

RECLAMAÇÃO Nº 18.564 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. DIAS TOFFOLI

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 CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Súmula Vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Reclamação julgada improcedente. Liminar anteriormente deferida cassada.

1. Com a edição da Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos 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. Em sede reclamatória, com fundamento na SV nº 13, é *imprescindível* a perquirição de projeção funcional ou hierárquica do agente político ou do servidor público de referência no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo na contratação de pessoa com relação de parentesco com ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no mesmo órgão, salvo ajuste mediante designações recíprocas.

3. Reclamação julgada improcedente. Cassada a liminar anteriormente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente a reclamação e, por consequência, cassar a decisão liminar anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, Relator para o acórdão. Vencido o Ministro Relator.

Brasília, 23 de fevereiro de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Redator p/ o acórdão

RECLAMAÇÃO Nº 18.564 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. DIAS TOFFOLI

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 CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de reclamação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra ato da Presidência do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, consistente na nomeação do Sr. José Berti Kirsten para o cargo de provimento em comissão de Assessor de Controle Externo, na Subsecretaria de Administração daquele tribunal.

Nas razões da reclamação, alega-se que o referido servidor, nomeado em julho de 2008, é sobrinho do servidor Sr. Miguel Roberto Tiacci Kirsten, que ingressou naquele tribunal em 1997 como Assessor de Gabinete, ocupando, atualmente, o cargo de Assessor-Chefe do Conselheiro Edson Simões. Aduz o MPE/SP que “a nomeação de pessoas com vínculo de parentesco para cargos de provimento em comissão, ainda que ausente relação de subordinação, nos termos da Súmula Vinculante nº 13, também caracteriza a prática de nepotismo” (eDOC 2, fls. 5/8). Pugna pela anulação do ato administrativo de investidura do referido servidor.

Na decisão de 16 de outubro de 2014 (eDOC 4), deferi o pedido liminar para determinar a suspensão da nomeação de José Berti Kirsten para o cargo de provimento em comissão de Assessor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Contra essa decisão, o reclamado interpôs agravo regimental (eDOC 9).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da vedação constitucional ao nepotismo no âmbito dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, por decorrer a referida garantia diretamente do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Esse entendimento materializou-se na Súmula Vinculante nº 13, assim redigida:

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 ou 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.

Nesses termos, há presunção objetiva que impede a nomeação de parentes de servidores já investidos em funções de confiança ou em cargos em comissão, de modo a evitar que esses também assumam funções diferenciadas no mesmo órgão, não sendo necessária à caracterização de nepotismo, subordinação funcional ou hierárquica, direta ou indireta, entre os servidores. Nesse sentido, confirmam-se o MS 27.945, Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 4.9.2014; a Rcl 14.223-AgR, Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 13.2.2015; a Rcl 19.911-AgR, Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 2.6.2015, esta última assim ementada:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR EFETIVO DO PODER EXECUTIVO, QUE EXERCE FUNÇÃO COMISSIONADA EM TRIBUNAL, AO QUAL SEU IRMÃO É VINCULADO COMO JUIZ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. SÚMULA VINCULANTE Nº 13: NEPOTISMO. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. 1. Não se faz necessária comprovação de “vínculo de amizade ou troca de favores” entre o irmão do Impetrante e o Desembargador Federal de quem é assistente processual, pois é a análise objetiva da situação de parentesco entre o servidor e

a pessoa nomeada para exercício de cargo em comissão ou de confiança na mesma pessoa jurídica da Administração Pública que configura a situação de nepotismo vedada, originariamente, pela Constituição da República. 2. A configuração de afronta ao princípio da isonomia pressupõe identidade de situações com tratamento diverso, o que, à evidência, não ocorre na espécie. 3. Mandado de segurança denegado.

A finalidade da Súmula é muito clara, qual seja, evitar nomeações diretas ou cruzadas de parentes, as quais presumidamente envolvem escolhas pessoais em detrimento dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência administrativa (CF, art. 37, *caput*), assim como da garantia fundamental da igualdade de chances (*Chancengleichheit*).

