

# jusbrasil.com.br

17 de Setembro de 2018

**Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Direta de Inconstitucionalidade : ADI 00004349620178260000 SP 0000434-96.2017.8.26.0000 - Inteiro Teor**

## Inteiro Teor

### PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2017.0000495923**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 0000434-96.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FERNANDÓPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FERNANDÓPOLIS.

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

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PAULO DIMAS

MASCARETTI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES,  
FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO  
**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO  
SARTORELLI, CARLOS BUENO, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO,  
BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE,  
AMORIM CANTUÁRIA, SILVEIRA PAULILO, WALTER DA SILVA, MARIA  
LÚCIA PIZZOTTI E ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 5 de julho de 2017.

**XAVIER DE AQUINO**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**  
**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº**  
**0000434-96.2017.8.26.0000**

**AUTOR (S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FERNANDÓPOLIS**

**RÉU (S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE**  
**FERNANDÓPOLIS**

**COMARCA: São Paulo (Órgão Especial)**

**VOTO Nº 30.258**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 4.566, de 22 de dezembro de 2016, do Município de Fernandópolis, de iniciativa parlamentar, que alterou os incisos I e II e o § 1º do artigo 2º da Lei Municipal nº 4.469, de 20 de abril de 2016, que veda a prática do nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal e dá outras providências, excepcionando das hipóteses de nepotismo as nomeações e designações para ocupação de cargos de natureza política.**

**Julgamento da ADI 2096955-06.2016.8.26.0000 pelo C. Órgão Especial que enfrentou a questão da exceção à regra da nomeação por nepotismo, dos elencados no inciso I do artigo 2º da Lei n 4.469/2016, v.g., cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo, por adoção ou afinidade, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, “dos agentes políticos municipais ou equiparados”, decidindo pela constitucionalidade do dispositivo de vedação. Verificação de eventual fraude, nomeação cruzada ou troca de favores que deve ser feita perante o caso concreto, não se justificando a autorização geral e irrestrita ao nepotismo, vedado pela Súmula 13 da Corte Suprema.**

**“... é que a redação do verbete não prevê a exceção mencionada e esta, se vier a ser reconhecida, dependerá da avaliação colegiada da situação concreta descrita nos autos, não cabendo ao relator antecipar-se em conclusão contrária ao previsto na redação da súmula ... (Rcl 12478 MC STF)**

**Ação procedente, com observação.**

Trata-se de ação direta de

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inconstitucionalidade da Lei nº 4.566, de 22 de dezembro de 2016, do Município de Fernandópolis, de iniciativa parlamentar, que alterou os incisos I e II e o § 1º do artigo 2º da Lei Municipal nº 4.469, de 20 de abril de 2016, que veda a prática do nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal e dá outras providências. Alega o autor que a norma impugnada alterou dispositivos da Lei Municipal nº 4.469/2016 que veda a prática de nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal, sendo inconstitucional o trecho inserto no § 1º do artigo 2º da norma que excepcionou das situações de nepotismo “as nomeações e designações para ocupação de cargos de natureza política”; acrescenta que ação direta julgada por esta Relatoria, processo n 2096955-06.2016.8.26.0000, analisou a constitucionalidade da lei nº 4.469/2016, entendendo pela impossibilidade de exclusão de cargos políticos quanto à incidência do nepotismo, mantendo a redação original da norma ali analisada; a nova redação dada ao § 1º do artigo 2º da Lei 4469/2016 pela lei aqui guerreada afronta a Súmula Vinculante 13 do E. STF e os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, posto que a nomeação para cargos de natureza política, sem a observância dos incisos I e II do art. 2º da Lei 4.469 não atende à finalidade do interesse público e consiste no vedado nepotismo que afronta o artigo 111 da Constituição Estadual e 37 da Carta Magna.

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Processada sem liminar prestou informações o Presidente da Câmara Municipal de Fernandópolis (fls. 42/49).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência da ação (fls.57/70).

É o relatório.

A ação é procedente.

