



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

DECISÃO

EMENTA:

1. Preliminar de indeferimento da petição inicial rejeitada. Em se tratando de ato coator praticado por órgão colegiado, o *mandamus* deve ser impetrado contra o órgão, representado por seu Presidente.
2. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Não foram ofendidos, quando o CFOAB desproveu o recurso do impetrante com fundamentação distinta daquela que alicerçara a decisão proferida pela OAB/MA, contra a qual se interpôs o recurso dirigido ao Conselho Federal. Foi-lhe garantida a bilateralidade da audiência, sendo suficiente que lhe tenha sido dada ampla oportunidade de se fazer ouvir no processo, conforme o art. 3º, inciso III, da Lei 9.784/1999.
3. Súmula Vinculante 13. Proibição do nepotismo. Limites de sua aplicação. O STF não pacificou a tese de que a vedação do nepotismo não se aplica aos “agentes políticos”. Imprecisão terminológica. Até o momento, a Suprema Corte firmou que, em regra, a SV 13 não se aplica a agentes que ocupam cargos de governo, os quais são os Chefes do Poder Executivo e seus respectivos Ministros ou Secretários.
4. Não aplicação da SV 13 ao caso sob exame, em sua literalidade. Porém, a referida Súmula não esgota a hermenêutica constitucional no tocante à proibição do nepotismo, conforme se infere dos debates travados no STF quando de sua aprovação.
5. A nomeação de Desembargador por sua cunhada Governadora viola os princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade. Compromete, também, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), inerente ao princípio da separação de poderes, causando sérias distorções nas relações entre o Legislativo e o Judiciário daquele Estado-membro. Onde deveria haver separação, poderia haver “promiscuidade”; onde deveria haver controle recíproco, poderia haver convivência.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

6. Indeferimento da inscrição para o impetrante concorrer à lista sêxtupla pela OAB: licitude. Art. 6º do Provimento 139/2010 do CFOAB. Vedação do nepotismo também pode ser oposto ao particular que dele se beneficia.
7. Pedido de medida liminar: indeferido.

Trata-se de mandado de segurança interposto por Samir Jorge Murad contra ato do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), “consubstanciado no desprovimento do recurso administrativo nº 49.0000.2013.006756-4, manejado contra decisão da OAB/MA que indeferiu o registro do ora Impetrante para o processo seletivo visando à formação de lista sêxtupla constitucional para vaga de Desembargador do TJ/MA, representado neste ato por seu Presidente (...), bem como o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados no Maranhão OAB/MA, representada na figura de seu Presidente (...)” (fl. 2).

Sustenta, em síntese, que:

- a) esta Subseção Judiciária é competente para o julgamento do feito;
- b) “não há falar em litispendência, tampouco em prevenção da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão, em virtude de anterior ajuizamento da ação cautelar nº 0043801-36.2012.4.01.3700. Isto porque, naquela ocasião, atacou-se ato do Conselho Seccional da OAB/MA, que, aliás, não mais subsiste, restando esvaziado por completo o interesse processual no julgamento do feito” (fl. 6);
- c) “o ato vergastado não comporta recurso administrativo dotado de efeito suspensivo (...), uma vez que já efetivado o julgamento do recurso nº 49.0000.2013.006756-4, pelo Pleno do Conselho Federal da OAB, revestindo-se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

a decisão, pois, de caráter definitivo” (fl. 6);

d) “o presente *mandamus* foi impetrado dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias;

e) “[o] ora impetrante formulado pedido de inscrição no processo seletivo para formação da lista sêxtupla constitucional para o preenchimento de vaga de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, destinada à classe dos advogados”, em observância aos requisitos do edital publicado em 14/05/2012 e no provimento 102/2004 do CFOAB;

f) “[o] registro do candidato, entretanto, restou indeferido pela douta Diretora do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Maranhão, em virtude da relação de parentesco existente entre o candidato e a Governadora do Estado do Maranhão, Sra. Roseana Sarney, sua cunhada” (fl. 7), com base em Consulta anteriormente respondida pelo Órgão Especial do CFOAB nº 40.0000.2012.001218, DOU de 28/03/2012;

g) “[a] decisão da Diretoria do Conselho Seccional da OAB/MA foi objeto de recurso para o Conselho Seccional, que, entretanto, restou desprovido, por maioria de votos, confirmando-se a decisão encetada pela Diretoria da Seccional” (fl. 8);

h) “em cumprimento à ordem judicial oriunda da 6ª Vara Federal do Maranhão, exarada no bojo da Ação Cautelar nº 43801-36 2012 4 013700, ajuizada pelo ora Impetrante, a sessão extraordinária do Conselho Seccional, ocorrida em 03 04 2012, restringiu-se ao julgamento dos recursos interpostos contra o indeferimento dos pedidos de registro de candidatura pela Diretoria da OAB/MA, ficando a arguição dos candidatos reservada à sessão ulterior de julgamento, a ser oportunamente designada, garantindo-se, assim, a ampla



