



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

Processo: 34969/2011

Parecer: 708/2013 - MF

Ementa: Decisão n.º 5.687/2011, II, “b” (Processo n.º 32389/2011). Constituição de autos apartados para exame da compatibilidade do art. 8º do Decreto n.º 32.751/2011 e o art. 9º da Lei n.º 8666/1993. Instrução da então Assessoria Técnica da Comissão Permanente de Inspectores de Controle Externo - CICE. Parecer parcialmente divergente. Proposta. Recomendação aos dirigentes máximos dos Poderes Executivo e Legislativo sobre o alcance da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal.

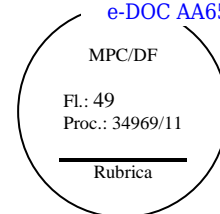
Tratam os autos da constituição de autos apartados para exame da compatibilidade da vedação estabelecida pelo art. 8º do Decreto n.º 32.751/2011 com o art. 9º da Lei n.º 8.666/1993, consoante os termos do inc. II, “b”, da Decisão n.º 5.687/2011, exarada nos autos do Processo n.º 32389/2011, *verbis*:

Decisão n.º 5.687/2011

“O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: (...)

II – autorizar:

- a) o prosseguimento do Pregão Eletrônico nº 30/2011, havendo necessidade de inserir no edital a vedação de que trata o art. 8º do Decreto nº 32.751/11;
- b) a constituição de autos apartados para exame da compatibilidade da vedação estabelecida pelo art. 8º do Decreto nº 32.751/11 com a Lei nº 8.666/93; (...).” (grifo nosso)



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

2. Nesta fase processual, o órgão técnico, por meio da Informação n.º 56/2011, realizou o exame determinado, concluindo que (§ 22 – fl. 43):

“(…) inexistente razão para questionamento, do ponto de vista formal, sobre a legalidade do Decreto distrital n.º 32.751/11 quanto comparado com o teor do art. 9º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.”. (grifo nosso)

3. Nesse sentido, ofertou ao e. Plenário as sugestões de fls. 43/44, *verbis*:

- I. tomar conhecimento da presente Informação;
- II. firmar entendimento a respeito da compatibilidade do disposto no art. 8º do Decreto distrital n.º 32.751/11 com o teor do art. 9º da Lei 8.666/93, nos termos desta Informação;
- III. dar conhecimento da Decisão que vier a ser proferida à Procuradoria-Geral do Distrito Federal;
- IV. autorizar o arquivamento dos autos.”

4. De início, é preciso ressaltar a excelente análise feita pelo d. Auditor de Controle Externo e aprovada pela CICE em 2011. Somente em 24.05.2013, no entanto, vieram os autos ao Ministério Público.

5. O MPC, em harmonia com o corpo técnico, entende que não existe dissonância entre os normativos salientados.

6. Contudo, dissente das sugestões ofertadas, bem como de seus fundamentos, pois entende que o Decreto n.º 32.571/2011 não alcançou o entendimento externado no enunciado da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal - STF.

7. É fato que o Decreto n.º 32.571/2011, ao ampliar o elenco de hipóteses de configuração do nepotismo, alargou as hipóteses previstas no art. 9º da Lei n.º 8.666/1993. Contudo, o fez com supedâneo nos Princípios da Moralidade administrativa, da Impessoalidade e da Isonomia, insculpidos na Magna Carta, e, portanto, não havendo que se falar em incompatibilidade com a Lei de Licitações e Contratos, isso por que o Supremo Tribunal Federal – STF já pacificou a tese de que não seria necessária a edição de lei para tratar do tema, visto o comando constitucional do art. 37, **caput**.

8. Ademais, isso é o que se deduz ao ser considerado o posicionamento do STF, concretizado no enunciado n.º 13 das Súmulas Vinculantes, por meio do qual vedou-se a prática do nepotismo nas três esferas de Poder no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em consonância com o que já dizia a Resolução n.º 7, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, quanto ao Poder Judiciário.