Trata-se de ação declaratória de inconstitucionalidade parcial do artigo 1º da Lei nº 4.566, de 22 de dezembro de 2016 que alterou o § 1º do artigo 2º da Lei nº 4.469, de 20 de abril de 2016, excepcionando das hipóteses de nepotismo as nomeações e designações para ocupação de cargos de natureza política.

O autor alega, entre outros argumentos, que em ação direta julgada por esta Relatoria, processo n 2096955-06.2016.8.26.0000, foi analisada a questão da inconstitucionalidade de dispositivos da lei nº 4.469/2016, entendendo o C. Órgão Especial pela impossibilidade de exclusão de cargos políticos quanto à incidência do nepotismo, mantendo-se a redação original da norma ali atacada.

Este é o texto do artigo 1º da Lei nº 4.566, de 20 de dezembro de 2016:

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Art. 1º** “Ficam alterados os incisos I e II e o § 1º do Art. 2º da Lei Municipal nº 4.469 , de 20 de abril de 2016, que passam a ater a seguinte redação:

"Art. 2º ...

§ 1º Ficam **excepcionadas** das hipóteses previstas nos incisos I e II deste artigo, as nomeações de servidores ocupantes de cargo singelamente administrativos, de provimento efetivo, admitidos por concurso público, **bem como as nomeações e designações para ocupação de cargos de natureza política** , ressaltando-se, neste último caso, as situações de inequívoca e manifesta ausência de qualificação técnica ou idoneidade moral do nomeado.

O § 1º do artigo 2º da Lei nº 4.469/2016 tinha sua redação original nos seguintes termos:

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

...

§ 1º. Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I e II deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras administrativas admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do

## **PODER JUDICIÁRIO**

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cargo de origem, a qualificação profissional do servidor, a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação **para servir subordinado dos agentes políticos municipais ou equiparados ou servidor determinante da incompatibilidade .”**

Na oportunidade do julgamento da ADI 2096955-06.2016.8.26.0000, de minha Relatoria, este C. Órgão Especial enfrentou a questão da exceção à regra da nomeação por nepotismo, dos elencados no inciso I do artigo 2º da Lei n 4.469/2016, v.g., cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo, por adoção ou afinidade, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, **“dos agentes políticos municipais ou equiparados”**, decidindo pela constitucionalidade do dispositivo de vedação.

Deixou-se assente, à ocasião que:

“Quanto à vedação de nomeação em razão de relação de parentesco com agentes políticos e equiparados, previsão expressa na parte final do inciso I do artigo 2º da Lei, cabem as seguintes considerações.

Os agentes políticos são aqueles

## **PODER JUDICIÁRIO**

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que exercem as funções de direção do Estado, integrando a estrutura central de cada um dos Poderes, v.g., o Presidente da República, os Governadores de Estado, os Prefeitos e os respectivos Vices, Ministros e Secretários de Estado e Municipais, Deputados, Senadores e Vereadores, assim como os membros do Judiciário e do Ministério Público.

Ainda que se entenda que a nomeação de parente para cargo de agente político não configura nepotismo, dado o regime jurídico diferenciado dos mesmos, não

se pode excluí-los, a meu aviso, da vedação ao nepotismo inserida no artigo 37 da Constituição Federal, mesmo porque recebem eles tratamento jurídico de servidores públicos pela Constituição da República, ferindo a distinção, dessarte, a moralidade administrativa, o princípio da impessoalidade e, por extensão, o basilar princípio da isonomia, como acima se assentou.

É o que já decidi este Colendo Órgão Especial na oportunidade da julgamento da ADIN Nº 2053610-58.2014.8.26.0000, RELATOR O Desembargador Márcio Bártoli,

## **PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em 19 de novembro de 2011:

“A reforçar o disposto no artigo 37 da Constituição Federal assim como o **caráter de normatividade e eficácia dos princípios da moralidade e impessoalidade** insculpidos nesse dispositivo constitucional, o **Supremo Tribunal Federal** editou a Súmula Vinculante nº 13, segundo a qual “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.”

