



Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

PARECER JURÍDICO À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO,
LEGISLAÇÃO, JUSTIÇA E REDAÇÃO.

PROJETO DE LEI ORDINÁRIA Nº 90/2018.

VEREADOR: MARCO ANTÔNIO DA FONSECA

Trata-se de parecer ao Projeto de Lei Ordinária, que **Dispõe sobre o Sistema de Registro de Declarações, estabelece a vedação ao Nepotismo e à nomeação e designação de pessoas condenadas por atos ilícitos para o preenchimento de funções de confiança e cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, além da transparência e publicidade de informações quanto às contratações e gastos com pessoal dos Poderes Executivo e Legislativo e das Entidades subvencionadas pelo Município, e dá outras providências.**

Analisando a propositura, sobre o aspecto da iniciativa, não vislumbramos vício, posto que leis de iniciativa reservada são aquelas previstas nos artigo 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII 166 e 174 da Constituição Federal, pois não se refere a regime jurídico dos servidores públicos, sendo portanto, projeto de lei deste “jaez”, de competência concorrente, conforme bem explicitado pela consultoria do Igam.

Sobre o aspecto da constitucionalidade, entendemos que vários dispositivos do projeto em análise são inconstitucionais.

O artigo 7º, sem sombras de dúvidas é inconstitucional, conforme bem observou o consultor jurídico do Igam, ao impor o lugar para o protocolo de declaração de bens, sendo que também impõe ônus ilegítimo ao Poder Executivo.

O artigo 12 e 16, pretende instituir o nepotismo nas entidades que recebem verbas e repasses, subvenções ou que mantiverem termo de fomento ou de colaboração com o Município ou de qualquer outra forma, percebam verbas municipais e repasses da União e do Estado.





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

Tal imposição é totalmente inconstitucional, pois, não pode se intervir na iniciativa privada, e o simples fato de receberem recursos públicos não as tornam subordinadas ao Poder Executivo, considerando que sua administração é de iniciativa privada, não tendo qualquer vínculo jurídico com o Poder Executivo ou Legislativo.

Sucintamente, o artigo 12 e o artigo 16, do Projeto de Lei, são inconstitucionais, considerando que as entidades privadas não são subordinadas ao Poder Executivo, não podendo a elas impor estes tipos de obrigações (promova a rescisão de vínculo contratual no prazo de trinta dias), violando o princípio da separação dos poderes.

No mesmo sentido é o artigo 21, que impõe obrigações ao Poder Executivo, sendo vedado por similitude Constitucional:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo o Executivo e o Judiciário.

A Constituição Estadual de São Paulo dispõe:

Art. 5º - São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

§ 1º É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

Quanto a vedação ao nepotismo, verifica-se inconstitucionalidade dos artigos 12 e 13.

Quanto ao artigo 12, já foi devidamente explicitado nos termos acima.

Quanto ao artigo 13, tenta impor o legislador uma situação não prevista na Súmula vinculante de nº 13 do STF, exaustivamente citada nos autos.

Registre-se, nesse passo, que não há, na Constituição Federal, proibição expressa da prática de nepotismo, sendo a vedação extraída pelo Supremo Tribunal Federal, Corte com a competência constitucional de interpretá-la, a partir da exegese dos princípios norteadores da Administração Pública (artigo 37, *caput*).





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

Doutrina:

3 ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo descomplicado*. 23^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo. 2015. Pgs. 118-119.

No entanto, avançando no exame do tema, a inclusão do cargo de **Secretário Municipal** dentre os cargos cuja contratação é coibida em caso de nepotismo, não se alinha com a compreensão da matéria exarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Como é cediço, o cargo de Secretário Municipal possui natureza política, que se mostra essencialmente relacionada ao grau de fidúcia qualificada necessariamente existente entre a autoridade nomeante, o respectivo Chefe do Poder Executivo, e seu ocupante.

