

Jurisprudência comentada: nomeação de casados entre si que não tipifica nepotismo cruzado. Ausência de relação de subordinação. Sobrinha do Prefeito que já era servidora público e não recebeu qualquer adicional pelo exercício de cargo em comissão. Servidores concursados. Ausência de nepotismo e de ato de improbidade administrativa

1. Do v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Decidiu muito recentemente o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Apelação nº **1001200-69.2016.8.26.0097**, rel. Designado Des. AROLDO VIOTTI, 11ª Câmara de Direito Público, julgada em 21 de agosto de 2.018, com a seguinte ementa:

“Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Imputação da prática de nepotismo por Prefeito Municipal, que nomeou para cargos em comissão uma sobrinha de sua esposa, e dois servidores que são casados entre si. Sentença de improcedência. Recurso do Ministério Público objetivando a reforma do julgado. Desacolhimento, por maioria de votos. Sobrinha “por afinidade” do Prefeito que é funcionária efetiva do Município e não percebeu nenhum valor adicional pelo exercício do cargo em comissão. Nomeação de servidores casados entre si que não tipifica nepotismo. Recurso improvido por maioria de votos, declarando voto vencido o Relator sorteado”

Com todo efeito, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a ausência de nepotismo, e, com isso, negou provimento à apelação do e. Ministério Público, uma vez que não houve qualquer nomeação de parente proibida pela Súmula Vinculante nº 13, do e. STF, mesmo porque os servidores casados entre si não tinham qualquer relação de parentesco com o senhor Prefeito Municipal, que era a autoridade nomeante.

E o mesmo v. acórdão apreciou também a nomeação da sobrinha do Prefeito para cargo em comissão, sendo que a nomeada já era servidora pública municipal antes da posse do tio, e, ainda, não recebeu nenhum adicional em decorrência do exercício do cargo em comissão, motivo pelo qual

restou afastado o ato de improbidade administrativa arguido pelo Ministério Público do Estado, vez que ausente o elemento subjetivo do dolo.

É o que decretou a ementa, em resumo.

2. Do v. voto condutor do acórdão:

Consta do v. voto condutor com relação ao casal acusado de prática de nepotismo:

“Concordei por inteiro com o Ilustre Relator sorteado naquilo em que manteve a sentença no tocante à nomeação dos requeridos e Nas palavras do voto de Sua Excelência, os réus “..... e não possuem relação de parentesco para com o Prefeito e são servidores que já integram o quadro da Administração. Ademais, o mero fato de serem cônjuges não inviabiliza a nomeação ao exercício de cargo comissionado que não possuem entre eles qualquer relação de subordinação”. Não há, nesse caso, tipificação de nepotismo, na esteira da Súmula Vinculante n. 13 do STF, consoante melhor se explicitará na declaração de voto do Eminente Relator sorteado”

E quanto à sobrinha do Prefeito, consta do v. voto:

No tocante a, é parente por afinidade do ex-Prefeito Como se lê da inicial, “é filha de, o qual é irmão de, que é casada com, atual Prefeito de”. Trata-se de sobrinha “por afinidade” do ex-Prefeito. Sua nomeação afrontou a Súmula Vinculante n. 13. Todavia, a ilegalidade, que havia mesmo de ser coibida, não atingiu foro de ato de improbidade. A improbidade, como cediço, é uma ilegalidade qualificada pela má fé, pela nota de desonestidade.

Incontroverso nos autos que era servidora efetiva dos quadros do Município de, ocupante do cargo de Escriurária. Também não discrepam as partes a respeito de que não auferiu nenhuma remuneração adicional pelo exercício do cargo em Comissão de

Gestora Municipal de Assistência à Saúde. Diante de tais circunstâncias, não se compreende qual o objetivo ilícito, voltado à percepção de vantagem indevida, de que se pode ter revestido o episódio. Nesse sentido a ponderação da sentença (fls. 660): “... embora incontroverso que a requerida da Silva seja sobrinha da autoridade nomeante, extrai-se dos autos que foi nomeada para exercer a função de Gestora Municipal de Assistência Social (fl. 156), a qual não é remunerada, não havendo qualquer acréscimo nos vencimentos do cargo de escriturária que já exercia em caráter definitivo (fls. 92/99). Dessa forma, tratando-se de função não remunerada, não há a configuração de nepotismo. Não se verifica qualquer prejuízo aos cofres municipais com a manutenção da requerida na função de Gestora Municipal de Assistência Social, haja vista que o exercício da referida função lhe confere ainda mais atribuições, sem qualquer acréscimo nos vencimentos do seu cargo efetivo.”