Ministério Público de Contas do Distrito Federal Gabinete da Procuradora Márcia Farias

9. Restou claro, com a edição da Súmula Vinculante n.º 13, que não há que se falar em necessidade de edição de lei *stricto sensu* quanto ao tema. Demais disso, a competência para editar Decretos é do Poder Executivo, não havendo mácula nesse quesito quanto ao Decreto distrital em tela.

10. Porém, além do que entendeu o órgão técnico, considero que o Decreto n.º 32.751/11 ficou aquém dos propósitos da Súmula Vinculante n.º 13 do STF, de observância obrigatória¹, tanto assim da Resolução n.º 7, de 18/10/2005, do CNJ, no sentido de coibir a nefasta prática do nepotismo, conforme lançado na Representação n.º 6/2011-MF, autuada junto ao Processo n.º 6799/2011², cujo extrato peço vênia para reproduzir:

“17. No caso do Distrito Federal, pelo Decreto n.º 32.751/11, o nepotismo ocorreria quando das nomeações, contratações ou designações para cargo em comissão ou função de confiança e atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público em dois casos: nomeação de familiar do Governador e do Vice-Governador para exercício na Administração Direta e Indireta do Poder Executivo local e de familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, no âmbito do mesmo órgão ou entidade.

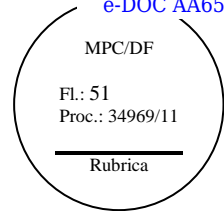
18. Ainda de acordo com o referido decreto, nomeação efetuada em circunstância que caracterizaria o ajuste para burlar as restrições à prática do nepotismo, em especial, mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da Administração Pública do Distrito Federal, configurar-se-ia o nepotismo cruzado.

19. **Quer parecer que as restrições impostas no normativo distrital não atendem ao preconizado na Súmula Vinculante n.º 13. Isso porque maior a abrangência da súmula, que faz referência a “autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica”.**

20. **Nesse caso, no mínimo, a relação de promiscuidade deveria ser estendida à administração direta e indireta de cada Poder, e não somente entre os órgãos e entidades do mesmo Poder. Ou seja, o nepotismo seria verificado em nomeações para exercício na administração direta, em qualquer de seus órgãos, ou, então, na administração indireta, em cada pessoa jurídica. Já o cruzado, estaria configurado, caso comprovado a existência de ajuste para burlar as restrições à prática do nepotismo, em nomeações recíprocas entre a administração direta e a administração indireta, a direta e demais Poderes, a indireta e demais Poderes e entre os Poderes.**

¹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

² Sobrestado por força da Decisão n.º 2.631/2012.



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

21. Leciona o Mestre Hely Lopes Meirelles que os órgãos não possuem personalidade jurídica e integram a estrutura da pessoa jurídica a qual pertencem, seja da administração direta ou da administração indireta:

“Órgãos públicos - São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. [...]

“Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não tem personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas). Como parte das entidades que integram, os órgãos são meros instrumentos de ação dessas pessoas jurídicas, preordenados ao desempenho das funções que lhes forem atribuídas pelas normas de sua constituição e funcionamento.” [...]

22. Reforça o entendimento do *Parquet* o debate ocorrido no Supremo Tribunal Federal sobre a Súmula Vinculante nº 13, no qual a Excelentíssima Senhora Ministra Carmen Lúcia, com a finalidade de tornar mais rígido o texto da súmula, suscitou a questão:

[...]

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ou “inclusive”: “...inclusive ajuste...”. Com isso, sim, estou de acordo.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Peço um esclarecimento do Ministro-Relator relativamente à circunstância de ser do mesmo órgão. Porque, sendo do mesmo órgão... A administração pública é composta de um conjunto de órgãos. Então, tem-se...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - “...incluído o ajuste..”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - “...incluído o ajuste...”?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sim.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu evitei a palavra “incluído” porque nós temos um “inclusive” aqui em cima e, do ponto de vista da eufonia, não ficaria muito bem. Já temos “inclusive”; “... terceiro grau, inclusive...”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Veja bem, acho que “...compreendido ajuste mediante...” fica melhor.