Sobre os agentes políticos, ensina Marcelo Alexandrino³: ***Os agentes políticos são os integrantes dos mais altos escalões do Poder Público, aos quais incumbe a elaboração das diretrizes de atuação governamental, e as funções de direção, orientação e supervisão geral da administração pública.***

As principais características dos agentes políticos são:

- a) sua competência é haurida da própria Constituição;*
- b) não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral;*
- c) normalmente são investidos em seus cargos por meio de eleição, nomeação ou designação;*
- d) não são hierarquizados (com exceção dos auxiliares imediatos dos chefes dos Executivos), sujeitando-se, tão somente, às regras constitucionais.*

São agentes políticos os chefes do Executivo (Presidente de República, governadores e prefeitos), seus auxiliares imediatos (ministros, secretários estaduais e municipais) e os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores). Alguns autores enquadram, também, como agentes políticos os membros da magistratura (juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores) e os membros do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores da República).





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

Desse modo, as disposições contidas no enunciado da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal não são aplicáveis aos cargos políticos, entre os quais os cargos de Secretário Municipal.

Leciona Matheus Carvalho4:

4 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm. 2017. pgs. 820-821.

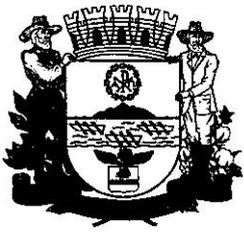
É importante ressaltar que as Súmulas Vinculantes têm o poder de determinar a atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário, entretanto não vincula a atuação política de Estado, ou seja, os atos políticos praticados pelo ente público não se sujeitam às regras definidas nas orientações judiciais.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de inaplicabilidade da vedação ao nepotismo quando se tratar de nomeação de agentes para o exercício de cargos políticos, como é o caso de secretário ou de ministro de estado, situação na qual a nomeação do parente não encontra óbice, desde que o sujeito tenha condições técnicas de exercer o múnus público a ele transferido por meio da nomeação. O julgado tratou de situação na qual o prefeito de determinado município nomeou seu irmão (parente de segundo grau civil na linha colateral) para o exercício do cargo de Secretário de Transporte.

Em idêntico toar, os seguintes precedentes da Corte Suprema:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NOMEAÇÃO DE PARENTE PARA CARGO PÚBLICO DE NATUREZA POLÍTICA. DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE 13. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do STF preconiza que, ressalvada situação de fraude à lei, a nomeação de parentes para cargos públicos de natureza política não desrespeita o conteúdo normativo do enunciado da Súmula Vinculante 13. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 825.682 AgR/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 10/02/2015).





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

*Reclamação – Constitucional e administrativo – Nepotismo – Súmula vinculante nº 13 – Distinção entre cargos políticos e administrativos – Procedência. 1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos. 2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. 3. **Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13.** 4. Reclamação julgada procedente (Rcl 7.590/PR, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 30/09/2014) **AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido (Rcl 6.650 MC-AgR/PR, STF, Tribunal Pleno, Rel. min. Ellen Gracie, j. 16/10/2008)***

Também o Tribunal Pleno Estadual assim se manifestou:





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL DE TRÊS PASSOS QUE DISPÕE SOBRE O NEPOTISMO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA. CONCORRÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF. ART. 20, §5º DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VÍCIO CONSTITUCIONAL MATERIAL APENAS NO QUE SE REFERE A INAPLICAÇÃO DA SÚMULA E CONSTITUIÇÃO ESTADUAL AOS CARGOS POLÍTICOS. SECRETÁRIO MUNICIPAL. PERDA DE OBJETO. INCISO REVOGADO. DURANTE TRAMITAÇÃO DA LIDE. LIMINAR DEFERIDA EM AGRAVO REGIMENTAL TORNADA DEFINITIVA. - O STF já decidiu em Recurso Repetitivo que não há vício de iniciativa em Projeto de Lei emanado do Poder Legislativo envolvendo a matéria nepotismo, uma vez que possui conteúdo normativo que realiza os princípios da moralidade e da impessoalidade previstos no artigo 37, caput, da Constituição da República, de aplicabilidade imediata, independente até mesmo de lei. - Inexiste inconstitucionalidade na maioria dos incisos da Lei Municipal objeto da ação, especialmente, quando trata do parentesco mencionado, uma vez que está de acordo com a Constituição Estadual e não consagra qualquer afronta à Constituição Federal, inclusive, no que respeita às regras atinentes à licitação e contratações. - **Reconhecida a inconstitucionalidade parcial da norma, uma vez que não se aplica a Súmula Vinculante nº 13 do STF quando se tratar de nomeação para cargo de natureza política, como é o caso de secretário municipal. Adequação à Precedentes do STF. - Perda superveniente parcial do objeto, diante da extinção da ação atinente ao art. 7º, que teve revogação expressa durante o trâmite da ação. EXTINÇÃO DO PEDIDO PELA PERDA PARCIAL DO OBJETO COM RELAÇÃO AO ARTIGO 7º DA LEI MUNICIPAL E NO MAIS, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70067077313, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 12/12/2016)**