Não vislumbrando, assim, a presença do elemento subjetivo indispensável à configuração do ato de improbidade administrativo, pelo meu voto, em posicionamento a final acolhido pela C. Câmara, mantive por inteiro a r. sentença, negando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público”

O v. voto restou de clareza solar e irretorquível, portanto, vez que foi proferido de acordo com os termos da SV nº 13, do e. STF, e também com a jurisprudência superior a respeito de improbidade administrativa.

3. A ausência de subordinação entre os cônjuges já servidores efetivos afasta a prática de nepotismo proibida pela Súmula Vinculante nº 13, do e. STF:

Quanto ao casal, tem-se que a esposa desde 1º de fevereiro de 2.000 é servidora pública ocupante do **cargo de provimento efetivo** de COORDENADOR DE EVENTOS CULTURAIS em determinado Município, sendo que tal cargo foi criado por lei municipal, e o marido, a seu turno, desde o dia 26 de junho de 2.006, é **servidor público ocupante do cargo efetivo** de FISCAL

MUNICIPAL no mesmo Município, sendo que tal cargo também foi devidamente criado por lei.

Em 3 de janeiro de 2.013, o marido passou a exercer o cargo em comissão de DIRETOR ADMINISTRATIVO, e a esposa no dia 5 de fevereiro de 2.013 passou a exercer o cargo de DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CULTURA, **sendo que nunca existiu qualquer ligação, vinculação, conexão ou subordinação entre os dois cargos em comissão que passaram a ser ocupados pelo casal, conforme constou do venerando acórdão.**

Tem-se, portanto, que não há que se falar em nepotismo proibido pela SV nº 13, do e. STF na hipótese aqui invocada.

E mais: a Súmula Vinculante nº 13, do e. STF, proíbe a nomeação de cônjuge da autoridade nomeante, porém a autoridade nomeante no caso em tela foi o Prefeito Municipal, e, portanto, não há que se falar em nepotismo proibido pela Súmula.

Reza a Súmula Vinculante nº 13, do e. STF:

“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.”

Ocorre que os servidores citados são servidores públicos efetivos concursados, e não há que se falar em troca de favores, nem ajustes ardilosos ou quaisquer conluíus políticos, e não se configura, portanto, o chamado nepotismo proibido.

Com efeito, a SV nº 13, do e. STF é de clareza solar ao proibir o nepotismo como troca de favores, o conluio, que, repita-se, não ocorreu no caso aqui citado, e, portanto, como a situação aqui versada não se amolda ao previsto na citada SV nº 13, do e. STF, então nenhuma interpretação elástica ou extensiva pode ser utilizada neste caso por quem quer que seja.

É regra secular de direito que normas que restrinjam direitos, ou que prejudiquem, ou que imponham limitações de direito, ou que proíbam alguma conduta, ou que imponham penalidades, *somente podem ser aplicadas literalmente, apertadamente como uma luva*, sem admitir mínima analogia, extensão, sistematicidade, historicidade, teleologismo ou qualquer outro sistema exegético, ou outro método interpretativo, conforme já disséramos no passado.

E ainda no mesmo diapasão, decidiu o e. STF, nos autos do Mandado de Segurança nº **29.320/DF**, rel. Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 08/10/2010, nos seguintes termos ao enfrentar a ocupação de cargos por cônjuges sem qualquer hierarquia:

“DECISÃO MANDADO DE SEGURANÇA
– PARTE PASSIVA – CITAÇÃO. SERVIDORES EFETIVOS –
CÔNJUGES – CARGOS EM COMISSÃO – RELEVÂNCIA
DEMONSTRADA – LIMINAR DEFERIDA.