(...)

Por fim, em relação à posição do **Supremo Tribunal Federal** sobre a matéria, reiteram-se os termos do acórdão unânime deste **Órgão Especial**, proferido no julgamento do agravo regimental interposto contra a decisão concessiva

## **PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da liminar pleiteada nestes autos: “é fato que o Supremo Tribunal Federal, após a edição da Súmula Vinculante nº 13, tem, **sempre de maneira excepcional**, flexibilizado a vedação da prática do nepotismo na administração pública.

Contudo, conforme registram os próprios precedentes do STF, essa flexibilização é de ser casuística, sempre dependendo da análise do caso posto em julgamento. Descabe, assim, estabelecer uma autorização geral e irrestrita ao nepotismo para determinados cargos da administração pública como pretende o agravante, pois tal entendimento ocasionaria gravame evidente aos princípios da moralidade e da

impessoalidade que vinculam constitucionalmente a administração pública. (...) Nesse sentido são os precedentes do **Supremo Tribunal Federal** em casos análogos: 'Esta Corte apreciou exceções à vedação ao nepotismo em pelo menos duas oportunidades. No RE 579.951, Pleno, DJe 24.10.2008, conforme relatado pelo min. Ricardo Lewandowski, tratava-se de recurso extraordinário de acórdão que entendera inexistir ilegalidade na nomeação de irmãos de autoridades municipais aos cargos de motorista e secretário de saúde. O acórdão recorrido fora proferido em ação voltada contra a prática de nepotismo. Os fatores

#### **PODER JUDICIÁRIO**

#### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

determinantes para que esta Corte concluísse pela legalidade da nomeação do secretário de saúde foram, por um lado, a qualificação normalmente exigida para o cargo de secretário de saúde, especialmente em pequenas localidades do interior, e, por outro, a inexistência de indícios de troca de favores. Essas circunstâncias foram mencionadas nos votos dos mins. Cármen Lúcia, Cezar Peluso e do relator, min. Lewandowski. Importante ressaltar que, na mesma oportunidade, a Corte também assentou que aquele julgamento não deveria ser considerado um precedente específico, pois a abordagem do nepotismo deveria ser realizada caso a caso. Conforme registrado pela min. Ellen Gracie, relatora do agravo regimental contra decisão que deferiu a medida cautelar na Rcl 6.650, Pleno, DJe 21.11.2008, tratava-se ali de reclamação contra decisão de juiz de primeira instância, proferida em ação popular, que suspendera a nomeação do irmão de Governador de Estado ao cargo de secretário estadual de transportes em virtude de ofensa ao princípio da moralidade. Em sede de liminar, este Supremo Tribunal concluiu que a suspensão da nomeação violara a súmula vinculante 13. Mais uma vez, ficou registrado que a exceção à súmula

#### **PODER JUDICIÁRIO**

#### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

deveria ser verificada caso a caso. Leio o voto do min. **Lewandowski: 'Eu me permitiria fazer uma pequena observação. 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.'** O min. Marco Aurélio, por sua vez, destacou a natureza proibitiva da súmula vinculante: '**Indago: o Verbete vinculante nº 13 prevê não cabe interpretar verbete, muito menos a contrario sensu e vou esquecer aqui o precedente, a ocupação de cargo público anterior a possibilidade de nomeação de parente consanguíneo, no segundo grau, para secretaria de Estado? A resposta é negativa. Não se tem, no teor**

**do verbete, qualquer referência a agente político. Aliás versa proibição e não autorização .** Assim, em linha com o afirmado pelo reclamante, **tenho que os acórdãos proferidos por este Supremo Tribunal Federal no RE 579.951 e na medida cautelar na Rcl 6.650 não podem ser considerados PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**representativos da jurisprudência desta Corte e tampouco podem ser tomados como reconhecimento definitivo da exceção à súmula vinculante 13 pretendida pelo município reclamado .** Bem vistas as coisas, o fato é que **a redação do verbete não prevê a exceção mencionada e esta, se vier a ser reconhecida, dependerá da avaliação colegiada da situação concreta descrita nos autos, não cabendo ao relator antecipar-se em conclusão contrária ao previsto na redação da súmula ,** ainda mais quando baseada em julgamento proferido em medida liminar' (Rcl 12478 MC, rel. **Min. Joaquim Barbosa** , j. 03.11.2011). Igualmente veja-se: Rcl 16941 MC, rel. **Min. Luiz Fux** , j. 18.12.2013 e Rcl 11.605 MC, rel. **Min. Celso de Mello** , j. 29.06.2012." (págs. 146/149).".