Pela pertinência, transcrevem-se excertos do voto do Relator, Desembargador Gelson Rolim Stocker, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7006077313 adrede mencionada:





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

Entretanto, de outro modo, no que tange aos incisos II e III do art. 2º, nos termos do já manifestado no Agravo Regimental nº 70067658492 interposto durante o tramite da presente ADIN, merece atendimento o pleito inicial.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a idéia envolvendo nepotismo não se aplica aos cargos de natureza política, de que é exemplo o julgamento proferido já em 2008, na Rcl 6.650 MC-AgR/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO.

- 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política.*
- 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008.*
- 3. Ocorrência da fumaça do bom direito.*
- 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada.*
- 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura.*
- 6. Agravo regimental improvido.*

Do voto da então Ministra Relatora, extrai-se o seguinte excerto: “Naquela ocasião, assentou-se que a nomeação de parentes para cargos políticos não configuraria afronta aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, tendo em vista a sua natureza eminentemente política. A Súmula Vinculante nº 13 se encontra assim redigida: ‘(...)’. As nomeações para cargos políticos não se subsumem às hipóteses elencadas nessa súmula.





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

Daí a impossibilidade de submissão do caso do reclamante, nomeação para o cargo de Secretário Estadual de Transporte, agente político, à vedação imposta pela Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza eminentemente política”.

A situação vem se mantendo ao longo dos anos e o entendimento persiste até os dias atuais, conforme se percebe das ementas a seguir colacionadas: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE PINTO BANDEIRA. PREFEITO MUNICIPAL E ESPOSA. 1. Sujeição dos agentes políticos à lei 8.429/92. Inexistência de inconstitucionalidade formal e material.

2. Chefe do Executivo Municipal que, incorrendo em prática de nepotismo, nomeia a esposa Secretária Municipal. Inaplicabilidade, porém, da Súmula Vinculante nº 13, pois esta não abrange cargo político. Orientação do STF. 3. No entanto, a não incidência da Súmula, por si só não exclui o cometimento de improbidade administrativa. Caso em que a nomeação da esposa ocorreu quando já em adiantada gravidez, logo lhe sendo concedida licença-maternidade pelo próprio marido prefeito, restando evidente que tal não ocorreu para ser Secretária, mas como artifício para gozar a licença-maternidade, haja vista que, em seguida ao seu término, a esposa pediu exoneração. 4. Sancionamentos adequadamente estabelecidos na sentença. Observância dos princípios da suficiência e pertinência. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70066018607, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 15/06/2016)

AGRAVO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO NA FORMA MONOCRÁTICA, FORTE NA REGRA DO ART. 557 DO CPC. Tratando-se de matéria compreendida entre as hipóteses do art. 557 do CPC, havendo posição da Câmara e do STF sobre o tema, autorizado estava o Relator ao julgamento singular. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DO IRMÃO DO PREFEITO PARA O CARGO DE SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS E VIAÇÃO INTERIOR. NEPOTISMO. INOCORRÊNCIA.





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

CARGO POLÍTICO. *Tratando-se de cargo político, não há nepotismo na nomeação do irmão do Prefeito do Município de Brochier para exercer o cargo de Secretário Municipal de Obras e Viação Interior, ausente violação aos princípios contidos no art. 37, "caput", da Constituição Federal, sendo inaplicável a Súmula Vinculante nº 13 do STF. Precedentes do TJRS e STF. Agravo desprovido. (Agravo Nº 70056817703, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 10/10/2013)*

Portanto, não restam dúvidas que as regras atinentes ao nepotismo não são aplicadas aos cargos políticos, incluindo-se os cargos de secretários municipais, mostrando-se, portanto, inconstitucionais os incisos o teor dos incisos II e III do art. 2º da Lei Municipal nº 5.126/2015.