1. A Assessoria prestou as seguintes informações: Este mandado de segurança está voltado contra pronunciamento do Conselho Nacional de Justiça por meio do qual, uma vez reconhecida a caracterização de nepotismo na consulta encaminhada pelo Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, houve determinação de providências no sentido da extinção da situação de ocupação de cargos por pessoas ligadas por vínculos de parentesco (documento anexo). O impetrante afirma ser servidor concursado do mencionado Tribunal, assim como Elizeth Afonso de Mesquita, com quem é casado, ambos analistas judiciários. Alega estar ocupando, no momento, o cargo em comissão de Coordenador de Pessoal da Secretaria de Gestão de Pessoas e a esposa, o cargo em comissão de Diretora-Geral da Secretaria. Segundo sustenta, em 27 de maio de 2010, a Presidente do referido Tribunal encaminhou consulta ao Conselho Nacional de Justiça. Na oportunidade, informou a nomeação de Elizeth Afonso de Mesquita, em 8 de fevereiro de 2010, para exercer o cargo em comissão aludido e a exoneração do impetrante – à época, Coordenador de Controle Interno e Auditoria –, tendo ressaltado a inexistência de vínculo de subordinação entre os servidores (documento anexo). Noticiou,

ainda, a recente nomeação do impetrante para o cargo em comissão atualmente ocupado. Questionou, por fim, se a situação dos cônjuges no âmbito daquele Tribunal, ante a ausência de hierarquia e igualdade remuneratória referentes aos cargos, estaria alcançada pela exceção apontada no § 1º do artigo 2º da Resolução/CNJ nº 07/05, com a redação conferida pela Resolução/CNJ nº 21/06. O Conselheiro responsável pela análise da consulta, em decisão de 18 de junho passado, assentou a configuração de nepotismo, pontuando não ser necessário para tanto a subordinação hierárquica direta entre os servidores ou o acréscimo remuneratório recebido por qualquer deles. No dia 9 de julho subsequente, o impetrante, admitido na qualidade de terceiro, interpôs recurso administrativo, que acabou desprovido pelo relator. Contra a decisão protocolou-se novo recurso, também desprovido pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça – ato veiculado no Diário da Justiça eletrônico de 16 de setembro passado, do qual o impetrante foi notificado no dia 26 de setembro seguinte. O impetrante, discorrendo sobre o cabimento do mandado de segurança, assevera a inexistência de subordinação hierárquica, ante o fato de as situações de nepotismo ficarem condicionadas à possibilidade de influência que um dos servidores públicos pode exercer na contratação ou nomeação do outro. Menciona o teor do Verbete Vinculante nº 13 da Súmula do Supremo: 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. Consoante diz, o Conselho Nacional de Justiça define o nepotismo como situação moldada não apenas por aspectos objetivos, sendo exigida a presença do incontestável favorecimento do beneficiário, resultante da relação de parentesco existente. Evoca como precedente a decisão

proferida no Mandado de Segurança nº 26.990, relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicada no Diário da Justiça de 5 de dezembro de 2007. Articula ainda com a possibilidade de o caso estar compreendido entre as exceções contidas no § 1º do artigo 2º da Resolução/CNJ nº 07/05, cuja redação é a seguinte: Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: [...] § 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. Sob o ângulo do risco, alude à possibilidade de grave e irreparável lesão, haja vista a iminência da exoneração do cargo comissionado de Coordenador de Pessoal da Secretaria de Gestão de Pessoas do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. Veicula pedido de medida acauteladora para suspender os efeitos do ato do Conselho Nacional de Justiça. Alfim, busca ver cassada a referida decisão. Com a inicial vieram os documentos eletronicamente juntados. Anoto ter sido formalizada a impetração em 5 de outubro de 2010. O processo veio concluso para a apreciação do pleito de liminar.

2. A situação revelada neste processo possui particularidades. **Os servidores envolvidos são analistas do quadro do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. Vale dizer que ingressaram no serviço público mediante concurso de provas e títulos. O impetrante, em 1993, e a mulher, em 1995.** Em 1997, ocorreu o casamento. Em 25 de setembro de 2006, ambos foram nomeados para cargo em comissão. O impetrante para o de Coordenador de Controle Interno e Auditoria – nível CJ-2 – e a mulher para o de Secretária de Administração, Orçamento, Finanças e Contabilidade – nível CJ-3. Em fevereiro de 2010, ela veio a ser nomeada para o cargo em comissão de Diretora-Geral – nível CJ-4 – e ele para o de Coordenador de Pessoal – nível CJ-2. A Presidente do referido Tribunal – desembargadora Zelite