Ministério Público de Contas do Distrito Federal Gabinete da Procuradora Márcia Farias

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Cezar Peluso, estou perguntando ao eminente Ministro-Relator sobre essa expressão "...ou de servidor do mesmo órgão...". Porque "mesmo órgão"... a administração pública é um conjunto de órgãos. Por exemplo, não se nomeia para este órgão, mas se nomeia para outro órgão onde não há a pessoa e, aí, não é nem uma contratação cruzada. Aí é apenas a relação hierárquica de chefia, e não é isso. O nepotismo proíbe que se utilize a questão pessoal para nomeações e, aí, não é o órgão.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministra, pode-se fazer uma nomeação, por exemplo, em Brasília, de alguém que seja parente; a mesma coisa no Estado do Amazonas, por exemplo.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, mas aí é outra entidade, não é órgão.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, Vossa Excelência está propondo substituir "órgão" por que palavra?

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Estou apenas questionando exatamente o significado disso aqui. Porque, em uma administração pública, inclusive direta e indireta, pode-se, se se entender que está vedado na administração direta e para uma outra entidade da indireta, nomear.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Parece-me que aqui o Ministro Lewandowski levou em conta a redação do Estatuto do Regime Jurídico Único, Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União, ao dizer "...do mesmo órgão investido em cargo de direção...".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente. Aliás, essa idéia do Ministro Cezar Peluso veio em boa hora. Porque Sua Excelência sugeriu ontem que nós aqui contemplássemos tanto essas nomeações feitas no mesmo órgão como também, mais tarde, por aqueles que exerçam cargo em comissão, cargo de direção, chefia ou assessoramento. Estamos contemplando todas as situações e, aqui, "órgão" compreendido no sentido amplo da palavra.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - A minha observação seria em relação à autoridade nomeante. Porque, hoje, nós temos um regime tal em que pelo menos o Chefe do Poder Executivo...

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nomeia tudo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Como?

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O Chefe do Poder Executivo nomeia tudo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou não nomeia, praticamente.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ele pode delegar, mas, de toda sorte, aí não se tem essa vinculação e, portanto, estaria excluído disso daqui. Não é a preocupação de Vossa Excelência?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sim, essa é a minha preocupação.



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É a minha também.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Desculpe-me, mas não percebi o alcance.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É que, hoje, às vezes a lei já autoriza ou há delegação, de modo que o Chefe do Poder Executivo...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas já apanha essas situações.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Apanha, não é? É apenas para deixar claro. Muitas vezes não é a autoridade. O Chefe do Poder Executivo acaba não realizando ou efetivando a nomeação.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas é como delegante. Aí fica compreendido.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sim, é apenas para deixar claro.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Penso que a redação nunca encontrará todas as hipóteses da realidade fática.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Acho que a discussão é importante para o fim de depois deixarmos à memória... Mas, então?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O Ministro Marco Aurélio está sugerindo, então, que se retire a menção ao art. 37?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ao artigo 37. Dizer que "viola a Constituição".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Nós colocamos como referência, logo a seguir, o art. 37, e deixamos "...designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - "...viola a Constituição Federal".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E põe como referência o art. 37? Está bem.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Põe como referência o legislativo 37.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, talvez para responder ou atender à sugestão da Ministra: "servidor". Por que botar "...da mesma pessoa jurídica..."?

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Talvez, sim.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - "...da mesma pessoa jurídica.."?

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, porque aí pode ser de qualquer órgão, não dentro do mesmo órgão.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - "...servidor da mesma pessoa jurídica...". Fica mais amplo.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E aí também não impede o que lembrou Vossa Excelência.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - "...da mesma pessoa jurídica...".



Ministério Público de Contas do Distrito Federal Gabinete da Procuradora Márcia Farias

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Por favor, como ficou então?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - "...da mesma pessoa jurídica investido"... etc.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Certo

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas aqui é "inclusive" mesmo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É a redação da resolução.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O ruim também é o "terceiro grau". "Inclusive", porque inclui o terceiro grau.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - "...alcançando até o terceiro grau..."

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Esse "inclusive" está correto. É "inclusive" mesmo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O Ministro Menezes Direito está sugerindo o aperfeiçoamento aqui.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ainda acho que "órgão" fica melhor do que "pessoa jurídica".