Evidentemente, esse posicionamento não se presta a legitimar casos em que a nomeação tenha a intenção clara de fraudar à lei, como ocorre, por exemplo, quando comprovada a inaptidão do nomeado para o cargo ou a troca de favores, o que, sem sombra de dúvidas, ensejaria a adoção das medidas pertinentes no caso concreto, mas que, todavia, refogem à restrita seara da ação direta de inconstitucionalidade. Como consabido, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o exame cinge-se exclusivamente ao cotejo do texto da norma impugnada com o ordenamento constitucional.

Portanto, o legislador local pretende ir além da Súmula vinculante, qual seja, proibir o que a Súmula não proibiu, muito pelo contrário, pois, do STF já se manifestou que os casos de nepotismo têm de ser analisados caso a caso, e sem tem de ser analisado caso a caso, para verificar se o agente político está qualificado para o cargo de Secretário, se agente possui moralidade (Lei da Ficha Limpa), e se não se verifica o ajuste mediante designações recíprocas e fraude à Lei.

Quanto às Jurisprudências colacionadas aos autos, entendemos que não se coadunam ao caso da presente propositura, pois, vejamos:

A Jurisprudência do Município de Altair, conforme se denota pela sua simples leitura perfunctória, o que não se admite é que a lei crie a exceção do Prefeito nomear livremente os Secretários Municipais, pois a Súmula





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

vinculante não excluiu os agentes políticos, mas também não autorizou que as nomeações fossem feitas sem qualquer critério. **(deve ser reconhecida a inconstitucionalidade material da expressão “exceto para o cargo de agente político de Secretário Municipal”).**

Assim, o que não se admite é que a Lei Municipal crie exceção não prevista na Súmula vinculante,

A jurisprudência da cidade de Fernandópolis, também é no mesmo sentido, pois o relator assim dispõe: *Quanto à vedação de nomeação em razão de parentesco com agentes políticos e equiparado, previsão expressa no inciso I do artigo 2º da Lei, cabem as seguintes considerações.*

Portanto, s.m.j. a Lei declarada constitucional em parte, trata de vedação de parentesco entre os agentes políticos e os cargos em comissão.

Tanto isso é verdade que na parte final da Jurisprudência assim se declarou:

Diante do exposto, dou provimento parcial à presente direta de inconstitucionalidade para declarar:

- a) Seja reconhecida a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do artigo 4º da Lei 4.469, de 20 de abril de 2016, do Município de Fernandópolis, excluindo-se da hipóteses ali previstas, os caso de nomeações para ocupar cargos de natureza política, ou aqueles em que o servidor (efetivo ou não) já exercia cargo em comissão ou de confiança ou função gratificada antes de seu parente ser eleito ou nomeado, ou, ainda, quando do casamento, ou do início da união estável for posterior ao tempo em que os cônjuges ou companheiros já estavam no exercício dos cargos ou funções, em situação que não caracteriza ajuste prévio, nos termos do Enunciado nº 01 do Conselho Nacional de Justiça e, b) declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 4.469, de 20 de abril de 2016.*





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

Destarte, se o artigo 4º dispõe que o Prefeito, Presidente da Câmara e demais autoridades promovam a exoneração dos cargos em comissão, nas hipóteses do Art. 2º, e se está se excluindo os casos de nomeação para ocupar cargos de natureza política, que remete ao artigo 2º, resta lógico que estão excluídos da lei, a exoneração de cargos de natureza política, que deverão ser analisados caso a caso.

A Jurisprudência de Cerqueira César não inclui casos de agentes políticos.

A Jurisprudência da cidade de Santos não é pertinente ao caso, haja vista, tratar-se de lei de servidor estatutário.

A Jurisprudência da cidade de Santa Isabel não dispõe sobre agentes políticos, conforme Lei que segue anexa, tratando-se de pessoas que se enquadrem em condições de inelegibilidade.

A Jurisprudência do Município de Mirassol refere-se sobre a nomeação de cargos em comissão estabelecendo restrições quando das nomeações, as regras da Lei da Ficha Limpa, a do Município de Anhembi Echaporã são no mesmo sentido.

DA JURISPRUDÊNCIA MAIS RECENTE DO MUNICÍPIO DE LINS.