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo N° 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

defesa, o contraditório e o devido processo legal ao ora impetrante” (fl. 8);

i) interposto recurso para o CFOAB, “o apelo foi desprovido, com fundamentação distinta daquela que alicerçara o ato impugnado, na sessão do Pleno da OAB Federal, levada a efeito em 01.07.2013” (fl. 8), restando o aresto impugnado assim ementado:

“(…) embora a hipótese não se subsuma a Súmula Vinculante nº 13, a questão dispensa para o seu equacionamento critérios de legalidade estrita, bastando, para solucioná-la, a invocação dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa (...). Em se tratando de ato administrativo complexo, cumpre ter em vista, na formação do ato, a possível interferência de fatores contrários a esses princípios, em sua etapa final, trazendo como consequência a nulidade do processo de seleção. Circunstância que deve ser considerada desde o início da prática do ato, atendendo ao princípio *tempus regit actum*” (fls. 9/10).

j) houve violação à ampla defesa e ao contraditório em ofensa ao devido processo legal no âmbito administrativo, “que vedam o acolhimento de fatos e argumentos jurídicos sem possibilidade de discussão pela parte interessada” (fl. 14), de modo que “não se pode admitir, no campo processual, que o Órgão Julgador despreze as razões da decisão atacada e ‘tire da cartola’ novos fundamentos para o indeferimento do pleito, tomando de surpresa a parte recorrente” (fl. 14);

k) pela teoria dos motivos determinantes, “elididos os fundamentos que alicerçaram a decisão combatida, o provimento do recurso se afigurava de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

rigor, sendo vedado ao julgador a inovação de fundamentação para determinar o insucesso do pleito administrativo” (fl. 15);

l) o STF “não fixou, em sede de Súmula Vinculante, de obrigatória observância ‘aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta (art. 103-A, da CF/88) comando meramente exemplificativo do que seja nepotismo, deixando ao talante da Administração em geral a definição de novas hipóteses” (fl. 16);

m) na edição da aludida Súmula Vinculante (SV), a Suprema Corte procedeu à “delimitação clara e precisa, ostentando o inequívoco sentido de que a proibição não atinge outros cargos que não aqueles cuja natureza foi especificamente referida, sendo certo que, nos moldes de conhecida regra de hermenêutica, a norma não traz palavras e expressões inúteis” (fl. 17);

n) “a proibição do nepotismo, derivada da Constituição Federal, não se volta contra cargos políticos”, conforme o voto do Ministro Ayres Britto, no j. do Recurso Extraordinário (RE) 579.951/RN, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/10/2208;

o) “a referência ao exercício das atribuições na ‘Administração Direta ou Indireta’, contida no verbete sumular vinculante nº 13/STF, traz em si um relevante fator de delimitação, (...) porque, parte-se do pressuposto de que a nomeação está necessariamente ligada ao exercício de funções administrativas, ainda que no âmbito de qualquer dos Poderes, o que não abrangeria, sob o ponto de vista técnico, funções jurisdicionais ou legislativas típicas – que consubstanciam cargos políticos – como no inequívoco caso do Desembargador do Tribunal de Justiça Estadual” (fl. 19);

p) de acordo com o parecer proferido por Eros Roberto Grau, “[o]



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

artigo 37 da Constituição do Brasil (...) [n]ão alcança membros do Legislativo e do Judiciário no exercício de funções legislativas e jurisdicionais” (fl. 20);

q) os Desembargadores são agentes políticos, conforme o RE 579799, de relatoria do próprio Ministro Eros Grau, que se reportou ao RE 228977, Relator o Ministro Neri da Silveira, DJ de 12/04/2002, bem como a doutrina de Hely Lopes Meirelles;

r) “[e] recentemente decidiu o E. STF pela inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13/STF, em decisão monocrática proferida na Reclamação 14.316 (Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 11.10.2012), em medida voltada contra a nomeação de agentes políticos (Secretários Municipais)” (fl. 21);

