

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

Apelação Cível nº 2016.005165-9.

Origem: 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal.

Apelante: [REDACTED]

Advogado: Dr. Raphael José de Vasconcelos Uchoa.

Apelantes: [REDACTED] e [REDACTED]

Advogado: Dr. Genarte Medeiros Brito Júnior

Apelado: Ministério Público do Rio Grande do Norte

Promotor: Dr. Giovanni Rosado Diógenes Paiva

Apelado: Estado do Rio Grande do Norte

Procurador: Dr. Cristiano Feitosa Mendes

Relator: Desembargador **João Rebouças**.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. **PRELIMINAR DE NULIDADE DO INQUÉRITO CIVIL SUSCITADA POR [REDACTED]**. PROCEDIMENTO DE CARÁTER INQUISITIVO. DESNESSIDADE DE CONTRADITÓRIO. DIREITO RESGUARDANDO NO ÂMBITO JUDICIAL. REJEIÇÃO DE PRELIMINAR. **MÉRITO.** NEPOTISMO. PRÁTICA VEDADA PELA SÚMULA VINCULANTE 13. NOMEAÇÃO DO SOBRINHO (PARENTE EM 3º GRAU) PELA PRESIDENTE DA FUNDAC. PROIBIÇÃO. OCUPAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO POR MARIDO E MULHER NA MESMA INSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EFETIVO COM A ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 13. NEPOTISMO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DOS RECURSOS. PRECEDENTES.

- Preliminar de nulidade do inquérito civil suscitada por

██████████. **Rejeição.** *O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a opinio actio do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. O Ministério Público possui legitimidade para promover o inquérito civil, procedimento este que tem natureza preparatória da ação judicial, não lhes sendo inerentes os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (RMS 21.038/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07.05.2009).*

- Mérito do recurso interposto por ██████████

██████████. *De acordo com a Súmula Vinculante 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.*

- A nomeação para o exercício de cargo em comissão de parente de ocupante de cargo de provimento também comissionado, quando nenhum deles possui vínculo efetivo com a Administração, caracteriza hipótese de nepotismo, sendo irrelevante a identidade dos cargos ou a existência de relação de subordinação hierárquica entre os servidores. Tal conduta se configura em ato de improbidade administrativa por violação ao art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo aos princípios da moralidade e impessoalidade.

- Mérito do recurso interposto por ██████████

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por [REDACTED] e por [REDACTED] e [REDACTED] em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal que, nos autos da Ação de Improbidade Administrativa formulada pelo Ministério Público, julgou parcialmente procedentes os pedidos nos seguintes termos:

"Pelo acima exposto, nos termos do art. 11 e 12, III, da Lei 8.429/92, julgo parcialmente procedente a ação para: a) condenar [REDACTED] nas sanções de multa civil no valor de dez vezes sua última remuneração no cargo comissionado de Presidente da FUNDAC, além da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; b) condenar [REDACTED] na sanção de multa civil no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais); c) condenar [REDACTED] ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) As multas civis aplicadas deverão ser corrigidas pela tabela da Justiça Federal desde o ajuizamento e acrescida de juros da caderneta de poupança, estes contados da citação. No mais, condeno os requeridos condenados ao pagamento das custas processuais, pro rata. Sem condenação em honorários a teor dos artigos 17 e 18 da Lei de Ação Civil Pública."

Passo ao relatório individualizado de cada recurso interposto.

I) Apelação interposta por [REDACTED]

(fls. 396/408).

Alega, preliminarmente, que o inquérito civil é nulo, pois violou o devido processo legal.

Defende que ela e seu cônjuge não tem nenhum tipo de relação de parentesco com a autoridade nomeante, seja em qualquer grau, seja por afinidade.

Relata que exerceu cargo na área de contabilidade, sem qualquer subordinação com seu esposo.

Narra que não tinha qualquer poder de influência sobre as nomeações e exonerações da FUNDAC.

Aduz que é absurda a tese de que cônjuges não podem ocupar cargo em comissão em mesmo órgão, sem poder de gestão e impedimentos da Súmula Vinculante 13.

Salienta que não há improbidade administrativa no caso, pois inexistiu ato doloso de sua parte.

Ao final requer o conhecimento e provimento do recurso para que seja declarada a nulidade do inquérito civil e, caso não seja acolhida essa alegação preliminar, que se dê provimento ao recurso para sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na petição inicial e declarada a inexistência da prática de ato de improbidade administrativa.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (fls. 422/437).