Registro: 2017.0000404342

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2248791-26.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LINS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LINS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM AS PRELIMINARES E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULO, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS E MOACIR PERES. São Paulo, 31 de maio de 2017.**FERREIRA RODRIGUESRELATOR**





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2248791-26.2016.8.26.0000 Requerente: Prefeito do Município de Lins Requerido: Presidente da Câmara Municipal de Lins **1 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Impugnação do parágrafo único, do artigo 80-A, da Lei Orgânica do Município de Lins, introduzido pela Emenda nº 93, de 19 de abril de 2010, de iniciativa parlamentar, que ao vedar o nepotismo nas hipóteses descritas no "*caput*", estendeu essa proibição às nomeações para cargos políticos.

2 - PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. Rejeição. **2.1.** Embora confusa, a petição inicial atende o requisito do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **2.2.** A deficiência na indicação dos dispositivos constitucionais violados não implica no reconhecimento de inépcia, porque na ação direta de inconstitucionalidade vige o "*princípio da causa petendi aberta*", ou seja, "*o Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial*" (Adin nº 2.396-MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26/09/2001). **2.3.** Alegação de que a petição inicial, apesar de invocar vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes, impugnou (sob esse fundamento) **apenas um dos preceitos que integram o sistema normativo** (aquele contido no parágrafo único do art. 80-A referente à extensão da vedação do nepotismo às nomeações para cargos políticos), **sem questionar a validade do caput**, que abrange a vedação do nepotismo em relação aos cargos administrativos (e que também estariam sujeitos àqueles vícios de inconstitucionalidade). **Irrelevância.** Pedido (parcial) que não configura situação de inépcia porque, nesse caso, o *caput* do dispositivo (que não foi impugnado com base naquele fundamento) poderia, em tese, subsistir de forma autônoma, independentemente do reconhecimento de inconstitucionalidade do parágrafo único (e sem prejuízo de sofrer impugnação em ação própria). Ou, se não pudesse subsistir de forma autônoma (por qualquer outro motivo) estaria sujeito, em tese, à declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Ademais, como já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, "*a instrumentalidade do processo e o acesso à Justiça, em detrimento do apego exagerado ao formalismo, autorizam a aplicação da melhor interpretação possível dos comandos processuais, para se permitir o equilíbrio na análise do direito material...*" (REsp 677044/RS, Rel. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 15/09/2005).

3 MÉRITO. 3.1. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Rejeição. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 183.952/RS (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 24.05.2002), a Suprema Corte reconheceu a ausência de vício formal em casos dessa natureza, envolvendo leis de iniciativa parlamentar **dispondo sobre vedação à prática do nepotismo.** E, mais recentemente, em 11/12/2014, apreciando o tema 29 da Repercussão Geral reconhecida no RE 570.392/RS, nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia, a Suprema Corte deu provimento ao recurso para firmar a tese de que "*não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, caput, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independe de lei. Precedentes. Súmula Vinculante n. 13*".





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

3.1. **OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.** Rejeição. É certo que, nessa matéria (referente à proibição do nepotismo), o Supremo Tribunal Federal tem feito distinção entre **cargos administrativos** e **cargos políticos** para enfatizar que a proibição (estabelecida na Súmula Vinculante nº 13) alcança somente os primeiros (RE nº 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/10/2008). É importante considerar, entretanto, que nesse mesmo julgamento, o Ministro Cezar Peluso ressaltou a possibilidade de configuração de “*nepotismo cruzado*” em relação aos cargos políticos. E, com base nessa ressalva (e citando outros precedentes do STF), o Ministro Roberto Barroso também não descartou essa possibilidade no julgamento da Reclamação nº 17.627/MC-RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08/05/2014. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal adotou o mesmo posicionamento, decidindo que “*em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual 'troca de favores' ou fraude à lei*” (Reclamação nº 7.590/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/09/2014). É a mesma observação feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Reclamação nº 6650-MC/AgR/PR, daí o reconhecimento de que a norma, nesse contexto, não desborda dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4 - Mas, se por um lado existe esse entendimento no sentido de não descartar a possibilidade de ocorrer nepotismo nas nomeações para cargos políticos (em casos específicos de fraude), por outro lado não se pode ignorar a existência carga interpretativa que também possibilita um entendimento contrário, como aquele defendido pelo autor. Assim, considerando a dubiedade de interpretação, é caso de aplicação da técnica da **interpretação conforme a Constituição**, porque havendo espaço para entendimentos diversos, é possível dar à norma o sentido adequado ao texto constitucional.

