

Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 524 ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): JOSÉ MARIA RODRIGUES PINHEIRO E OUTRO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO VI DO ART. 32 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. SERVIDOR PÚBLICO. NEPOTISMO. VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES SOB A DIREÇÃO IMEDIATA DE CÔNJUGE OU PARENTE ATÉ O SEGUNDO GRAU CIVIL. VIOLAÇÃO AO INCISO II DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO *CAPUT* DO ART. 37 DA CF. PROCEDÊNCIA PARCIAL PARA EMPRESTAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INCIDÊNCIA EXCLUSIVA SOBRE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, FUNÇÃO GRATIFICADA E CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), julgar procedente, em parte, a ação direta para emprestar interpretação conforme a Constituição para declarar constitucional o inciso VI, do art. 32, da Constituição do Estado do Espírito Santo, somente quando incida sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido formulado. Redigirá o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente).

Brasília, 20 de maio de 2015.

RICARDO LEWANDOWSKI – PRESIDENTE E REDATOR DO ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Eis o suscinto – mas esclarecedor – relatório do em. Min. Celso de Mello, quando do julgamento da medida cautelar:

“A mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo ajuíza ação direta de inconstitucionalidade, impugnando o inciso VI do art. 32 da Constituição estadual, assim redigido:

‘VI – é vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil.’

A Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, após diversas considerações sobre os princípios regedores da Administração Pública, consagrados pelo art. 37 da Constituição Federal, sustenta a incompatibilidade da norma local com o postulado da isonomia e com a regra, inscrita na Lei Fundamental, que confere liberdade decisória à autoridade nomeante para o provimento de cargos em comissão.

(...)”

O Tribunal indeferiu a cautelar mediante acórdão assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 32, VI) – SERVIDOR PÚBLICO – VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DE CARGO SOB A DIREÇÃO IMEDIATA DE CÔNJUGE OU PARENTE ATÉ O SEGUNDO GRAU CIVIL – ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INOCORRÊNCIA DO “*PERICULUM IN MORA*” – SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA.

A norma, inscrita em Constituição Estadual, que veda a subordinação jurídico-funcional imediata entre agentes públicos, nas hipóteses de existência de vínculo conjugal ou de parentesco, inobstante pareça revelar-se incompatível com o postulado da isonomia, na medida em que se apresente, eventualmente, como regra inibitória do próprio provimento, mediante concurso público, de cargos efetivos ou vitalícios, não opera, por si só, efeitos irreversíveis, de forma a justificar a sua suspensão cautelar.”

Manifestou-se o Advogado-Geral da União (fls. 135/141). Opinou o Procurador-Geral da República, à época, Geraldo Brindeiro, pela procedência da ação direta.

É o relatório. Distribuam-se cópias aos Senhores Ministros.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (Relator): Homenageio o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que, há tempos, impede o nepotismo, conforme o disposto no parágrafo único, do art. 357:

“Parágrafo único. Não pode ser designado Assessor, Assistente Judiciário ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade.”

II

Ao opinar pela constitucionalidade do dispositivo impugnado, aduziu o Procurador-Geral:

“O dispositivo impugnado veda ao servidor público, inclusive ao concursado, servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até o segundo grau civil.

Ainda que aparentemente estabeleça critérios rígidos de defesa da moralidade administrativa, a norma impugnada é incompatível com o princípio da isonomia e o da livre acessibilidade aos cargos e funções públicas, inscritos nos arts. 5º, *caput*, e 37, incisos I e II, da Constituição, respectivamente.

Apresenta a legislação infraconstitucional vários exemplos de vedações tendentes a combater o nepotismo, com a diferença de que sempre tem como destinatários ocupantes de cargos em comissão, declarados de livre nomeação e exoneração. No tocante aos cargos em comissão, as regras proibitivas de nomeação de parentes ou cônjuges reveste-se de razoabilidade, como medida que tende a resguardar a moralidade do serviço público, já que esses cargos são de livre nomeação e exoneração, não exigindo prévia aprovação em concurso público.