s) o “Relator do feito no Conselho Federal da OAB” conferiu “inadequada compreensão” ao “conteúdo do julgamento do agravo regimental na Reclamação Constitucional nº 6702/PR, quando o E. STF sinalizou para a inviabilidade de nomeação de Conselheiro de Tribunal de Contas Estadual por irmão do Governador” (fl. 22);

t) “o E. STF fez constar da própria ementa do julgado entendimento quanto à natureza administrativa do cargo, circunstância para a qual convenientemente não se atentou a OAB Federal” (fl. 22);

u) nesse sentido, é a opinião de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, em parecer anexo;

v) o Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região decidiu recentemente no sentido ora exposto na Apelação Cível 2007.85.00.004620-5, Relator o Desembargador Federal Marcelo Navarro, Dje de 07/06/2012;

w) o entendimento do CFOAB restringiu “direitos subjetivos ligados à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

capacidade eleitoral passiva do cidadão, à míngua de lei, o que não se faz possível na ordem constitucional vigente” (fl. 27), atentou contra o princípio da impessoalidade e legitimou “‘nepotismo às avessas’, ou seja, tutela-se a possibilidade de desfavorecimento de candidato em virtude de relação de parentesco;

x) “[o] *periculum in mora* no caso é evidente” (fl. 31); e

y) “devem ser consideradas, no presente pleito liminar, as balizas da teoria da *‘perda de uma chance’*” (fl. 31);

Requer o deferimento de pedido de medida liminar para suspender “os efeitos do acórdão prolatado pelo Pleno do Conselho Federal da OAB no julgamento do recurso administrativo nº 49.0000.2013.006756-4, viabilizando, em caráter precário e reversível, que o Impetrante participe da arguição dos candidatos e eventualmente possa figurar na lista sêxtupla a ser escolhida na sessão extraordinária do Conselho Seccional da OAB/MA, designada para o dia 30.07.2013, 16 horas” (fl. 34).

Junta os documentos de fls. 36/550.

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Maranhão (OAB/MA) apresenta, espontaneamente, as informações e defesa (fls. 553/573) na forma do art. 7º, inciso I, da Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança – LMS), nas quais argumenta, em suma, que,:

a) “[o] impetrante é irmão de Jorge Murad, marido da Governadora do Maranhão, Roseana Sarney Murad. É também irmão de Ricardo Murad, secretário de Saúde do Estado do Maranhão e de Teresa Murad Sarney, casada com Fernando Sarney, irmão da Governadora do Maranhão. Portanto, são inegáveis os laços de parentesco que, inegavelmente, poderão interferir



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

no processo de escolha em questão” (fl. 555);

b) o CFOAB inicialmente se debruçou sobre o tema, em tese, sem se referir a nenhum caso concreto na Consulta 49.0000.2012.001218, nos moldes do art. 85 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB;

c) “[a] diretoria integra o conselho seccional a quem competia julgar o recurso do impetrante. Os diretores são conselheiros e a legislação não os proíbe de votar no julgamento dos recursos tomados contra as decisões da diretoria” (fl. 557);

d) “Os Conselheiros Federais da OAB usualmente participam das sessões do Conselho Seccional onde tem direito a voz. Estavam presentes na sessão do conselho seccional que julgou o recurso do impetrante. Contudo, ao contrário do que afirma o impetrante, os Conselheiros Federais ali presentes não ameaçaram ninguém – explicita ou veladamente – e nem constrangeram qualquer julgador” (fl. 558);

e) o repúdio ao nepotismo remonta à primeira Constituição brasileira (art. 179, XIV) e faz parte da luta histórica da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Esta defendeu a edição da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12;

f) “quando da apreciação do RE 579951”, “o Supremo jogou mais luzes sobre a questão, ao assentar que a prática do nepotismo é ilícita em qualquer dos Poderes da República e que a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática” (fls. 561/562);

g) “as decisões atacadas pelo mandado de segurança não tem a súmula vinculante de número 13 do STF como fundamento. Os atos atacados