5 - Ação julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme a Constituição no sentido de que a proibição de nepotismo a que se refere o **parágrafo único** do artigo 80-A da Lei Orgânica do Município de Lins (envolvendo nomeações para cargos políticos) deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar eventual 'troca de favores' ou fraude à lei, conforme tem entendido o Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **PREFEITO MUNICIPAL DE LINS**, com pedido de liminar, tendo por objeto o **parágrafo único** do artigo 80-A, da Lei Orgânica do Município de Lins, introduzido pela Emenda nº 93, de 19 de abril de 2010, de **iniciativa parlamentar**, que ao vedar o nepotismo nas hipóteses descritas no “*caput*”, **estendeu essa proibição às nomeações para cargos políticos**. O autor alega a existência de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes, sustentando, ainda, que “*a proibição inserta na Súmula Vinculante nº 13 não se estende aos denominados cargos políticos, ou seja, não se estende a nomeação de Secretários Estaduais, Ministros de Estado e Secretários Municipais*” (fl. 08).

Não houve deferimento de liminar (fls. 47/48).





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

O Presidente da Câmara Municipal foi notificado e prestou informações a fls. 76/101. O Procurador Geral do Estado foi citado e apresentou manifestação a fls. 135/136, alegando que a lei impugnada versa sobre matéria exclusivamente local, motivo por que não tem interesse na causa. A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 121/132, opinou pela improcedência da ação.

É o relatório.

Embora confusa, a petição inicial permite compreensão no sentido de que a representação de inconstitucionalidade restringe-se ao parágrafo único do art. 80-A, da Lei Orgânica do Município de Lins, porque esse dispositivo, introduzido pela Emenda 93/2010, de iniciativa parlamentar, teria violado regra de competência legislativa (art. 24, § 2º, e art. 144 da Constituição Estadual) e, ainda **ao estender a vedação de nepotismo às nomeações para cargos políticos** teria violado o princípio da separação dos poderes (art. 5º da Constituição Estadual) e contrariado a orientação da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal.

Assim, atendido o requisito do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, fica rejeitada a preliminar de **inépcia da petição inicial**, mesmo diante dos demais argumentos da douta Procuradoria de Justiça.

É verdade que o pedido ficou limitado ao parágrafo único do art. 80-A, quando o correto **pela fundamentação referente ao vício de iniciativa e violação do princípio da separação dos poderes** deveria abranger todo texto do dispositivo, mas, essa falha (anotada pela douta Procuradoria de Justiça) não induz no reconhecimento de inépcia, pois, diferentemente do precedente indicado a fl. 124, a redação do caput do art. 80-A da Lei Orgânica do Município, poderia, em tese, subsistir de forma autônoma, independentemente de eventual reconhecimento de inconstitucionalidade do seu parágrafo único (e sem prejuízo de sofrer impugnação em ação própria). Ou, se não pudesse subsistir (de forma autônoma), estaria sujeito à declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Já a deficiência na indicação do dispositivo constitucional violado também não implica no reconhecimento de inépcia, porque na ação direta de inconstitucionalidade vige o "*princípio da causa petendi aberta*", ou seja, "*o Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial*" (Adin n.º 2.396-MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26/09/2001).

No mérito, a ação procede em parte.

O dispositivo acoimado de inconstitucional é aquele constante do documento de fl. 66, redigido da seguinte forma (com destaque em negrito):





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

"Art. 1º. Fica acrescentado artigo na Lei Orgânica do Município, com a seguinte redação:

'Art. 80-A. É vedada a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores, 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 Municipal direta e indireta, inclusive fundacional, dos Poderes Executivo e Legislativo, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, por violar a Constituição Federal.

Parágrafo único. A vedação prevista no 'caput' deste artigo é extensiva à nomeação para cargos políticos das autoridades mencionadas'.

Art. 2º. Esta Emenda entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 3º. Revogam-se as disposições em contrário".

