



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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 RODRIGUES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 32.042

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 n.º 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*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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”*.

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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).

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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):

"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".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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.

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),



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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),

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”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

em afronta ao princípio da razoabilidade.

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.

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

algum modo, nomeado para a Câmara Municipal um parente do Prefeito, eu veria, aí 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 MC-AgR/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).

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:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“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 carreavam 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Toffoli, j. 30/09/2014).

FERREIRA RODRIGUES

Relator