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

pelo writ fundamentam-se nos princípios contidos no artigo 37 da CF” (fl. 562);

h) “por força do efeito substitutivo dos recursos, o acórdão proferido pelo Conselho Seccional do Maranhão foi substituído pela decisão proferida pelo Conselho Federal da OAB quando do julgamento do recurso 49.000.2013.006756-4” (fl. 563);

i) “a decisão do Conselho Seccional apoia-se na resposta dada pelo Conselho Federal da OAB à Consulta 49.000.2012.001218, que, por sua vez, busca no artigo 37 da CF o fundamento constitucional para concluir pela impossibilidade de admitir-se que cônjuge, companheiro ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau do Chefe do Poder Executivo a quem couber a escolha de que trata o parágrafo único do artigo 94 da Constituição Federal concorram às vagas destinadas ao Quinto Constitucional” (fl. 564);

j) “O STF em momento algum afirmou que a nomeação do cunhado do governador para a o cargo de desembargador, em vaga destinada ao Quinto Constitucional, não configura nepotismo” (fl. 565);

k) na Rcl 6702/PR, “o STF foi claro ao afirmar que afastava da regra da vedação ao nepotismo apenas os cargos de Secretário Municipal, Secretário de Estado e Ministro de Estado” (fl. 566); “[a] exceção se deu apenas para aqueles cargos que integram os chamados ‘quadros de governo’, ou seja, os cargos de Secretário Municipal, Secretário de Estado e Ministro de Estado” (fl. 567);

l) “no julgamento da RCL 6702 - PR9, o Supremo Tribunal Federal entendeu por suspender os efeitos da nomeação de Maurício Requião - irmão do Governador Roberto Requião - para o cargo de Conselheiro do Tribunal de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

Contas do Paraná” (fl. 567); o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas é efetivo e vitalício, assim como o de desembargador. O processo de escolha também se realiza através de um ato jurídico complexo” (fl. 568);

m) “a exceção prevista no julgamento do RE 579.951-4 alcança apenas os cargos de Secretário Municipal, Secretário de Estado e Ministro de Estado” (fl. 568);

n) “[o] impetrante não postula apenas a suspensão dos efeitos do ato impugnado. A inicial pede muito mais do que isso. A pretensão é de que se assegure o direito do impetrante de participar do processo de escolha da lista sextupla, ou seja, em outras palavras, postula o autor da ação que esse juízo, de logo, defira o registro da candidatura do mesmo, negado pela OAB”; “[a] liminar postulada se confunde com o mérito da própria impetração, tratando-se, pois, de tutela cautelar satisfativa e cujos efeitos poderão ser irreversíveis, o que torna defesa a concessão da medida” (fl. 570);

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresenta, espontaneamente, as informações e defesa (fls. 575/589) previstas no art. 7º, inciso I, da LMS.

Suscita a preliminar de indeferimento da exordial pela ausência de indicação da autoridade coatora, porquanto “a inicial apenas nomina o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sem indicar a respectiva autoridade coatora, em manifesto desatendimento dos dispositivos legais acima apontados” (fl. 577).

Aduz, outrossim, em resumo, que:

a) “o eventual deferimento da liminar requerida gerará, indubitavelmente, o *periculum in mora inverso*” (fl. 578), o que é corroborado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

pelo precedente do TRF/5ª Região, AC 2007.85.00.004620-5 e pela aplicação da teoria do fato consumado. Isso porque “uma vez formada a lista, escolhido e nomeado o impetrante para o cargo de Desembargador, impossível será a reversão da decisão, já que esta demanda poderá se delongar por vários anos, ocorrendo a consolidação/ consumação da situação fática e de direito ora discutida” (fl. 580);

b) não houve violação à ampla defesa e ao contraditório pelo CFOAB, “ao desprover o recurso interposto pelo impetrante, de fundamento distinto daquele por ele manejado em sua peça de inconformismo” (fl. 580), pois “aplicam-se os conhecidos brocardos da *mihifactum, dabo tibi ius* (dá-me o fato, dar-te-ei o direito) e o *iuranovit cúria* (o juiz conhece o direito), que basicamente evidenciam que o tribunal não está adstrito aos fundamentos estampados pelas partes ou por juízos ‘a quo’, mas sim aos fatos apresentados” (fl. 581);

c) segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “[s]ão agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores”, de forma a “não haver qualquer similaridade entre esta [definição] e as atribuições e competências desempenhadas pelo cargo de Desembargador” (fl. 584);

d) “[e]m oposição a Ministros ou Secretários de Estado que ostentam direta vinculação a pastas e programas de governo, data venia, os Desembargadores devem possuir total isenção e autonomia técnica” (fl. 585);

e) “o provimento do cargo de Desembargador perante os Tribunais de Justiça deve obrigatoriamente, data venia, subordinar-se aos princípios da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