O autor questiona a constitucionalidade desse dispositivo alegando, em primeiro lugar, a existência de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes. É importante considerar, entretanto, que as leis de iniciativa reservada são aquelas indicadas nos artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da Constituição Estadual (aplicados aos municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma legal), sendo as demais de competência ordinária (ou concorrente) do Legislativo, inclusive a norma aqui impugnada que, aliás, não envolve atos de gestão administrativa, nem aborda questão referente ao regime jurídico dos servidores.

Na verdade, diferentemente de estabelecer simples **requisitos** para preenchimento de cargos públicos, a lei impugnada, em plano bem mais abrangente (**ao vedar o nepotismo**), está com base no princípio da moralidade administrativa - impondo **condições** para o exercício desses cargos, ou seja, a finalidade da norma está orientada pelo respeito à coisa pública (sem qualquer interferência no regime jurídico dos servidores públicos), motivo pelo qual não se compreende porque a iniciativa legislativa, em casos dessa natureza, haveria de ser atribuída exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo.





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, “a iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca” (ADI-MC 724/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/04/2011).

Em caso mais específico, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 183.952/RS (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 24.05.2002), decidiu-se pela ausência de vício formal em leis de iniciativa parlamentar dispondo sobre vedação à prática do nepotismo. E, mais recentemente, em 11/12/2014, apreciando o tema 29 da Repercussão Geral reconhecida no RE 570.392/RS, nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia, a Suprema Corte deu provimento ao recurso para firmar a tese de que “*não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, caput, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independe de lei. Precedentes. Súmula Vinculante n. 13*”.

A partir dessa orientação, aliás, este C. Órgão Especial tem afastada a alegação de vício de iniciativa em casos semelhantes (ADIN nº 2096955-06.2016.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 21/09/2016), daí porque fica rejeitada (também neste caso) a alegação de inconstitucionalidade sob esse aspecto.

O outro fundamento invocado pelo autor para pleitear o reconhecimento de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 80-A da Lei Orgânica do Município é o de que a proibição inserta na Súmula Vinculante nº 13¹ não se estende aos denominados **cargos políticos**, ou seja, não se estende a nomeação de Secretários Estaduais, Ministros de Estado e Secretários Municipais (fl. 08). O dispositivo impugnado, assim, estaria criando restrições abusivas (no que se refere aos cargos políticos de livre nomeação e exoneração), em afronta ao princípio da razoabilidade.

¹ “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”

É certo que, nessa matéria (referente à proibição do nepotismo), o Supremo Tribunal Federal tem, realmente, feito distinção entre cargos administrativos e cargos políticos para enfatizar que a proibição (estabelecida na Súmula Vinculante nº 13) alcança somente os primeiros.





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

Por exemplo, no julgamento do RE nº 579.951/RN (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/10/2008), que deu origem à edição da mencionada Súmula Vinculante nº 13, o Ministro Ayres Brito deixou assentado que *“a proibição do nepotismo arranca, decola, deriva diretamente dos princípios do artigo 37, que são princípios extensíveis a toda a Administração Pública de qualquer dos Poderes, de qualquer das pessoas federadas. Tudo isso na vertente, na perspectiva de cargos em comissão e funções de confiança, que têm caráter apenas administrativo, e não caráter político”*.

No mesmo sentido ponderou o Ministro Gilmar Mendes:

“Também eu já havia intuído a necessidade de uma ressalva em relação às funções de natureza eminentemente política. É tradição mundial a de Jhon e Bob Kennedy e, no próprio plano nacional, muitas vezes parentes ou irmãos fazem carreiras paralelas e estabelecem um plano eventual de cooperação temos governadores e secretários de Estado -, sem que haja qualquer conotação de nepotismo. Parece-me que devemos, então, ter cuidado quanto à fixação”.

É importante considerar, entretanto, que nesse mesmo julgamento, o Ministro Cezar Peluso ressaltou a possibilidade de configuração de *“nepotismo cruzado”* em relação aos cargos políticos, conforme transcrição que segue:

“...Então, a menos que essa era a ressalva que faço se tratasse do chamado 'favor cruzado', isto é, que o prefeito tivesse nomeado, como secretário, o irmão de vereador e este, na Câmara, tivesse, de algum modo, nomeado para a Câmara Municipal um parente do Prefeito, eu veria, ai sim, característica típica do chamado 'nepotismo cruzado', que me parece alcançado pela regra da impessoalidade”.