Andrade Carneiro –, atenta às peculiaridades, formulou consulta ao Conselho Nacional de Justiça sobre a situação existente e buscou demonstrar que o impetrante não estaria diretamente subordinado à mulher, o que poderia ser considerado se houvesse permanecido na Coordenadoria de Controle Interno e Auditoria, muito embora esse cargo, no organograma do Tribunal, fique subordinado à Presidência. Veio à baila a glosa do Conselho Nacional de Justiça, potencializando, a mais não poder, o fato de os servidores serem marido e mulher. Tenho como relevante a articulação da peça primeira deste processo. Realmente, há de se excomungar o nepotismo, mas, de início, o caso analisado não o configura. **Leve-se em conta a circunstância de os servidores integrarem o quadro permanente do Tribunal, havendo nele ingressado, respectivamente, em 1993 e 1995 – o impetrante e a mulher. Ao que tudo indica, em virtude da própria competência, foram alçados a cargos de confiança e hoje neles estão. A mulher, inclusive, ocupa o CJ mais elevado, CJ-4. Nota-se, também, a honestidade de propósito, a equidistância, da Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia no que, talvez assustada com o rigor do Conselho Nacional de Justiça, escancarou o quadro e objetivou lograr resposta positiva à consulta formalizada. Ante as singularidades da espécie, então, deve ser mantida a situação atual dos servidores até a decisão final deste mandado de segurança. Parentesco afim ou consanguíneo não pode, por si só, implicar prejuízo de servidores concursados, valendo ressaltar que a escolha do impetrante e da mulher para os cargos de confiança foi implementada pelo dirigente maior do Tribunal.**

3. Defiro a liminar para, até o julgamento final deste processo, preservar a situação jurídica dos servidores nos cargos hoje ocupados – o impetrante, de Coordenador de Pessoal da Secretaria de Gestão de Pessoal, e a mulher, de Diretora-Geral da Secretaria – no Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia.

4. Citem a União no que tem a qualificação, na espécie, de litisconsorte passiva.

5. Solicitem informações ao Conselho Nacional de Justiça.

6. Vindo ao processo as manifestações, colham o parecer do Procurador-Geral da República.

7. Publiquem.

Brasília – residência –, 8 de outubro de 2010.

Ministro MARCO AURÉLIO”

Resta evidente, portanto, que no caso aqui invocado não ocorreu o nepotismo proibido pela Súmula Vinculante nº 13, do e. STF.

Com todo efeito, negar o acesso de qualquer cidadão a cargo público apenas em decorrência de relação de parentesco com outro servidor público sobre o qual não tenha qualquer subordinação, sendo que ambos são ocupantes de cargos efetivos, é simplesmente negar vigência aos exatos termos da Súmula Vinculante nº 13, do e. STF.

Salta aos olhos, portanto, que a Súmula Vinculante nº 13, do e. STF, deve ser interpretada em seus exatos termos, sem qualquer elasticidade, ou ampliação.

4. A nomeação da sobrinha do Prefeito não causou qualquer prejuízo aos cofres. A inconstitucionalidade não está na nomeação do parente por si só.

É preciso ter presente que *a inconstitucionalidade não está na nomeação de parente por si só, mas sim no privilégio eventualmente deferido a parente em razão da nomeação.*

Nesse sentido, cite-se irrepreensível acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento nº **607.778-5/3-00**, rel. Desembargador FERRAZ DE ARRUDA, em 13ª Câmara de Direito Público, julgado em 16 de maio de 2007, com a seguinte ementa:

“Agravo de Instrumento – Deferimento de liminar em ação civil pública – afastamento de funcionários nomeados para cargo em comissão – vencido na

extinção do principal, no mérito é de se dar provimento ao recurso para que os funcionários sejam mantidos nas funções comissionadas até o julgamento final da ação”

São trechos, ainda, do r. acórdão:

“A minha posição a respeito dessa crise de moralidade tardia que tomou conta da mídia e que tem por sustentação constitucional o preceito estampado no artigo 37, da Lei Suprema, é a de que, em realidade, esse movimento não passa de uma crise manifestamente ideológica no sentido de algo que não esconde o seu caráter essencialmente populista, rigorosamente despregado da orientação social democrática de Direito, defendida com empenho pelo texto constitucional original de 1.988. (...)

Por conseguinte, é fundamental para o exame que se desça à questão do prejuízo causado à administração pela nomeação de parentes para as funções em comissão, posto que se fundar o juízo de imoralidade administrativa exclusivamente, no caso, no fato do parentesco, parece-nos afrontoso ao texto constitucional já que este não estabelece restrição alguma à nomeação de parentes. Em não havendo restrição constitucional, não é legítimo que o Poder Judiciário deflagre verdadeira guerra santa utilizando-se da regra do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, com o intuito de atender aos reclamos populares de uma opinião pública formada pela mídia ansiosa de notícias.