impessoalidade, da moralidade e da eficiência prescritos no art. 37, caput da Constituição Federal e, in casu, igualmente aos princípios republicano e da igualdade/isonomia fixados respectivamente nos arts 1º caput e 5º, caput, da Carta” (fl. 585);

f) “[a]dmittir, portanto, que o advogado que tenha com a autoridade nomeante relações de parentesco, seja por consanguinidade, seja por afinidade, venha a concorrer a processo de seleção para a vaga de tribunal, é permitir que, na etapa final do ato complexo da nomeação, possa ele ser favorecido em relação aos dois outros candidatos, que, com ele, hajam atingido a referida fase” (fls. 585/586);

g) “a prática do ato jurídico subordina-se às condições existentes no momento em que ele é editado. Cuida-se de aplicação da regra tempus regit actum. Não se trata, no caso, de ato sujeito a condição suspensiva. Nem faz sentido considerar, na formação do ato complexo, hipóteses abstratas que possam, ou não, suceder no futuro” (fl. 586).

É o relato do necessário. Decido.

Recebo as informações e defesas apresentadas voluntariamente pelos coatores (art. 7º, inciso I, da LMS) e dispensei a ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (art. 7º, inciso II, da referida Lei), uma vez que as informações foram apresentadas pelas próprias pessoas jurídicas.

Debruço-me sobre a preliminar suscitada pelo CFOAB referente à “ausência de indicação da autoridade coatora” (fl. 576).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

Importa, de início, salientar que as autoridades coatoras apontadas na inicial são o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, “representado neste ato por seu Presidente (...), bem como o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados no Maranhão OAB/MA, representada na figura de seu Presidente (...)” (fl. 2).

Observe-se também que o ato dito coator consiste no acórdão que julgou recurso do impetrante dirigido ao Conselho Federal da OAB, nos termos do art. 75, caput, da Lei 8.906/1994[1], e que, por conseguinte, o aludido julgamento se deu por órgão colegiado.

Quanto à possibilidade de um Conselho ser a autoridade coatora, há diversos precedentes do STF de *mandamus* impetrado contra o Tribunal de Contas da União, v.g. A propósito, Vicente Greco Filho ensina que:

“Ato colegiado é o que emana de órgão colegiado, que é aquele em que várias vontades individuais não autônomas se integram para a formação da vontade do órgão. São os atos de comissões, conselhos etc. Neste caso o *writ* deve ser impetrado contra o órgão, representado por seu presidente”[2].

Logo, tenho por correta a escolha dos coatores, ainda mais, em face do cuidado do impetrante em indicar também a figura de seus respectivos Presidentes, na linha do entendimento doutrinário acima referido. **Rejeito, pois, a preliminar.**

Passo ao exame do pedido de medida liminar.

A concessão do pedido de medida liminar em sede de mandado de segurança depende da presença simultânea de dois requisitos: (i) a existência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

de fundamento relevante e (ii) possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação. Interpretação do art. 7º, inciso III, da Lei do Mandado de Segurança (LMS – Lei 12.016/2009).

Pois bem.

O primeiro argumento trazido pelo impetrante a respaldar o deferimento da tutela antecipatória requerida consiste na suposta violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto o seu apelo dirigido ao CFOAB “foi desprovido, com fundamentação distinta daquela que alicerçara o ato impugnado, na sessão do Pleno da OAB Federal, levada a efeito em 01.07.2013” (fl. 8).

Entretanto, neste juízo sumário, tenho que razão não lhe assiste nesse ponto. É que, no processo administrativo, assim como no processo civil, o princípio do contraditório deve ser entendido como *bilateralidade da audiência*. Considero, pois, “suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por intermédio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa”^[3]. Interpretação do art. 3º, inciso III, da Lei 9.784/1999. E, a teor de tudo o quanto consta nos autos, foi oportunizada ao impetrante ampla liberdade de discussão.

Quanto à alegada teoria dos motivos determinantes, importa destacar que, de acordo com o seu conteúdo, “a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade”^[4]. Dessarte, estou em que a aplicação dessa doutrina implica a existência de vício no pressuposto de fato para a prática do ato, e não em seu pressuposto de direito. Com efeito, a Seccional do Maranhão não julgou com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

base em fato inexistente ou falso; a discussão travada foi jurídica. Concluo, pois, pela não incidência da aludida teoria ao caso dos autos.

Pois bem.