E, com base nessa ressalva (e citando outros precedentes do STF), o Ministro Roberto Barroso também não descartou essa possibilidade:

“...Em princípio, a questão parece enquadrar-se no teor da Súmula Vinculante nº 13: o interessado é parente de segundo grau, em linha colateral, da Vice-Prefeita do Município que, embora não seja a autoridade nomeante, encaixa-se na categoria de “servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento”, se compreendida de forma ampla. Resta saber, portanto, se a circunstância de se tratar de cargo de natureza política impediria a incidência do enunciado. 6. Na Rcl 6.650 MCAgR/ PR (Rel. Min. Ellen Gracie), esta Corte afirmou a “[i]mpossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política”. No entanto, não se pode perder de vista que se estava em sede cautelar, de modo que a matéria não foi conhecida de forma exauriente e aprofundada. Tanto assim que, nessa ocasião, alguns Ministros observaram que a caracterização do nepotismo não estaria afastada em todo e qualquer caso de nomeação para cargo político, cabendo examinar cada situação com a cautela necessária...” (Reclamação nº 17.627/MC-RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08/05/2014).





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal adotou o mesmo posicionamento, decidindo que "em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual 'troca de favores' ou fraude à lei" (Reclamação nº 7.590/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/09/2014). É a mesma observação feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Reclamação nº 6650-MC/AgR/PR:

"Por ocasião do julgamento 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."

Mas, se por um lado existe esse entendimento (no sentido de não descartar a possibilidade de ocorrer nepotismo nas nomeações para cargos políticos), por outro lado não se pode ignorar a existência carga interpretativa que também possibilita um entendimento contrário, como aquele defendido pelo autor (no sentido de que "a proibição inserta na Súmula Vinculante nº 13 não se estende aos denominados cargos político").

Assim, considerando a dubiedade de interpretação, é caso de aplicação da técnica da **interpretação conforme a Constituição**, porque havendo espaço para entendimentos diversos, é possível dar à norma o sentido adequado ao texto constitucional. De fato, como ensina LUÍS ROBERTO BARROSO, "havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carregam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor" ("Interpretação e Aplicação da Constituição". Ed. Saraiva/SP, 1998, p. 164 165).

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeitam-se as preliminares e julga-se parcialmente procedente a ação para conferir interpretação conforme a Constituição no sentido de que a proibição de nepotismo a que se refere o parágrafo único do artigo 80-A da Lei Orgânica do Município de Lins (envolvendo nomeações para cargos políticos) deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar eventual 'troca de favores' ou fraude à lei, conforme atual orientação do Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 7.590/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/09/2014).

FERREIRA RODRIGUES
Relator





Câmara Municipal

da Estância Turística de Ibitinga - SP

- Capital Nacional do Bordado -

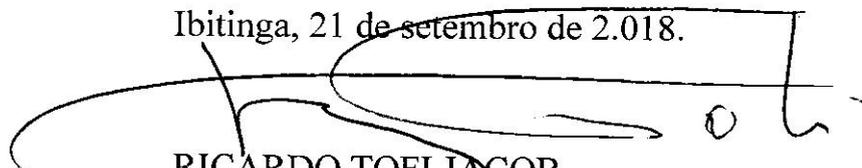
Para não sermos enfadonhos, pedimos a juntadas das Adins de nº 2248791-26.2016.8.26.000 julgada em maio de 2017, nº 994.09.228993-3, nº 209655-06.2016.8.26.0000, nº 0000434.2017.8.26.0000 todas do TJSP e ainda Adin nº 1.188.418-1 do TJPR.

Ponto finalizando, verificamos vício de inconstitucionalidade nos artigo 12, 13, inciso I, e seu parágrafo único, artigo 16, artigo 17.

Também compartilhamos do entendimento do consultor do Igam, no sentido de que o projeto de Lei deva ser cindido e trabalhado em separado, nos termos do artigo 7º, da Lei Complementar, nº 95/1998.

Assim, compartilhando do entendimento do consultor do IGAM, exaro parecer contrário à tramitação do Projeto de Lei nº 90/2.018, pelos vícios apontados, sem embargos de eventuais posicionamentos divergentes, que respeitamos.

Ibitinga, 21 de setembro de 2.018.



RICARDO TOFI JACOB
DIRETOR JURÍDICO