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas "órgão" fica só "aquele órgão".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É. Pode ser só um setor, uma seção.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pode ser outro órgão, mas da mesma entidade.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É melhor para se evitar dúvida. É até mais abrangente.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A pessoa jurídica da União. Compreende toda a Justiça Eleitoral do Brasil, em todos os Estados, aqui no TSE. Acho que órgão está mais de acordo com essa imediatidade de vínculo entre o nomeante e o nomeado.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas acho que a idéia é abranger, na verdade, a pessoa jurídica. Porque, se houver intervalos nas relações, por exemplo, entre o prefeito, ele não pode nomear nem - parece que isso decorre do espírito - no seu gabinete, nem na secretaria de fazenda. Então tem a vantagem.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente. São dois órgãos diferentes.

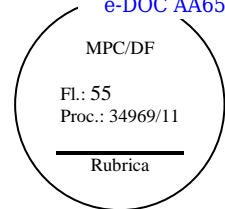
O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Tem essa vantagem, é mais amplo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É esse o espírito, parece-me -, não é?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ou seja, a proibição se faz mais rígida.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nem na secretaria da saúde, nem na secretaria da administração. São dois órgãos diferentes.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Se o espírito é esse, está melhor. A proibição se faz mais rígida e é muito mais difícil de fraude, de contorno. Está melhor assim:



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

“**pessoa jurídica**”. Apenas eu faria uma sugestão. Eu colocaria: “... viola a Constituição Federal a nomeação...” tal, tal... Não deixaria para o fim, não. Ordem direta.
[...] (grifei)

23. **Note-se que a proposta inicial da redação da súmula trazia o termo “órgão”, que, após o debate, foi substituído pela expressão “pessoa jurídica”, por tornar mais abrangente e rígido os termos finais da súmula.**

24. **Por outro lado, nos termos da Súmula Vinculante nº 13, as hipóteses citadas abarcariam o nepotismo cruzado, conforme indicado na parte final: “compreendido o ajuste mediante designações recíprocas”.**

25. Outro ponto destacado diz respeito à vedação de contratação direta, por órgão ou entidade da Administração Pública do DF, de empresa cujo administrador ou sócio seja parente de autoridade administrativa ou familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança.

26. O decreto distrital veda a “a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da Administração Pública do Distrito Federal, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que seja familiar de qualquer autoridade administrativa e, no âmbito do mesmo órgão ou entidade, de familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança” .

27. Já o art. 2º, inciso V, da Resolução nº 7/05 do CNJ estabelece como prática de nepotismo “a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual seja 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 ou assessoramento”.

28. **Note-se que a essência da diferença reside no “poder de direção” do sócio. Na resolução do CNJ basta que o cônjuge, companheiro ou parente seja sócio da empresa para inviabilizar a contratação direta, ao passo que o decreto veda a contratação se o cônjuge, companheiro ou parente for administrador ou sócio com poder de direção, o que, de fato, flexibiliza o comando, sobre o tema, da resolução do CNJ.”** (grifos do original e nossos)



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

11. Ainda naquela peça ministerial, requereu este órgão do MPC à c. Corte de Contas que recomendasse aos dirigentes máximos dos Poderes Executivo e Legislativo sobre o alcance do enunciado da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal, devendo eventuais nomeações viciadas por nepotismo cruzado ou contratações diretas com parentes, nos termos expostos naquela Representação, ser objeto de registro quando da análise de contas, tendo em conta que o Decreto distrital flexibilizou as regras dos normativos de regência elencados. Fundamentou-se o pedido (*IV – Da fundamentação do pedido*) nos seguintes termos:

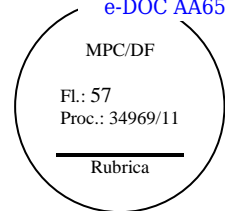
“30. Há previsão constitucional autorizadora da livre nomeação para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada, atos discricionários, portanto, praticados em consonância com a conveniência e oportunidade, em tese, da Administração. Essa discricionariedade, no entanto não pode permitir clientelismo ou nepotismo nas ações do Estado, de forma dissociada do comprometimento ético e moral com o interesse público. O ato discricionário não pode estar desvinculado dos princípios constitucionais destinados à Administração Pública (art. 37), ainda que adotado mediante conveniência e oportunidade, mesmo porque, além dessas duas qualidades, também a finalidade e a motivação constituem elementos essenciais à validade daquela espécie de ato.