No julgamento da medida cautelar na ADC 12, Ayres Britto, DJ 1º 9.2006, em que se analisou a constitucionalidade da Resolução 07/2005 do CNJ, que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário e dá outras providências”, manifestei-me sobre o tema, da seguinte forma:

Se cabe ao CNJ zelar pelo cumprimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, é da sua competência fiscalizar os atos administrativos do Poder Judiciário que violem tais princípios. E não há dúvida de que os atos que impliquem a prática do nepotismo ofendem diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade. Desde seu primeiro incurso na doutrina administrativista de Maurice HAURIOU (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey; 1927), o princípio da moralidade traduz a ideia de que sob o ato jurídico-administrativo deve existir um substrato moral, que se torna essência de sua legitimidade e, em certa medida, condição de sua validade. Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta GORDILLO, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente (GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. El Acto Administrativo. 6ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey; 2003, II-27).

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição do nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRÍA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um “núcleo fixo” (*Begriffkern*) ou “zona de certeza”, que é configurada por dados

prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª Ed. Madrid: Civitas; 2004, p. 468). A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Não é de hoje que o nepotismo é uma prática condenada pela sociedade brasileira. A regra da vedação do nepotismo está no Regimento Interno desta Corte, precisamente no art. 357, assim como na Lei Federal nº 9.241/96 (art. 10), na Lei nº 8.112/90 (art. 117, VIII), e em várias unidades da federação já existem normas específicas de proibição das práticas de nepotismo.

Dessa forma, o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma determinada lei, mas por ofensa direta à moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional. Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, entre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade. Cabe às autoridades administrativas e, nesse caso, ao CNJ, no cumprimento de seus deveres constitucionais, fazer cumprir os comandos normativos veiculados pelos princípios do art. 37.

No caso dos autos, o Sr. José Berti Kirsten foi nomeado para ocupar o cargo de Assessor de Controle Externo, quando seu tio, parente em linha colateral de terceiro grau, Sr. Miguel Roberto Tiacchi Kirsten, era Assessor-Chefe do Conselheiro Edson Simões, sendo ambos os cargos pertencentes ao quadro do Tribunal de Contas do Município de São Paulo-TCM/SP, o que atrai a incidência do comando da Súmula Vinculante 13 do STF.

Ante o exposto, voto pela procedência da reclamação para determinar a exoneração do Sr. José Berti Kirsten por violação à Súmula Vinculante nº 13 e julgo prejudicado o agravo regimental contra a decisão que deferiu o pedido liminar.

VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vossa Excelência cita no voto um precedente meu – e, por isso, vou me inclinar a pedir vista –, mas, em meu precedente, se tratava de membro de Poder em relação a um administrativo da Assembleia. Aqui não é do membro do Poder.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Não. É um assessor.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

De controle externo, que teria um tio que seria...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Na função de chefe de gabinete.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Chefe de gabinete de um dos conselheiros.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Que era, inicialmente, Presidente do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E eu não vejo, diante dos precedentes que tenho, uma subordinação no sentido da aplicação da súmula.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É isso que precisa ser definido.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, eu vou pedir vista, mas sem prejuízo de os Colegas que votam antes se manifestarem.

DEBATE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Como diz o Ministro Gilmar Mendes, esta súmula tem, eu acho, perfeita compatibilidade e é uma aplicação e efetividade ao princípio da impessoalidade. Maquiavel dizia que a tarefa mais difícil do príncipe é a de formular normas. Então, nós fizemos de tal maneira que tentamos abarcar tudo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

As trocas de favores, as nomeações cruzadas...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Porque eu me lembro de que, na decisão que levou a isso, era o que eu, como professora, chamei de nepotismo cruzado. Quer dizer, na verdade a gente não consegue pegar, porque um nomeia o fulano para o seu gabinete, o seu gabinete, em troca... Assim você nunca consegue encontrar. Esse nepotismo cruzado é mais sórdido porque ele escamoteia e agride o princípio de forma clamorosa. Então, a tentativa dessa formulação era de impedir, mas, como dizia Machado de Assis, a virtude é uma e os pecados são muitos. A gente não consegue, de jeito nenhum, numa norma, fazer essa previsão, e tem que examinar a cada caso para se saber aonde se chega.

Da minha parte, eu aguardo a vista com muito gosto, porque acho que é importante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu mesmo, recentemente, dei uma decisão monocrática – depois não houve recurso – em um caso que ficou muito famoso, o da filha do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que não era subordinada ao Presidente e, sim, ao Secretário-Geral Eduardo Jorge Caldas Pereira. E, apesar de a decisão recorrida ter reconhecido que não havia ilegalidade – não havia ainda a súmula na época daqueles fatos, ocorridos no primeiro mandato do

Presidente Fernando Henrique Cardoso –, reconheceu haver uma imoralidade e, por isso, o juízo julgava procedente o pedido, mas não condenava em nada. Não havia condenação: julgou-se procedente a ação popular por ser imoral o ato, ponto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – O Ministro Aliomar Baleeiro tem um voto em que dizia que às vezes algumas decisões são armas sem gatilho.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Reconheceu o juízo que a parte prestava o serviço, que tinha as competências necessárias, que cumpria os requisitos adequados para o cargo, mas a condenou por imoralidade.