A vedação, no entanto, não se justifica no que se refere aos cargos que exigem aprovação prévia em concurso público para seu provimento. O concurso público, conforme assinala Márcio Cammarosano, ‘nada mais é do que corolário do princípio da igual acessibilidade, que, por sua vez, constitui uma das mais importantes manifestações do princípio da isonomia, ínsito no princípio democrático’ (*Direito Administrativo na Constituição de 1988*, pg. 172). É a forma, portanto, de propiciar igual oportunidade a todos aqueles que preenchem os requisitos legais, selecionando

os candidatos mais capazes e que, atenderão às necessidades do órgão.

A nomeação de servidores aprovados em concurso público, portanto, exclui, em princípio, a hipótese de favorecimento pessoal, prescindindo de outra forma de controle, senão a da lisura do próprio processo seletivo.

A proibição contida no inciso VI do art. 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo, em certos casos, pode inibir a própria nomeação do candidato aprovado em concurso público, como limitação ao exercício em determinados segmentos mais restritos do serviço público estadual. Por outro lado, pode também implicar restrição à livre escolha do servidor para o exercício de cargo de chefia, sendo inconciliável com o disposto no art. 37, incisos I e II, da Lei Maior, que garante o livre acesso aos cargos, funções e empregos públicos aos aprovados em concurso público.”

Também ponderou o em. Ministro **Celso de Mello**:

“O preceito da Constituição Estadual em análise não define, para o efeito referido, a forma de provimento dos cargos públicos, de tal modo que a latitude da regra questionada parece abranger, em consequência, todos os cargos públicos, qualquer que seja a modalidade de investidura, afetando, assim, os cargos vitalícios, os cargos efetivos e os cargos em comissão.”

E continuou:

“É importante ressaltar que as vedações estabelecidas pela legislação referida, e ora colacionada, têm por destinatários, apenas, os exercentes de cargos em comissão ou de funções de confiança. Tais proibições poder-se-iam justificar em face de um postulado superior, de caráter ético-jurídico, que consagra, dentro da constelação axiológica que deve reger as atividades do Estado, o princípio constitucional da moralidade administrativa, inscrito no art. 31, “*caput*”, da Lei Fundamental.

Registro, contudo, que há opiniões doutrinárias no sentido de que, em se tratando de ingresso no serviço público independentemente de concurso, a escolha para o exercício de cargos em comissão, por pressupor uma necessária relação de fidúcia (HELY LOPES MEIRELLES, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, p. 373, 15ª ed., 1990, RT;

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*”, vol. 1/247, 1990, Saraiva), poderá recair, consoante assevera DIÓGENES GASPARINI (“*Direito Administrativo*”, p. 117, 1989, Saraiva), sobre qualquer pessoa, mesmo sobre os parentes da própria autoridade nomeante. (...)

A partir disso, parece resultar plausível, juridicamente, a pretensão deduzida pela autora, principalmente em face de possível conflito normativo entre o alcance do preceito ora questionado e o princípio constitucional da isonomia, que proclama, na esfera do serviço público, a acessibilidade de brasileiros quaisquer brasileiros – aos cargos, funções e empregos públicos (art. 37, I) observadas, por evidente, as restrições fixadas pelo Estatuto Fundamental (art. 12, § 3º).

Isso, porque, consoante o magistério de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (“*op. cit.*”, p. 245), o acesso aos cargos públicos constitui ‘... uma das mais importantes aplicações do princípio da igualdade perante a lei. Igualmente uma das mais sensíveis conquistas da democracia...’.

(...)

É bem verdade que a norma ora impugnada – que aparentemente não ofenderia nenhum postulado constitucional – não impede o ingresso no serviço público de cônjuges ou parentes de agentes políticos ou administrativos, pois limita-se a vedar, tão somente, que sirvam sob sua direção imediata. Ocorre, porém que o amplo conteúdo material do ato normativo ora impugnado poderia afetar, ao menos no que concerne aos cargos de provimento em caráter efetivo ou vitalício, a incidência da regra constitucional inscrita no art. 37, I e II, que traduz, no plano do serviço público, projeção específica e concretizadora do princípio da isonomia. Isto porque, ao vedar a subordinação jurídico-funcional imediata entre os agentes públicos, nas hipóteses de existência de vínculo conjugal ou de parentesco, a norma em questão pode atuar como causa inibitória do próprio provimento desses cargos, ferindo, desse modo – e como já referido – o postulado da universalidade, que é inerente à existência constitucional do concurso público.”