Refleta-se por um instante na pergunta:

A imoralidade está na nomeação em si mesma do parente?

Por certo que a resposta não pode ser pelo parentesco em si mesmo posto que, em sendo assim, a imoralidade estaria no fato de se tratar de privilégio do parente em ser escolhido para a função em comissão. Mas daí decorre a racional objeção: E a nomeação do amigo, ou amante, não é imoral? O fundamento da imoralidade não é o mesmo tanto na hipótese do parentesco quanto ao do amigo? Ou por acaso a

autoridade vai nomear para a função em comissão pessoa que lhe seja absolutamente estranha? (....)

A inicial, no caso, vem sustentada simplesmente no ato de nomeação das pessoas que indica, sem a menor alusão ao fato concreto do exercício da função pública pelos nomeados, o que situa a ação no plano da falta da causa de pedir para a exoneração dos nomeados. (....)

O fato é que o artigo 37, inciso II, é taxativo ao exigir que para essas funções de confiança haja lei autorizando a nomeação sem concurso público, não estabelecendo a norma constitucional restrição alguma quanto à nomeação de parentes co-sangüíneos ou afins até 3º grau, sendo oportuna a observação de que, por princípio de hermenêutica jurídica, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. (....)

Em tais condições, dou provimento ao recurso para manter os funcionários nas funções comissionadas.” (Destacamos em corpo maior).

Com todo efeito, nenhum privilégio foi deferido à sobrinha do Prefeito, que é *servidora efetivos da Prefeitura Municipal submetido a concurso público nos termos do art. 37, inc. II, da Constituição Federal, e não recebeu um centavo a mais em razão da nomeação para cargo em comissão.*

No mesmo exato diapasão, é o v. acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº **0001526-63.2011.8.26.0439**, relator Desembargador AMORIM CANTUÁRIA, da 3ª Câmara de Direito Público, julgado em 15 de janeiro de 2.013, com sustentação oral realizada pela subscritora do presente artigo, e com a seguinte ementa:

“APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS QUEREGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11, I, DA LEI Nº 8.429/92. NEPOTISMO. NÃO CONFIGURAÇÃO. NOMEAÇÃO A CARGOS DE CONFIANÇA. SERVIDORES EFETIVOS. SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTELIGÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REFORMA. HÁ QUE SE BUSCAR DISTINGUIR SITUAÇÕES NAS QUAIS OS SERVIDORES

NOMEADOS PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO COMISSIONADA OU CARGO EM COMISSÃO COMPONHAM O QUADRO DE SERVIDORES EFETIVOS DO ÓRGÃO PARA O QUAL FORAM NOMEADOS, COM VISTAS A ELIDIR POSSÍVEIS INJUSTIÇAS QUE A APLICAÇÃO DA LITERALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 PODERIA PROVOCAR À PROGRESSÃO FUNCIONAL E PROFISSIONAL DESSES SERVIDORES. APELO DOS RÉUS PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO”

O v. acórdão é cristalino ao decretar que *“há que se distinguir situações nas quais os servidores nomeados para o exercício de função comissionada ou cargo em comissão compoanhem o quadro de servidores efetivos do órgão para o qual foram nomeados”*, o que é exatamente o que ocorre no caso aqui versado.

E, consta, ainda, do v. acórdão:

“Ademais, o parentesco afim ou consanguíneo não pode, por si só, implicar prejuízo para os servidores concursados”

E tal entendimento já foi sedimentado pelo e. Supremo Tribunal Federal, nos autos da decantada Reclamação nº **11907 MC/SE**, relator Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/09/2011, que cuida de hipótese de servidora integrante do cargo efetivo do Tribunal designada para função de confiança, tendo sido indeferido a medida liminar.

E no mesmo sentido, já decidiu o e. STF, nos autos do Mandado de Segurança nº **29434 MC/SC**, rel. Ministro DIAS TOFFOLI, julgado em 25/11/2010, e que também apreciou a nomeação de servidores efetivos que têm parentesco para o exercício de cargo em comissão, e considerou que não se considera como ilícita a ocupação de cargo comissionado no caso daqueles autos, assim como ocorre no caso em tela.

Tais precedentes são citados pelo próprio acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na indigitada Apelação nº **0001526-63.2011.8.26.0439**, e que decreta de forma cristalina que:

“Esses v. precedentes buscaram distinguir situações nas quais os servidores nomeados para o exercício de função comissionada ou cargo em comissão

componham o quadro de servidores efetivos do órgão para o qual foram nomeados, com vistas a elidir possíveis injustiças que a aplicação da literalidade da Súmula Vinculante n. 13 poderia provocar à progressão funcional e profissional desses servidores”

No mesmo sentido, decidiu o e. STF nos autos do **MS 26990/DF**, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 10/06/2009.