Essa súmula gera situações... E nós mesmos, nos tribunais superiores, temos situações de pessoas que são aparentadas e que ocupam cargos que não são de subordinação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – O que nós tentamos, na súmula, foi não estabelecer uma relação de subordinação direta, mas quebrar o princípio da impessoalidade pela indireta, que é o que eu chamo de nepotismo cruzado. Quer dizer, eu não tenho nenhum sobrinho, mas peço ao meu colega que faça isso. Ora, isto é exatamente o tráfico de influência, que não se coaduna com o princípio da impessoalidade.

Em contraprestação, isso também não pode gerar prejuízo a uma pessoa que seja concursada ou qualificada, que venha por especialidade. O Direito interpreta-se inteligentemente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ela é muito abrangente e vivemos enfrentando...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E agora surgiu outra coisa em alguns municípios, Ministro. Houve um caso, que conheço, porque foi no interior de Minas – podia ter sido em qualquer lugar – em que...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas em Minas acontecem coisas singulares.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Graças a Deus! É porque nós não gostamos de monotonia. Nós gostamos de novidade para testar a vida.

O casal, em subordinação direta, se separou, como já temos em matéria eleitoral. Separaram-se formalmente, moram na mesma casa, tudo certo, mas ninguém é chefe de ninguém. E no depoimento dela, na oitiva da esposa, ela disse: “Ele nunca mandou em mim. Aliás, nem dentro de casa. Continua não mandando. Eu é que mando nele”. Quer dizer, aí fica difícil demais, não é?

Eu acho ótimo o pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E, também, nesses casos em que não há subordinação direta, eminentes Ministros e Ministra Cármem, a reclamação talvez não seja o melhor local para se analisar isso, porque, por exemplo, no caso do meu precedente que o Ministro Gilmar cita, se tratava de uma pessoa nomeada na Assembleia Legislativa estadual, cuja relação de parentesco era com um deputado. Não se tratava de concursado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A caracterização é fácil.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A caracterização é fácil.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Tive casos em reclamação, há pouquíssimo tempo...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Agora tem outros casos em que eu já votei pelo não seguimento da reclamação pela dificuldade...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Já tive também, uns dois casos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Até trouxe aqui, mas vou formular uma análise mais aprofundada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu acho que é importante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Porque, quando vem muito bem caracterizado o quadro fático, não há problema.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Talvez não seja o caso de reclamação para esses casos em que não há chapada afronta.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas às vezes é e é preciso ser rápido, Ministro, porque essa súmula tem, além do atendimento à Constituição, o caráter exemplar que pode conduzir a alguma mudança cultural.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nós temos algumas questões que são delicadas e outras já resolvidas. Por exemplo, a designação de parentes para funções de confiança, altas funções de confiança, como secretário de estado, ou secretário...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas esses nós excluimos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E secretário de município. Mas aí também surgem problemas que ficaram numa zona de penumbra. Por exemplo, a designação de parentes para tribunal de contas, via escolha por assembleia legislativa, um caso que de vez em quando se repete. E aí se alega uma influência indireta do governador – tivemos esse debate. Agora também temos funcionários importantes – diretor-geral, secretário-geral de instituições, tribunais ou de assembleias legislativas – que, obviamente, terão também essa capacidade indutora.

Em suma, eu concordo que é preciso delimitar, sob pena de também nós não termos mãos a medir. Por isso eu trouxe esse caso. Confesso que tenho dúvidas também, mas entendi que a jurisprudência estava se delineando no sentido do voto que proferi. No entanto, vejam que estou aberto, porque, a rigor, nós precisamos de ter uma solução segura, inclusive no ponto que o ministro Toffoli toca: de saber se seria cabível a matéria em sede de reclamação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Nos casos de dúvida.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Em caso de dúvida. Há casos que julgo procedentes e casos em que, em razão da dúvida, eu neguei seguimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim, porque aí dependeria de provas, dependeria de outros dados.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Exatamente. De um contraditório. Porque aqui, na reclamação, não há um contraditório.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim. Eu acho que essa súmula é importante, pois ela já cumpriu um papel.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

RECLAMAÇÃO Nº 18.564

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

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 CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Relator, que julgava procedente a reclamação e prejudicado o agravo, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 25.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Ravena Siqueira

Secretária

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de reclamação constitucional ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (MP/SP) em face do TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (TCM/SP), o qual teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia da Súmula Vinculante nº 13.