Apesar de entender presente o *fumus boni juris*, o em. relator descartou o *periculum in mora*: daí o indeferimento da cautelar.

O Tribunal, após esse julgamento cautelar, já retomou o tema de “nepotismo”. Recordo, por exemplo, o MS 23780 (Joaquim Barbosa, DJ 3.3.06), que teve esta ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOSTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade.

A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado.”

Mais significativo – pela eficácia *erga omnes* – foi a discussão na ADC 12. Na ocasião, o Supremo declarou a constitucionalidade da RSL 7, do Conselho Nacional de Justiça¹.

¹ “RESOLUÇÃO N° 07, DE 18 DE OUTUBRO DE 2005.

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.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, CONSIDERANDO que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

CONSIDERANDO que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juizes vinculados;

II – o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV – a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juizes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V – a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual seja sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juizes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

§ 1º ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso

Assim se decidiu à luz do art. 37 da Constituição. Em especial, conferiu-se efetividade aos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade.

A solução do presente caso capixaba deve ser análoga.

Evidente que se devem retirar da incidência da norma os servidores admitidos mediante concurso público, ocupantes de cargo de provimento efetivo. A norma antinepotismo deve incidir sobre cargos de provimento em comissão, as funções gratificadas e os cargos de direção e assessoramento.

Esse o quadro, julgo procedente, em parte, a ação direta para emprestar interpretação conforme à Constituição para declarar constitucional o inciso VI, do art. 32, da Constituição do Estado do Espírito Santo, somente quando incida sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento: é o meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhora Presidente, o preceito tem a seguinte redação:

Art. 32 [...]

[...]

VI – é vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil.

O mesmo móvel que levou a Corte a glosar situações concretas alusivas a cargos de confiança e a funções comissionadas leva-me a concluir que deve ser mantido o preceito tal como ele se contém. Explico melhor: não é razoável ter-se, servindo sob a direção, parente consanguíneo ou afim até o segundo grau.

a nomeação ou designação para servidor subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação.

Art. 4º O nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma do artigo 2º.

Art. 5º Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contado da publicação deste ato, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2º, comunicando a este Conselho. Parágrafo único – Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.

Art. 6º O Conselho Nacional de Justiça, em cento e oitenta dias, com base nas informações colhidas pela Comissão de Estatística, analisará a relação entre cargos de provimento efetivo e cargos de provimento em comissão, em todos os Tribunais, visando à elaboração de políticas que privilegiem mecanismos de acesso ao serviço público baseados em processos objetivos de aferição de mérito.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.”

E por que não é razoável e não estou aqui a presumir o excepcional, o extravagante, mas o que ocorre no dia a dia? É que, dificilmente, nessa situação concreta, haverá, por parte daquele que dirige a seção, o departamento, o serviço, equidistância que se coadune com o princípio relativo à Administração Pública – o princípio da moralidade.

No caso de designação para cargo de confiada função comissionada, parte-se, num verdadeiro protecionismo, para a escolha de parentes.

O que teremos, a rigor, se entendermos que é possível a prestação de serviço sob direção imediata de cônjuge ou parente até o segundo grau? Teremos o envolvimento de solidariedade exorbitante em detrimento do serviço público. Refiro-me aos afazeres desse parente tão próximo do dirigente do setor e até mesmo às balizas relativas à jornada.

Abre-se, a meu ver, uma brecha, quando se empresta – peço vênia para assim assentar – ao texto interpretação conforme para admitir-se essa situação jurídica que, ante a cultura nacional, é nefasta.

Simplesmente julgo, por essas razões, totalmente improcedente o pedido formulado.

VISTA

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, a colocação agora feita pelo Ministro Marco Aurélio, além de interpretações que são dadas de forma bastante restritiva ao princípio da impessoalidade no serviço público pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja condução me incumbe, implica que eu peça vênia aos colegas para melhor meditar sobre a questão.

Peço vista dos autos.

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 524-3

PROCED.: ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REQTE.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.: JOSÉ MARIA RODRIGUES PINHEIRO E OUTRO

REQDO.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que julgava procedente, em parte, a ação para dar interpretação conforme ao dispositivo, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso, e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, julgando-a improcedente, pediu vista dos autos à Presidente, Ministra Ellen

Gracie. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 05.10.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.
Luiz Tomimatsu p/Secretário.

