S.M.J. se submete à apreciação superior.

Cuiabá-MT, 11 de março de 2009.

Bruna Henriques de Jesus
Zimmer
Consultora Adjunta de Estudos,
Normas e Avaliação

Osiel Mendes de Oliveira
Consultor de Estudos, Normas
e Avaliação

Carlos Eduardo Amorim
França
Secretário-Chefe da
Consultoria Técnica