O reclamante informa que:

a) JOSÉ BERTI KIRSTEN foi nomeado pelo então presidente do TCM/SP, Conselheiro Edson Simões, em 10/7/2008, para o cargo de provimento em comissão de assessor de controle externo, tendo sido lotado na Subsecretaria de Administração do TCM/SP;

b) JOSÉ BERTI KIRSTEN é sobrinho de MIGUEL ROBERTO TIACCI KIRSTEN, o qual ingressou no TCM/SP no cargo de provimento em comissão de assessor de gabinete do Conselheiro Edson Simões, em 1997, e ocupa, desde janeiro de 2002, o cargo de provimento em comissão de chefe de gabinete do referido conselheiro;

c) o Processo Administrativo nº 72.000.764/09-06 foi arquivado pelo Conselheiro Edson Simões após a Assessoria de Controle Externo e a Secretaria Geral da Presidência do TCM/SP se manifestarem no sentido de não estar configurado o nepotismo, pois ausentes i) relação de parentesco entre o nomeado e o Conselheiro Edson Simões, ii) “ajuste de reciprocidade” para as nomeações de José Berti Kirsten e Miguel Roberto Tiacci Kirsten no âmbito do TCM/SP e iii) relação de subordinação entre os cargos de assessor de controle externo e chefe de gabinete do Conselheiro Edson Simões.

O *Parquet* do Estado de São Paulo adverte que,

em 01 de agosto de 2014, o Presidente Edson Simões, encaminhando manifestação subscrita pela Secretaria Geral da Presidência do TCM/SP acerca da situação do aludido servidor, mostrou novamente indisposição para correção do equívoco.

Defende que a nomeação de JOSÉ BERTI KIRSTEN para o cargo de provimento em comissão no TCM/SP configura ato de nepotismo praticado pelo Conselheiro Edson Simões, uma vez que existiria vínculo de parentesco de terceiro grau, em linha colateral, entre José Kirsten e o ocupante do cargo de chefe de seu gabinete, também de provimento em comissão.

Requer o *Parquet* que seja julgada procedente a presente reclamação para anular a investidura de JOSÉ BERTI KIRSTEN no cargo de assessor de controle externo do TCM/SP.

O pedido liminar foi deferido pelo Ministro Gilmar Mendes para suspender os efeitos do ato de nomeação acima referido.

O TCM/SP interpôs agravo regimental, no qual defende a reforma da decisão liminar, pelos seguintes fundamentos, em síntese:

a) a formação técnica de JOSÉ BERTI KIRSTEN em arquitetura e urbanismo pela Faculdade de Belas Artes foi fator determinante para sua nomeação para o cargo de assessor de controle externo do TCM/SP, em julho de 2008, tendo em vista a iminência do processo de “reforma, revitalização e manutenção de toda [estrutura física do TCM/SP] (que data de 1976), bem como a construção do prédio da sua Escola

Superior de Contas (a qual foi baseada em anteprojeto de sua autoria)”, estando sua qualificação profissional de acordo com as exigências da Lei nº 13.877/2004 do Município de São Paulo;

b) observado o organograma do TCM/SP, o cargo de assessor de controle externo possui como “chefe imediato o Subsecretário Administrativo e como chefe mediato o Secretário Geral”, não existindo, na estrutura administrativa da Corte de Contas, relação de dependência e subordinação desse cargo com o de chefe de gabinete do Conselheiro Edson Simões;

c) o servidor de referência para a configuração do nepotismo – MIGUEL ROBERTO TIACCI KIRSTEN – “não possui competência para nomear servidores, indicar ou interferir no preenchimento dos cargos do TCM/SP”;

d) há decisão do Conselho Superior do *Parquet* do Estado de São Paulo, de 27/9/2011, no sentido de arquivar “inquérito que fora instaurado para apuração de eventual prática de nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal (que inclui este TCMSP), mesmo quando já existente o inquérito civil que ensejou a presente reclamação (instaurado em data anterior a outubro de 2010).”