31. Ademais, a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. Refere-se aquele à liberdade conferida ao administrador para decidir livremente entre caminhos igualmente legais, legítimos e que tenham por fim o atingimento do interesse público. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

“É evidente que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A discricionariedade consiste numa autonomia de escolha exercitada sob a égide da Lei e nos limites do Direito. Isso significa que a discricionariedade não pode traduzir um exercício prepotente de competências. Não autoriza a faculdade de escolher ao bel-prazer, por liberalidade ou para satisfação de interesses secundários ou reprováveis”.

32. Hely Lopes Meirelles, sintetizando as lições de Maurice Hauriou, o principal sistematizador da teoria da moralidade administrativa, assim se manifesta:

“A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). ‘Não se trata - diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano capaz de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é



Ministério Público de Contas do Distrito Federal Gabinete da Procuradora Márcia Farias

honesto, conforme já proclamavam os romanos - *non omne quod licet honestum est*. 'A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum. (...) O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima.'"

33. A prática do nepotismo - seja o direto ou o transnepotismo (este último termo, também sob o designativo cruzado, refere-se a mais recente expressão que tem sido empregada pela mídia para qualificar nepotismo entre poderes e esferas distintos) -, sendo avessa ao comportamento probo que se espera de um agente público ou político, deve ser severa e diuturnamente combatida, como decorrência direta dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, consagrados no art. 37, caput, da Carta Política, especialmente os da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, além do princípio da primazia do interesse público, buscando-se, precipuamente, expurgar seu viés negativo da máquina pública ou, ao menos, torná-lo menos danoso à ordem jurídica.

34. São esses princípios que impossibilitam o exercício da competência administrativa para obter proveito pessoal ou qualquer espécie de favoritismo, assim como impõem a necessária obediência aos preceitos éticos, principalmente os relacionados à indisponibilidade do interesse público.

35. Noutro giro, por ocasião do julgamento de ação reconhecida como de repercussão geral, ainda naquele momento histórico, os eméritos ministros do Supremo ratificaram opinião de que, como o artigo 37 da Carta Magna tem aplicação imediata, sendo extensivos os princípios nele consagrados a todo o Estado, é suficiente para determinar que o veto à prática do nepotismo alcance todas as esferas da administração pública direta e indireta, independente da existência de legislação infraconstitucional específica. Ou seja, não é necessária a edição de lei para que a regra seja respeitada por todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951-4 RIO GRANDE DO NORTE

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

I - Embora restrito ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita.

II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.

III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.

IV - Precedentes.

V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

36. Nesse sentido, a corroborar, traz-se à colação fragmento do voto proferido pela Exm^a Ministra do STF, Sra. Ellen Gracie, na ocasião do julgamento da ADC/MC 12/DF, em que se manifestou da seguinte forma:

“(...) No tocante à questão do nepotismo como uma das formas mais visíveis de ofensa ao princípio da moralidade administrativa, destaco, do substancioso julgamento da cautelar da ADI 1.521, rel. Min. Marco Aurélio, trecho do voto do eminente Ministro Celso de Mello, que asseverou, naquela ocasião, que ‘quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida’. Prossegue Sua Ex^a, afirmando que ‘o nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de denominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.’”

37. A respeito da importância do princípio da moralidade na discussão do tema nepotismo, o Exm^o Ministro Celso de Mello, na mesma ADC/MC 12/DF, assim consignou:

“Cabe lembrar, neste ponto, Senhor Presidente, o alto significado que o princípio da moralidade assume, em nosso sistema constitucional, tal como esta Suprema Corte já teve o ensejo de enfatizar:

‘O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO - CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS.

- A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.

O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridem os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...)’ (RTJ 182/525-526, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno)”

38. Ainda, com muita propriedade, os pronunciamentos dos Ministros Gilmar Mendes e Carlos Aires de Brito na ADC 12-MC/DF:

Ministro Gilmar Mendes

“Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta GORDILLO, mas compõe-se dos valores éticos comparti-



Ministério Público de Contas do Distrito Federal Gabinete da Procuradora Márcia Farias

lhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente.