A questão sob exame consiste em determinar se o registro de inscrição de candidato cunhado da Governadora no processo de escolha de lista sêxtupla, nos moldes do art. 94 da CF, para o cargo de Desembargador do Estado do Estado do Maranhão atenta contra a prescrição da SV 13 e os princípios da impessoalidade e moralidade administrativas insertos no caput do art. 37 da Constituição.

Dispõe a Súmula em comento:

“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.”

Alega o impetrante, com o intuito de afastar a incidência da SV, que ela não se volta contra cargos políticos, como no caso de Desembargador de Tribunal de Justiça. Porém, razão não lhe assiste. É o que passo a demonstrar:

No RE 579.951/RN, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, j. em 20/08/2008, o Pleno da Suprema Corte julgou a constitucionalidade da nomeação de irmão de vereador e de irmão de vice-prefeito para cargos em comissão (Secretário Municipal de Saúde e motorista, respectivamente). Nos termos do voto do Relator, considerou-se nulo o ato de nomeação do motorista



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

e hígida a nomeação do agente político, ao argumento de que *“não cabe a esta Corte, conforme pacífica jurisprudência, atuar como legislador positivo, sendo-lhe vedado inovar o sistema normativo, função reservada ao Poder Legislativo”*. Entendeu-se que *“[o] provimento integral do RE, com efeito, revelaria flagrante extravasamento de competências, com ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes”*.

O Ministro Marco Aurélio asseverou não estender *“a cabeça do artigo 37, de início, ao agente político e, no caso, o secretário municipal o é”*. O Ministro Carlos Britto, em seu voto, salientou que:

*“**O Chefe do Poder Executivo é livre para escolher seus quadros de governo**, mas não o é para escolher seus quadros administrativos, porque dentre os quadros administrativos estão os cargos em comissão, os cargos de provimento efetivo e as funções de confiança”* (grifei).

Mais adiante ressalta que ao Prefeito que *“está formando seus quadros de governo”* *“o inciso V do artigo 37 não se aplicaria”*.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, considerou:

“[P]ode ocorrer a seguinte circunstância, Senhor Presidente: o membro de Poder ou o cargo que não compõe a estrutura – eu não diria, Ministro Carlos Britto, da Administração Pública, porque alguns cargos de governo são da Administração Pública, por exemplo, cargos de direção e assessoramento - , até compõe o Governo, mas que o ocupa não é um membro de Poder; o Secretário o é. Neste caso específico e nesta situação narrada nos autos, exclusivamente, vou seguir a divergência (...)”.

Examinando as manifestações dos Ministros, nesse precedente, tenho que **a Corte Suprema não firmou a tese de que à nomeação de agentes políticos não se aplica a vedação do nepotismo.** Prevaleceu o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

entendimento de que deveria ser analisado o caso concreto. Tanto é assim que, no julgamento da Rcl 6650 MC-AgR/PR, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra Ellen Gracie, j. em 16/10/2008, o Ministro Lewandowski ressaltou:

“Por ocasião do leading case que levou à edição da Súmula 13 estabeleceu-se que o fato de a nomeação ser para um cargo político nem sempre, pelo menos a meu ver, descaracteriza o nepotismo. É preciso examinar caso a caso para verificar se houve fraude à lei ou nepotismo cruzado, que poderia ensejar a anulação do ato”.

Noto, ainda, que o Ministro Carlos Britto aprofundou ainda mais as suas considerações na Rcl 6650MC-AgR/PR quanto ao tema:

“O cargo de superintendente de autarquia é singelamente administrativo, não é cargo de governo, porque não é de existência necessária, só é cargo de governo todo aquele nominado pela Constituição e, como tal, de existência necessária. Daí por que o próprio artigo 76 da Lei Magna é claríssimo ao dizer que:

‘Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.’

Fora do cargo de Presidente da República e do Ministro de Estado, não se tem cargo de Governo” (grifei).

Destaco que um dos motivos que, a meu ver, infirmam a premissa advogada pelo impetrante de que o “STF entende que a SV 13 não se aplica a agentes políticos” é a imprecisão terminológica. Afinal, o que se entende por agentes políticos?