Ao prestar as informações, a Corte de Contas do Município de São Paulo científica o cumprimento da decisão liminar e insiste nos fundamentos do agravo regimental para defender que não há violação dos princípios constitucionais da Administração Pública, tendo sido respeitado e preservado o interesse público tanto no ato de nomeação de JOSÉ BERTI KIRSTEN, em 2008, quanto nos 6 (seis) anos em que o servidor exerceu o cargo de assessor de controle externo do TCM/SP.

Na sessão de 25/8/15, o Ministro Gilmar Mendes apresentou a demanda a julgamento desta Segunda Turma, votando no sentido de julgar procedente a presente reclamação constitucional para determinar a exoneração de JOSÉ BERTI KIRSTEN.

Concluiu o Relator que a nomeação de JOSÉ BERTI KIRSTEN para o cargo de assessor de controle externo do TCM/SP violaria a Súmula Vinculante nº 13, uma vez que o servidor possui relação de parentesco de terceiro grau em linha colateral com ocupante de cargo de provimento em comissão também na Corte de Contas Municipal, MIGUEL ROBERTO TIACCI KIRSTEN, não sendo necessária, segundo Sua Excelência, a subordinação funcional ou hierárquica para fins de configuração objetiva de nepotismo.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria.

Apona-se como paradigma de confronto a Súmula Vinculante nº 13, assim redigida:

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.

No precedente plenário desta Suprema Corte que deu ensejo à edição da Súmula Vinculante nº 13 – RE nº 579.951/RN, Relator o Ministro *Ricardo Lewandowski*, DJe de 23/10/08 –, firmou-se o entendimento de que a vedação ao nepotismo decorre diretamente do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, em especial dos princípios da impessoalidade e da moralidade, informadores da Administração Pública.

Pedindo *venia* ao Relator, apresento voto divergente no tocante à conclusão pela prescindibilidade de *perquirição de projeção funcional ou hierárquica* do agente político ou do servidor público de referência com relação ao outro nomeado no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo com fundamento na SV nº 13.

Entendo que 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, 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.

Isso porque vedar o acesso de qualquer cidadão a cargo público *tão somente* em razão da existência de relação de parentesco com servidor público que *não tenha* competência para o selecionar ou o nomear para o cargo de chefia, direção ou assessoramento pleiteado, ou que não exerça ascendência hierárquica sobre aquele que possua essa competência é, em alguma medida, negar um dos princípios constitucionais a que se pretendeu conferir efetividade com a edição da Súmula Vinculante nº 13, qual seja, o princípio da impessoalidade.

Assim, concluo que a vedação do nepotismo consubstanciada no enunciado vinculante indicado como paradigma de confronto nesta reclamação tem o condão de resguardar a isenção do *processo de escolha* para provimento de cargo ou função pública de livre nomeação e exoneração.

Ao editar a Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios *objetivos* de conformação, a saber:

- a) 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;
- b) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante;
- c) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada;

d) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante.

Não há, nesta reclamatória, qualquer alegação de designações recíprocas mediante ajuste, bem como é incontroversa a ausência de relação de parentesco entre a autoridade nomeante (Conselheiro Edson Simões) e a pessoa designada (JOSÉ BERTI KIRSTEN).

A questão em debate, portanto, está em saber se o servidor gerador da incompatibilidade exerce ascendência hierárquica i) sobre a autoridade nomeante ou ii) sobre a pessoa designada, o que, conforme enunciado de Súmula Vinculante nº 13, teria o condão de fazer presumir que a relação de parentesco existente foi fator determinante para a escolha de JOSÉ BERTI KIRSTEN para o cargo de assessor de controle externo do TCM/SP.

Afasto, desde logo, a primeira hipótese, uma vez que Miguel Roberto Tiacci Kirsten (servidor de referência para fins de aferição da relação de parentesco supostamente geradora da incompatibilidade), ao contrário de exercer ascendência hierárquica, possui relação de subordinação em relação ao Conselheiro Edson Simões (autoridade nomeante), a cuja autoridade está submetido na condição de chefe de seu Gabinete no TCM/SP.

Resta, portanto, analisar a estrutura administrativa do Tribunal de Contas do Município de São Paulo a fim de se verificar a existência de hierarquia entre os cargos de chefe de gabinete da Presidência e de assessor de controle externo.