5. A ausência de dolo ou de má-fé ou de prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito

Constou do r. voto do v. acórdão aqui comentado:

No tocante a, é parente por afinidade do ex-Prefeito Como se lê da inicial, “é filha de, o qual é irmão de, que é casada com, atual Prefeito de”. Trata-se de sobrinha “por afinidade” do ex-Prefeito. Sua nomeação afrontou a Súmula Vinculante n. 13. Todavia, a ilegalidade, que havia mesmo de ser coibida, não atingiu foro de ato de improbidade. A improbidade, como cediço, é uma ilegalidade qualificada pela má fé, pela nota de desonestidade. (...)

Dessa forma, tratando-se de função não remunerada, não há a configuração de nepotismo. Não se verifica qualquer prejuízo aos cofres municipais com a manutenção da requerida na função de Gestora Municipal de Assistência Social, haja vista que o exercício da referida função lhe confere ainda mais atribuições, sem qualquer acréscimo nos vencimentos do seu cargo efetivo.”

Não vislumbrando, assim, a presença do elemento subjetivo indispensável à configuração do ato de improbidade administrativo, pelo meu voto, em posicionamento a final acolhido pela C. Câmara, mantive por inteiro a r. sentença, negando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público”

Ou seja, não houve qualquer dano ao erário ou enriquecimento ilícito de quem quer que seja, assim como não se verificou no

caso o elemento subjetivo do dolo, razão pela qual não há que se falar aqui em ato de improbidade administrativa.

É cediço em direito que só existe e só se configura um ato de improbidade administrativa se nele existir o elemento subjetivo do **dolo**, e no caso em tela tal comprovação não restou demonstrada, conforme decidiu o venerando acórdão ora comentado. Improbidade é e sempre foi sinônimo de *desonestidade*, de *inidoneidade*, e sem intenção preexistente ninguém pode ser considerado ímprobo, por contradição essencial e insuperável de ideias.

Observa-se no caso presente a **absoluta ausência de dolo ou de dano ao erário conforme se lê v. voto relator**, uma vez que os cofres da Prefeitura Municipal de não sofreram qualquer prejuízo, o que desnatura o ato de improbidade administrativa, nos termos regidos pela **Lei Federal nº 8.429, de 1.992**, e conforme o e. Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido.

Com todo efeito, não houve qualquer dolo ou má-fé no caso presente o que afasta qualquer imputação de improbidade administrativa.

Sem a figura do dolo resulta e é virtualmente impossível a caracterização de improbidade em ato algum de autoridade.

Tanto na doutrina quanto sobretudo na jurisprudência superior é pacífico e convergente o entendimento de que a ação de improbidade administrativa deverá ser manejada para os casos em que fica inequivocamente demonstrado que o agente público *utilizou-se de expediente que possa ser caracterizado como de má-fé*, com a nítida intenção de beneficiar-se pela lesão ao erário, e apenas assim.

O elemento subjetivo dos tipos contidos da LIA é o **dolo** e apenas o dolo, decorrente da vontade do agente público em locupletar-se às custas do erário, enriquecendo-se em detrimento do Poder Público.

6. Conclusão:

Diante de tais argumentos tem-se que:

a) só resta configurado o nepotismo proibido pela Súmula Vinculante nº 13 se evidenciada a troca de favores, o ajuste ardiloso, o conluio, sendo, portanto, que a nomeação de servidores concursados para cargos em comissão – mesmo que casados entre si – não constitui nepotismo

proibido, sobretudo quando não existe qualquer relação de subordinação ou hierarquia entre ambos;

b) a nomeação de sobrinha do Prefeito para cargo em comissão não pode ser considerado como nepotismo se a sobrinha já era servidora pública concursada, e não recebeu qualquer vantagem pecuniária – qualquer aumento de vencimento, ou qualquer gratificação – em razão da nomeação, o que evidencia a ausência de dano ao erário;

c) em tais referidas nomeações não se evidencia qualquer dolo ou má-fé o que afasta a incidência da Lei federal nº 8.429, de 1.992, e, portanto, não há que se falar em ato de improbidade administrativa.

É nosso singelo entendimento.