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não podem ser um obstáculo à determinação da regra da proibição ao nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRIA, 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. A vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade".

Ministro Carlos Aires de Brito

"[São] conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado 'nepotismo'. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela forma enrustida do 'cruzamento' (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor)"

"(...) as restrições constantes do ato normativo do CNJ são (...) as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade (...). Quero dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se tratando, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público".

39. Não menos importante, a doutrina da Excelentíssima Senhora Ministra Carmen Lúcia :

"o princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa".



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

40. São questões relevantes que atraem a competência da Corte (relembro aqui que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná aprovou sua interpretação da Súmula Vinculante n° 13, consubstanciado em documento denominado Prejulgado n° 09), opinião compartilhada por BARBOSA, ao discorrer sobre o controle da moralidade administrativa pelos Tribunais de Contas:

“Os Tribunais de Contas devem verificar o cumprimento do princípio da moralidade administrativa, na sua integralidade, observando a sua função fundamentadora como norma constitucional a ser obedecida na prática de quaisquer atos administrativos; interpretativa, como norma de interpretação, para a prática dos atos e cumprimento da lei.

“Devem ainda considerar o princípio da moralidade administrativa como impeditivo da feitura de normas e da concretização de atos que o contrarie, bem como determinante de ser observado pelos administradores e legisladores, sob pena de invalidação dos atos e normas que lhe sejam contrários.

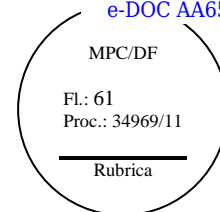
[...]

“É notável a possibilidade de atuação das Cortes de Contas, no controle da moralidade administrativa, uma vez que, no exercício de suas atribuições, verificam, analisam e avaliam toda uma gestão pública.”

41. Trata-se, portanto, de matéria bastante discutida, com forte conotação social, uma vez que pode atentar contra o interesse público, na qual o STF, é de repisar, tem firme posicionamento no sentido de que não se exige nem a edição de lei formal para vedação da prática do nepotismo, pois tal proibição decorre diretamente de princípios constitucionais insculpidos no art. 37, de aplicação imediata.”

12. Por fim, é de lembrar também a Representação n.º 7/2011 deste órgão ministerial, que trata do mesmo assunto no âmbito do TCDF, por meio da requer o *Parquet* a adoção de postura diante da Resolução n.º 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, bem assim adotar o disposto no Enunciado n.º 13 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal - STF, cuja essência privilegia os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, respeitante ao exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de Conselheiros, Auditores substitutos de conselheiro, membros do Ministério Público de Contas e de servidores do TCDF.

13. A dita Representação foi albergada nos autos do Processo administrativo n.º 33685/2008, com carga na Seção de Legislação - SELEG do Departamento de Recursos Humanos – DRH **desde 23/09/2011, sem manifestação.**



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

14. Diante de todo o exposto, lamentando dissentir do órgão técnico quanto a sua análise e sugestões, e coerente com o posicionamento lançado por este órgão naquela Representação n.º 6/2011-MF, opina o *Parquet* por que a c. Corte:

- I. tome conhecimento da Informação n.º 056/2011, de 13.12.2011, e deste Parecer;
- II. firme entendimento no sentido da compatibilidade do disposto no art. 8º do Decreto distrital n.º 32.751/11 com o teor do art. 9º da Lei 8.666/93, nos termos deste Parecer;
- III. expeça recomendação aos dirigentes máximos dos Poderes Executivo e Legislativo sobre o alcance da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal, devendo eventuais nomeações viciadas por nepotismo cruzado ou contratações diretas com parentes, nos termos expostos neste Parecer, ser objeto de registro quando da análise de contas pelo TCDF;
- IV. autorize o retorno dos autos à Secretaria-Geral de Controle Externo para as providências cabíveis.

É o parecer.

Brasília, 18 de junho de 2013.

**Márcia Farias
Procuradora**