O “Título XI” da Lei nº 9.167/80 do Município de São Paulo, destinado à disciplina da “Organização Interna” do TCM/SP, era subdividido em 6 “Capítulos”, assim denominados, em ordem: “Dos Gabinetes” (no qual compreendidos os gabinetes da Presidência e dos demais Conselheiros), “Da Secretaria-Diretoria Geral”, “Da Secretaria de Fiscalização e Controle”, “Da Secretaria da Administração”, “Da Secretaria da Informática” e “Do Pessoal”.

A Lei municipal nº 13.877/2004, ao dispor “sobre a reorganização administrativa do Tribunal de Contas do Município de São Paulo e de seu Quadro de Pessoal”, revogou, entre outros, o teor do “Título XI” da Lei nº 9.167/80, agregando os dispositivos relacionados à “Organização Interna” do TCM/SP que interessam para a solução da presente demanda sob a denominação: i) “Dos Gabinetes dos Conselheiros” (arts. 3º – “Gabinete da Presidência” – e 4º – “Gabinetes dos Conselheiros”) e ii) “Da Secretaria Geral”, passando essa última a compreender a “Subsecretaria Administrativa e a Subsecretaria de Fiscalização e Controle” (art. 5º da Lei nº 13.877/90).

Trago as informações acima para destacar que os gabinetes dos Conselheiros do TCM/SP (incluído o do Presidente) são previstos como órgãos apartados na estrutura organizacional da Corte de Contas do Município de São Paulo desde a Lei nº 9.167/80, tendo sido mantida essa disciplina na Lei nº 13.877/2004, vigente quando efetivada a nomeação questionada na presente reclamação.

Prossigo.

Na Lei nº 13.877/2004, o cargo ocupado por MIGUEL ROBERTO TIACCI KIRSTEN (servidor de referência para apurar a incompatibilidade da nomeação) insere-se na estrutura administrativa do Gabinete da Presidência, disciplinada no art. 3º, *in verbis*:

O Gabinete da Presidência compõe-se de Chefia de Gabinete, Assessoria Especial da Presidência, Chefia de Cerimonial, Núcleo de Tecnologia da Informação, Assessoria de Imprensa, Assistência de Segurança e Escola de Contas.

De outra forma, o cargo de provimento em comissão para o qual JOSÉ BERTI KIRSTEN foi nomeado, a saber, assessor de controle externo, está compreendido no âmbito da Secretaria Geral da Corte de Contas municipal, mais especificamente na Subsecretaria de Administração, sob a direção do ocupante do cargo de provimento em comissão de “Secretário Geral” (*vide* anexos I a VIII da Lei nº 13.877/2004).

Dessa perspectiva e sem pretender esvaziar a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário por via processual distinta da presente reclamação constitucional – no caso de subsistirem outros elementos de prova ou de direito suficientes à comprovação de favorecimento indevido no ato de nomeação de JOSÉ BERTI KIRSTEN para o cargo de provimento em comissão de assessor de controle externo do TCM/SP – concluo que o reclamante não logrou comprovar a existência de elemento essencial para a configuração *objetiva* de nepotismo no ato questionado com fundamento na Súmula Vinculante nº 13.

Ante o exposto, novamente pedindo *venia* ao Relator, voto no sentido de julgar improcedente a reclamação e, por consequência, cassar a decisão liminar anteriormente proferida.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):

Presidente, só para deixar claro. Esse é um caso que eu enquadraria como desses que está na linha divisória.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu tenho definido que, se é o caso de haver claríssima subordinação hierárquica ou troca de nomeações, a reclamação pode ser utilizada para afastar o ato concreto. Mas, quando não há elementos de caráter objetivo, não há uma hierarquia entre as pessoas pertinentes, quando elas não estão dentro da mesma estrutura, então, não vejo presentes os elementos objetivos para julgar procedente uma reclamação, sem prejuízo de que, por outras vias, se busque comprovar que aquilo, realmente, está afrontando as premissas da Súmula nº 13.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Não. É verdade. Nós já até discutimos aspectos da Súmula Vinculante nº 13, que foi uma iniciativa extremamente importante do Tribunal, mas detectamos que ela pretende quase que codificar

situações, quer dizer, dispor sobre uma série de situações de difícil disciplina na formulação bastante limitada de uma súmula.