II) Apelação interposta por [REDACTED]

██████████ e ██████████ (fls. 413/417).

Em suas razões, aduz a apelante que deve ser reformada, pois fora prolatada em total desacordo com o conjunto probatório contido no processo.

Assevera que para a configuração do ato de improbidade administrativa é necessária a demonstração do dolo ou da má-fé.

Argumenta que má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública.

Sustenta ainda que, no caso, inexistente qualquer dano ao erário ou enriquecimento ilícito de sua parte.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença e julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (fls. 422/437).

A 11ª Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento dos recursos (fls. 445/456).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Esclareço, inicialmente, que em nome do princípio do "*tempus regit actum*" a lei vigente na data da publicação da decisão/sentença é a reguladora dos efeitos e dos requisitos de admissibilidade do recurso a ser interposto. Como consectário desse raciocínio, conclui-se o seguinte: às decisões publicadas até o dia 17.03.2016 se aplicam os requisitos de admissibilidade do CPC/1973.

Logo, os requisitos do presente recurso, cuja sentença foi publicada em data anterior a 18.03.2016, devem ser apreciados à luz da legislação vigente à época da publicação da sentença, no caso, à luz do CPC/1973, não incidindo os arts. 219 e 85, § 11, do NCPC.

Feito esse registro passo ao exame da preliminar suscitada pela Apelante [REDACTED].

I) Preliminar de nulidade do inquérito civil suscitada por

[REDACTED].

A Apelante alega que o inquérito civil que serviu de lastro para o ajuizamento da ação de improbidade aqui analisada é nulo, pois violou o devido processo legal.

Como sabemos, o inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. O Ministério Público possui legitimidade para promover o inquérito civil, procedimento este que tem natureza preparatória da ação judicial, não lhes sendo inerentes os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (**RMS 21.038/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07.05.2009**).

O inquérito civil possui natureza inquisitiva, e por essa razão, segundo entendimento pacificado no âmbito do STJ não é necessário que se estabeleça

contraditório e ampla defesa em seu processamento, pois esses direitos serão assegurados no processo judicial.

No caso aqui analisado, foram conferidos, durante todo o processo judicial, os direitos relacionados ao contraditório e ampla defesa em favor da Recorrente, de modo que não é possível falar em cerceamento do direito de defesa.

Face ao exposto, rejeito a preliminar suscitada por [REDACTED] e passo ao exame do mérito dos recursos interpostos.

II) Mérito.

O cerne da discussão travada nessa sede recursal está em saber 1) se a contratação de sobrinho da autoridade nomeante (no caso, sobrinho da Diretora da FUNDAC) configura nepotismo e ato de improbidade administrativa e 2) se a ocupação de cargos em comissão, simultaneamente, por marido e mulher também incide na Lei n. 8.429/1992.

Segundo a redação da Súmula Vinculante 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.

A contratação de parentes até o terceiro grau, inclusive, para cargos de direção, chefia ou assessoramento, segundo entendimento cristalizado pelo STF - em súmula vinculante - configura nepotismo e viola a Constituição da República por ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Acerca do tema, a jurisprudência do STJ considera que o nepotismo caracteriza ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, sendo atentatório ao princípio administrativo da moralidade (**REsp 1286631/MG, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15.08.2013**). Entende-se que a prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 (**REsp 1009926/SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009; AgRg no REsp 1204965/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02.12.2010**).

Para o STJ, *"a nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, mesmo antes da publicação da Súmula Vinculante 13/STF, constitui ato de improbidade administrativa que ofende os princípios da administração pública, nos termos do artigo 11 da Lei 8429/92. Nesse sentido: AgRg no REsp 1362789/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 19/05/2015; REsp 1286631/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 22/08/2013; REsp 1009926/SC, 2ª Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 10/02/2010."* (**AgRg no REsp 1535600/RN, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03.09.2015**).

Compreende aquele Tribunal que a nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo despicienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição (**AgRg no REsp 1362789/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12.05.2015**).

No caso dos autos, [REDACTED], então Presidente da FUNDAC de 01.01.2003 a 31.12.2010, nomeou seu sobrinho ([REDACTED]) para cargo comissionado daquela instituição em 03.09.2004, só tendo sido exonerado em 31.12.2010, mais de dois anos após a aprovação da Súmula Vinculante, ocorrido em 20 de agosto de 2008.