Na Rcl 6702-MC-AgRg/PR, Pleno, j. em 04/03/2009, o Relator, Ministro Lewandowski, reportou-se à doutrina de **Marçal Justen Filho**, para quem “há



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

*competências reservadas aos agentes não políticos que envolvem atividades essenciais à promoção do Bem Comum. Assim se passa nos casos, por exemplo, dos exercentes de funções jurisdicionais, do Ministério Público ou de Tribunais de Contas”. Referiu-se também ao escólio de **Celso Antonio Bandeira de Mello**, que propugna que “[s]ão agentes políticos apenas o Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores”.*

Maria Sylvia Zanella di Pietro adere também aos ensinamentos ora expostos e apregoa que: *“[s]ão, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação”[5].* Reconhece, contudo, que *“há uma tendência a considerar os membros da Magistratura (...) como agentes políticos; (...) não significa que [os magistrados] participem do Governo ou que suas decisões sejam políticas, baseadas em critérios de oportunidade e conveniência, e sim que correspondem ao exercício de uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância”[6].*

Não desconheço, por outro lado, as orientações exaradas no RE 579.799-AgRg/SP e no RE 228.977, o posicionamento de Hely Lopes Meirelles e dos ilustrados pareceristas Eros Grau (fls. 163/164), Celso Antonio Pacheco Fiorillo (fls. 181/195) e Toshio Mukai (fls. 166/178) que entendem em sentido diverso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

Não obstante, a meu sentir, basta restar comprovado – como de fato está – o intenso debate sobre o tema para que se possa concluir que, até o momento, a jurisprudência do STF tem se limitado a asseverar que, **em regra, a SV 13 não se aplica a agentes que ocupam cargos de governo**, na dicção do Ministro Carlos Britto, **os quais são os Chefes do Poder Executivo e seus respectivos Ministros ou Secretários de Estado ou de Município.**

Cumpra, nesse ponto, destacar que, a meu ver, **a aludida Súmula não esgota a hermenêutica constitucional no tocante à vedação do nepotismo.** Nem assim se pretendeu. Com efeito, por ocasião de seus debates, o Ministro Lewandowski, ao submeter nova sugestão de redação aos seus pares, ressaltou:

“Penso que nós não podemos ficar nem além nem aquém daquilo que foi decidido na sessão passado e daquilo que se encontra expresso na dita resolução”^[7].

“Senhor Presidente, eu procurei evitar ao máximo inovar nesta proposta. Eu quis me manter estritamente dentro dos lindes do que foi decidido na resolução”^[8].

E, reconhecendo a limitação do consenso havido até então pelo Tribunal, ponderou: *“a redação nunca encontrará todas as hipóteses da realidade fática”*^[9]. Concluo, por conseguinte, que **outras hipóteses não abrangidas pela SV 13 podem também ser consideradas como nepotismo incompatível com o texto constitucional.** A Súmula se ateve ao inciso V do art. 37 da Constituição, porque o julgado que lhe inspirou, a ADC 12, Relator o Ministro Carlos Britto, j. em 20/08/2008, examinava a constitucionalidade da Resolução



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que havia sido formulada nos termos do inciso ora mencionado. Com efeito, a mencionada Resolução “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”.

É de se observar que é a própria redação da SV que explicita que a citada prática “*viola a Constituição Federal*”, e não simplesmente o citado inciso. Acatou-se, no ponto, a sugestão do Ministro MARCO AURÉLIO, mediante o seguinte fundamento: “[*p*]orque temos, na Constituição Federal, princípios até mesmo implícitos que conduzem a essa conclusão”[\[10\]](#); ademais, segundo a Ministra CÁRMEN LÚCIA, “[*o*] princípio republicano está abrangido”[\[11\]](#).

Verifico, entretanto, que o cargo de Desembargador não se enquadra às hipóteses elencadas na aludida Súmula (cargo de direção, chefia ou assessoramento ou cargo em comissão ou função de confiança ou função gratificada). Todavia, ainda que não se aplique a SV 13, em sua literalidade, ao caso sob exame, estou em que **a nomeação de Desembargador por sua cunhada constitui evidente ofensa aos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade**, na linha do decidido na citada ADC 12, cujo aresto restou assim ementado:

“1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

moralidade”.

Cumpra, por relevantíssimo, sublinhar que a nomeação de Desembargador constitui hipótese absolutamente diversa das já analisadas pelo STF. É que a indicação de um membro do Judiciário pelo Chefe do Executivo constitui evidente freio deste sobre aquele. Logo, a matéria em tela tem a ver com o sensível princípio da separação de poderes, indissociável, em nosso sistema jurídico, do **princípio dos freios e contrapesos (checks and balances)**. Este consiste em *“uma estrutura interna de governo, cujas várias partes componentes servem, por suas relações recíprocas, para manter cada uma das outras no seu devido lugar”* (HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. The Federalist. 1788. n. 51)”[\[12\]](#).