O que tinha me impressionado aqui – mas eu vejo que Vossa Excelência espanca bem muitos argumentos – é o fato, é uma situação que se coloca de uma maneira, vamos chamar assim, reflexa ou indireta e que pode ocorrer em determinadas situações. No caso, o parentesco se dá com o chefe de gabinete do presidente do Tribunal e a função é de um responsável pelo trabalho de arquitetura, chefia desse segmento, desse departamento no âmbito do Tribunal de Contas. E isso pode ocorrer. Na prática, realmente, isso pode, de fato, ocorrer.

Nós temos na Câmara e Senado, por exemplo – a tradição é até positiva –, nomes de grande importância – política, inclusive – de diretores-gerais, secretários-gerais por tempo indeterminado. Imaginemos que viesse a se colocar a situação de nomeação de parentes dessas pessoas, ainda que em gabinetes de senadores ou deputados ou em outras funções, não é? E certamente a relação de parentesco aqui não se colocaria em face do presidente do órgão, mas, de fato, dessa autoridade com ascendência.

Então, foi essa a situação que se colocou, mas eu realmente não fecho questão, porque até citei o ministro Britto, que usava a expressão, aqui, do García de Enterría, para dizer do conceito jurídico indeterminado e que aqui há um núcleo fixo, mas há um núcleo aberto, quer dizer, há uma parte aberta. Então, realmente esse é um daqueles casos torturantes, e acho até que talvez a posição de Vossa Excelência seja mais...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É, assim eu já votava na Primeira Turma. Eu dou provimento, ou melhor dizendo, julgo procedente a reclamação se os elementos objetivos me permitem verificar ofensa à Súmula nº 13; senão, isso tem que ser procurado nas vias ordinárias, e não na reclamação. Nós temos que lembrar que nós temos mais de cinco mil municípios no Brasil, nós temos milhares ou milhões de servidores públicos e, no âmbito de nomeação em cargos de comissão, mais de 100 mil no Brasil inteiro. Se aceitarmos reclamação aqui...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Teria que ser uma coisa chapada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, por que eu analisei aqui? Houve a subordinação? Do ponto de vista formal, não houve. Pode ter havido alguma troca ali ou alguma influência? Teria que se verificar no caso concreto, e aí não é o meio adequado a reclamação, nem foro adequado o Supremo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Estava justamente comentando com o Ministro Gilmar como a possibilidade de ajuizamento de reclamação atrai para o Tribunal uma série de questões que demandam exames de situações concretas às vezes muito delicadas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É quase um julgamento da causa em sede de reclamação.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Essa é a razão para limitar-se a aprovação exagerada de súmulas vinculantes, porque isso poderá transformar o Tribunal numa espécie de juiz universal de todas as questões.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Reclamatório Universal da União.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Eu penso que os critérios que Vossa Excelência adotou são adequados. Não há como, na via de reclamação, realmente, impugnar o ato de nomeação nesse caso. Eu vou pedir vênias ao Ministro Gilmar para acompanhar Vossa Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Peço vênias para acompanhar o voto do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, julgando improcedente a presente reclamação, notadamente em face dos critérios objetivos que informaram a própria formulação do enunciado inscrito na Súmula Vinculante nº 13/STF.*

É o meu voto.

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Só para registrar, eu estou absolutamente confortável. Na verdade, vou deixar meu voto nesse sentido, mas vencido e convencido. Acho que Vossa Excelência trouxe, realmente, diretrizes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A necessidade de haver um caráter objetivo para fins de reclamação. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Esse acho que é um caso que teve a impugnação do Ministério Público com esse tipo de insinuação: de que a influência se dava a partir da chefia de gabinete do Presidente. Mas se quisermos realmente ter essa orientação – e o ministro Teori chamou atenção de maneira adequada – nós vamos ampliar demais e trazer ao Tribunal essas querelas todas que decorrem, às vezes, de denunciamento, de providências que podem...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Veja, aqui mesmo, nos tribunais, nós temos pessoas com relação de parentesco no gabinete de A, no gabinete de B.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Sim. Claro. E que vem de forma autônoma, como nós sabemos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Quer dizer, eles são indicados autonomamente. Às vezes, marido e mulher, mas que foram, por razões diferentes, indicados.

EXTRATO DE ATA

RECLAMAÇÃO Nº 18.564

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. DIAS TOFFOLI

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 CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Relator, que julgava procedente a reclamação e prejudicado o agravo, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 25.08.2015.

Decisão: A Turma, por maioria, julgou improcedente a reclamação e, por consequência, cassou a decisão liminar anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 23.2.2016.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira

Secretária