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Senhor Presidente, para rememorar, um breve relato do trâmite processual se impõe.

Em 29.5.1991 a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo propôs a presente ação direta de inconstitucionalidade, impugnando o art. 32, VI, da Constituição do Estado, ainda em sua redação original, à tese de que incompatível com o postulado da isonomia e afronta o art. 37, II, da Constituição da República no que este atribui liberdade decisória à autoridade nomeante para o provimento dos cargos em comissão.

Eis o teor do dispositivo acoimado de inconstitucional:

“Art. 32. (...)

VI – é vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil.”

2. Na sessão de 08.08.1991, este Plenário indeferiu a medida cautelar requerida, à ausência de *periculum in mora*, em acórdão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 32, VI) – SERVIDOR PÚBLICO – VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DE CARGO SOB A DIREÇÃO IMEDIATA DE CÔNJUGE OU PARENTE ATÉ O SEGUNDO GRAU CIVIL – ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INOCORRÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA* – SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA. A norma, inscrita em Constituição estadual, que veda a subordinação jurídico-funcional imediata entre agentes públicos, nas hipóteses de existência de vínculo conjugal ou de parentesco, inobstante pareça revelar-se incompatível com o postulado da isonomia, na medida em que se apresente,

eventualmente, como regra inibitória do próprio provimento, mediante concurso público, de cargos efetivos ou vitalícios, não opera, por si só, efeitos irreversíveis, de forma a justificar a sua suspensão cautelar.” (ADI 524-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 10.04.1992).

3. Manifestação do **Advogado-Geral da União** pela **improcedência** da ação direta.

4. Parecer do **Procurador-Geral da República**, à época Geraldo Brindeiro, pela **procedência** do pedido deduzido.

5. Substituição do Relator em 27.05.1997, na forma do **art. 38 do RISTF**, com redistribuição dos autos ao **Ministro Sepúlveda Pertence** que, em sessão realizada em **05.10.2006** acolheu a ADI apenas para dar interpretação conforme o dispositivo impugnado, nos seguintes termos: *“julgo procedente, em parte, a ação direta para emprestar interpretação conforme a Constituição para declarar constitucional o inciso VI, do art. 32, da Constituição do Estado do Espírito Santo, somente quando incida sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento”*.

Foi acompanhado pelos **Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso**. Na mesma sessão, o **Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ação direta e, na sequência**, a eminente Ministra Ellen Gracie, a quem sucedi na cadeira, pediu vista dos autos.

6. **Um registro** se faz necessário: o dispositivo impugnado – **art. 32, VI, da Constituição do Estado do Espírito Santo** – teve a sua redação alterada, após o início do julgamento da presente ADI, pela **Emenda Constitucional nº 59/2008**, passando a ostentar o seguinte teor:

“Art. 32. (...)

VI – é vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até terceiro grau civil, não admitindo ainda nomeações que configurem reciprocidade por nomeações;”

7. A modificação operada no preceito constitucional estadual, objeto da presente ação direta, não o subtrai, a meu juízo, do controle jurisdicional já instaurado, a falta de alteração substancial do seu conteúdo na fração de interesse (primeira parte do dispositivo na atual redação). Como visto, apenas ampliada a vedação, quanto ao parentesco, do segundo para o terceiro grau civil, este, de resto, o contemplado na Súmula Vinculante nº 13 desta Suprema Corte. Não se encontra prejudicada, pois, a presente ADI.

Nesse sentido a jurisprudência desta Casa. Confira-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. (...). ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. (...). 2. **A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta.** (...)” (ADI 2501/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 19.12.2008).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) ADITAMENTO E CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NA LEI Nº 10.522/2002. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. (...) **Rejeitada a preliminar que sustentava a prejudicialidade da ação direta** em razão de, na lei de conversão, haver o depósito prévio sido substituído pelo arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Decidiu-se que **não houve, no caso, alteração substancial do conteúdo da norma**, pois a nova exigência contida na lei de conversão, a exemplo do depósito, resulta em imobilização de bens. (...). Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 – posteriormente convertida na Lei nº 10.522/2002 –, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.” (ADI 1976/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 28.3.2007).