Luís Roberto Barroso, ao dissertar sobre as limitações do poder conferidas pelo constitucionalismo, explica que *“há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (checks and balances)”*[\[13\]](#).

Porém, esse freio tem de ser em justa medida, sob pena de se comprometer o equilíbrio necessário ao funcionamento estatal. Entretanto, em sede de cognição não exauriente, tenho que a nomeação pelo Chefe do Poder Executivo de seu cunhado no cargo de Desembargador não observa essa medida. Ora, onde deveria haver separação, poderia haver “promiscuidade”, nos dizeres do Ministro Lewandowski no RE 579.951/RN; onde deveria haver controle recíproco, poderia haver convivência. Vislumbro, assim, a ocorrência de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

sérias distorções nas relações entre os Poderes Legislativo e Judiciário do Estado do Maranhão e fragilização da relação de equilíbrio entre os Poderes que o sistema de *checks and balances* visa a preservar.

Friso, ademais, que o tratamento conferido ao nepotismo com relação a cargos vitalícios exige do intérprete maior cuidado. Isso porque, diferentemente dos cargos de Secretários Municipais e Estaduais, a concessão de um cargo vitalício a um parente fará que eventual favorecimento indevido perdure no tempo.

Entendo, desse modo, que **afronta os princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade administrativas a indicação por Chefe do Executivo de seu cunhado para ocupar vaga de Desembargador do respectivo TJ, bem como põe em xeque o sistema de *checks and balances* e o equilíbrio dos poderes.**

Assim sendo, é **lícito o indeferimento** do pedido de inscrição para concorrer à lista sêxtupla pela OAB, uma vez que o impetrante não poderá apresentar o “termo de compromisso de defesa da moralidade administrativa”, exigido pelo art. 6º do Provimento 139/2010 do CFOAB, uma vez que, em última análise, a sua inscrição redundará, possivelmente, em nomeação em cargo mediante vedado nepotismo. Com efeito, nos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia, no RE 579.951/RN, o caput do art. 37 da Constituição “*é auto-aplicável, não depende de nada, todo mundo tem de cumprir, vale para todos, vale para o Poder Público e para o particular, que também não pode alegar desconhecimento e não ter como dado válido, resolvendo que pode tomar assento a esses cargos*”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

Concluo, pois, que não são relevantes os fundamentos da impetração.

Ausente um dos requisitos, o pedido de medida liminar deve ser indeferido.

Ressalto, ao fim, que não se está aqui a duvidar das virtudes profissionais ou pessoais do impetrante. Da mesma forma como ressaltou o Ministro Lewandowski quando do julgamento do citado RE ora mencionado, “*[o] que está em debate, com efeito, não é a qualidade do serviço por eles realizado, mas a forma do provimento dos cargos que ocupam, que se deu em detrimento de outros cidadãos igualmente ou mais capacitados para o exercício das mesmas funções, gerando a presunção de dano à sociedade como um todo*”.

Ante o exposto, **indefiro** o pedido de antecipação de tutela.

Intimem-se.

Notifique-se a OAB - Seccional do Maranhão para apresentar a ata de posse da diretoria atual, no prazo de 10 (dez) dias.

Cumprida a determinação, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal.

Brasília, 29 de julho de 2013.

MARIA CÂNDIDA CARVALHO MONTEIRO DE ALMEIDA

Juíza Federal Substituta da 17ª Vara da SJDF
no exercício da titularidade

[1] “Art. 75. Cabe recurso ao Conselho Federal de todas as decisões definitivas proferidas pelo Conselho Seccional,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Processo Nº 0038630-91.2013.4.01.3400 - 17ª VARA FEDERAL

quando não tenham sido unânimes ou, sendo unânimes, contrariem esta lei, decisão do Conselho Federal ou de outro Conselho Seccional e, ainda, o regulamento geral, o Código de Ética e Disciplina e os Provimentos.”

[2] *O novo mandado de segurança*, São Paulo: Saraiva, p. 16.

[3] Nelson Nery Jr., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 138.

[4] Maria Sylvia Zanella di Pietro, p. 211.

[5] *Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 513.

[6] In http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf, p. 21.

[7] *Idem*, p. 21.

[8] *Idem*, p. 23.

[9] *Idem*, p. 22.

[10] *Idem*, p. 21.

[11] *Idem*, p. 24.

[12] Apud *Dicionário de Ciências Sociais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1987, p. 492.

[13] *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 5.