A nomeação do sobrinho (parente em 3º grau) da Presidente do órgão é vedada pela Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal e representa, segundo posicionamento do STJ, ato de improbidade administrativa que ofende os princípios da administração pública, nos termos do artigo 11 da Lei 8429/92, sobretudo os princípios da moralidade e impessoalidade.

Segundo redação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa "*constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*". A nomeação de parentes, como no caso dos autos, para exercício de cargos em comissão se amolda ao ato de improbidade descrito no dispositivo por representar transgressão aos princípios da moralidade e impessoalidade.

Logo, em relação a [REDACTED] e [REDACTED] (tia e sobrinho) resta configurado o ato de improbidade administrativa, pois a primeira (Presidente da FUNDAC, com poder de comando e gerência) nomeou o sobrinho para cargo em comissão da mencionada Fundação, incidindo na proibição da Súmula Vinculante 13.

Também o Recurso interposto por [REDACTED] não merece acolhimento, pois a nomeação para o exercício de cargo em comissão de parente de ocupante de cargo de provimento também comissionado, quando nenhum deles possui vínculo efetivo com a Administração, caracteriza hipótese de nepotismo, sendo irrelevante a identidade dos cargos ou a existência de relação de subordinação hierárquica entre os servidores. Esse raciocínio foi adotado pelo CNJ nas consultas 0007482-72.2013.2.00.0000, 0001933-18.2012.2.00.0000 e no Procedimento de Controle Administrativo 0003102-40.2012.2.00.0000, e pode ser aplicado, em sua essência, ao caso em análise. Tal conduta (ocupação simultânea de cargos comissionados na mesma instituição por parentes até o 3º grau, quando nenhum deles possui vínculo efetivo com a Administração) se configura em ato de improbidade administrativa por

violação ao art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

No caso, ela ([REDACTED]) exercia o cargo comissionado de Secretária de Gabinete da FUNDAC no mesmo período em que seu marido, Sr. [REDACTED], atuava como Coordenador de Contabilidade e Finanças da FUNDAC, também cargo comissionado.

O caso se amolda à redação da Súmula Vinculante 13. De fato, segundo redação da Súmula, 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.

Configura nepotismo a nomeação de cônjuge (caso dos autos), companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante **ou, como nos autos, de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança.**

A nomeação de duas pessoas, ligadas por relação de parentesco, para cargos comissionados da mesma pessoa jurídica, quando nenhuma delas tem vínculo efetivo com a Administração, é hipótese de nepotismo e de violação aos princípios da impessoalidade e moralidade (art. 11 da Lei n. 8.429/92).

Estabelecido que as duas condutas – nomeação de sobrinho e ocupação simultânea de cargos comissionados por parentes na mesma pessoa jurídica – configuram-se atos de improbidade administrativa, resta verificar se as sanções foram fixadas em Primeiro Grau de forma proporcional.

O art. 12 da Lei n. 8.429/1992, em seu parágrafo único, estabelece que na fixação das penas relativas à prática de atos de improbidade administrativa, devem ser levados em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

As sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria, ponderando a respeito da extensão do dano causado, do proveito patrimonial obtido, da gravidade da conduta, da intensidade do elemento subjetivo do agente, fixando-se com lastro no princípio da proporcionalidade.

Por transgressão ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei n. 8.429/92 prevê as seguintes sanções: **a)** ressarcimento integral do dano, se houver; **b)** perda da função pública; **c)** suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; **d)** pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e **e)** proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Em Primeira Instância, [REDACTED] [REDACTED] foi condenada *"nas sanções de multa civil no valor de dez vezes sua última remuneração no cargo comissionado de Presidente da FUNDAC, além da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos"*, enquanto que [REDACTED] foi condenado na sanção de multa civil no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Já [REDACTED], por sua vez, foi condenada ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Penso que as sanções foram fixadas de forma a atender o preceito do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, pois levaram em consideração a

extensão do dano e a conduta individual de cada agente. A sanção fixada para [REDACTED] [REDACTED] (Presidente da Fundação) deve ser mais elevada do que a do subordinado, pois ela é que tinha o poder de gerência e partia dela a decisão atinente às nomeações. Também a sanção aplicada a [REDACTED] foi fixada de forma proporcional e condizente com a conduta perpetrada.

Face ao exposto, conheço e nego provimento aos Recursos.

É como voto.

Natal, 26 de julho de 2016.

Desembargador **JOÃO REBOUÇAS**
Presidente/Relator

Doutora **CARLA CAMPOS AMICO**
6ª Procuradora de Justiça