8. Em debate a compatibilidade do dispositivo constitucional estadual impugnado com o princípio da isonomia e o disposto no art. 37, II, da Constituição da República, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Há que decidir, em última análise, se a norma inibitória da prática do nepotismo veiculada no art. 32, VI, da Constituição do Estado do Espírito Santo criou – considerada a sua abrangência –, obstáculo ao acesso a cargos públicos incompatível com a ordem constitucional da República.

A tese da inconstitucionalidade pela restrição imposta às nomeações para os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração esbarra na jurisprudência pacífica desta Suprema Corte, objeto inclusive da **Súmula Vinculante nº 13**:

“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.” (destaquei)

Destaco, ainda, os seguintes precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 12/1995 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CARACTERIZAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO. PROIBIÇÃO DA PRÁTICA DE NEPOTISMO. ADI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I – A vedação a que cônjuges ou companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau, de titulares de cargo público ocupem cargos em comissão visa a assegurar, sobretudo, cumprimento ao princípio constitucional da isonomia, bem assim fazer valer os princípios da impessoalidade e moralidade na Administração Pública. (...)” (ADI 1521/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 13.8.2013)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.145/1997 do Estado de Goiás. **Criação de exceções ao óbice da prática de atos de nepotismo. Vício material. Ofensa aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.** Procedência da ação. 1. A matéria tratada nesta ação direta de inconstitucionalidade foi objeto de deliberação por este Supremo Tribunal em diversos casos, disso resultando a edição da Súmula Vinculante nº 13. 2. A teor do assentado no julgamento da ADC nº 12/DF, em decorrência direta da aplicação dos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, **a cláusula vedadora da prática de nepotismo no seio da Administração Pública, ou de qualquer dos Poderes da República,**

tem incidência verticalizada e imediata, independentemente de previsão expressa em diploma legislativo. Precedentes. 3. **A previsão impugnada, ao permitir (excepcionar), relativamente a cargos em comissão ou funções gratificadas, a nomeação, a admissão ou a permanência de até dois parentes das autoridades mencionadas no caput do art. 1º da Lei estadual nº 13.145/1997 e do cônjuge do chefe do Poder Executivo, além de subverter o intuito moralizador inicial da norma, ofende irremediavelmente a Constituição Federal.** 4. Ação julgada procedente.” (ADI 3745/GO, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 01.8.2013)

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I – Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da 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.**” (RE 579951/RN, Repercussão Geral – Mérito, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 24.10.2008)

As normas inibitórias do nepotismo, enquanto visam a imprimir particular concretude aos princípios da **impessoalidade** e da **moralidade** consagrados no **art. 37, caput, da Carta Política**, têm como campo próprio de incidência justamente o provimento dos cargos em comissão e as nomeações para o exercício de funções gratificadas, cargos de direção e de assessoramento. Ao reputarem antijurídicas situações objetivas eivadas de pessoalidade, asseguram que o coeficiente de discricionariedade presente nos atos de livre nomeação seja norteadado pelo **interesse público**.

Nessa linha, e como pontuado já pelo Ministro Celso de Mello ao exame da cautelar, o preceito da Constituição Estadual em exame, ao não distinguir, para o efeito referido, a forma de provimento dos cargos públicos, parece abranger todos os cargos públicos, qualquer que seja a modalidade de investidura. Daí o juízo de procedência parcial da ação do eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, com vista a limitar a área de incidência respectiva.

Pelos fundamentos expostos, com a vênua dos que entendem de forma contrária, acompanho o voto do Relator, julgando procedente, em parte, o pedido para emprestar interpretação conforme a Constituição ao inciso VI do art. 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo, de modo a restringir seu campo de aplicação aos cargos de provimento em comissão e às funções gratificadas e cargos de direção e assessoramento.

É como voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de julgar procedente parcialmente a ação e dar interpretação conforme, nos termos do que votado.

• • •

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 524

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): JOSÉ MARIA RODRIGUES PINHEIRO E OUTRO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que julgava procedente, em parte, a ação para dar interpretação conforme o dispositivo, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso, e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, julgando-a improcedente, pediu vista dos autos à Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 05.10.2006.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), julgou procedente, em parte, a ação direta para emprestar interpretação conforme a Constituição para declarar constitucional o inciso VI, do art. 32, da Constituição do Estado do Espírito Santo, somente quando incida sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido formulado. Redigirá o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Plenário, 20.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte – Assessora-Chefe do Plenário