Não obstante, o dispositivo de lei guerreado por esta via cria exceção à **vedação do nepotismo para " as nomeações e designações para ocupação de cargos de natureza política , ressaltando-se, neste último caso, as situações de inequívoca e manifesta ausência de qualificação técnica ou idoneidade moral do nomeado "**.

Consoante acima constou, as nomeações para  
**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cargos políticos tem sido analisadas pela Corte Suprema cum grano salis, ali se sedimentando entendimento no sentido de que:

“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." (Rcl 7590, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 30.9.2014, DJe de 14.11.2014)".

E, ainda:

"5. 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

### **PODER JUDICIÁRIO**

#### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.** (...) 7. Notas semelhantes foram feitas quando do julgamento do precedente que resultou na edição da Súmula Vinculante (RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Além do Relator, os Ministros Cármen Lúcia e Cezar Peluso registraram a possibilidade de se caracterizar o nepotismo em algumas dessas situações - o que só se poderia examinar no caso concreto. **8. Estou convencido de que, em linha de princípio, a restrição sumular não se aplica à nomeação para cargos políticos. Ressalvaria apenas as situações de inequívoca falta de razoabilidade, por ausência manifesta de qualificação técnica ou de inidoneidade moral.**" (Rcl 17627, Relator Ministro Roberto Barroso, decisão monocrática, julgamento em 8.5.2014, DJe de 15.5.2014)."

### **PODER JUDICIÁRIO**

#### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este Colendo Órgão Especial, aliás, na oportunidade do julgamento da ADI nº 2248791-26.2016.8.26.0000 em 31 de maio de 2017, Relator o Desembargador

Ferreira Rodrigues, enfrentou o tema de vedação do nepotismo a ocupantes de cargos políticos, conferindo interpretação conforme a Constituição a dispositivo da Lei Orgânica do Município de Lins, para disciplinar que, naquele caso, a proibição de nepotismo 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 entendimento da Suprema Corte.

No caso presente, o dispositivo atacado já traz, em seu bojo, a possibilidade de nomeação para cargos políticos, observando-as possível nos casos de **“situações de inequívoca e manifesta ausência de qualificação técnica ou idoneidade moral do nomeado”**, o que, a meu aviso, distancia-se em muito da precaução tomada pela Corte Suprema para a análise, caso a caso, a fim de se evitar fraudes, nomeações cruzadas ou troca de favores, sendo exceção genérica apta a permitir nomeações simplesmente calcadas na capacidade técnica do nomeado, desprezando-se, assim, a determinação sumular da

### **PODER JUDICIÁRIO**

#### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Corte Suprema quanto ao tema, estabelecendo uma autorização geral e irrestrita ao nepotismo, que não se pode permitir.

Uma vez já decidida a questão em oportunidade anterior e não distante (a ADI nº 2096955-06.2016.8.26,0000 foi julgada no recente 21 de setembro de 2016), melhor caminho é o da procedência da ação, amparado, inclusive, em julgado acima colacionado nos termos seguintes: **“...é que a redação do verbete não prevê a exceção mencionada e esta, se vier a ser reconhecida, dependerá da avaliação colegiada da situação concreta descrita nos autos, não cabendo ao relator antecipar-se em conclusão contrária ao previsto na redação da súmula .”**

Advirto o Município de Fernandópolis que uma vez decidida a questão, como dito acima, em recente oportunidade, a alteração daquela norma pela ora em análise torna explícito o propósito de ver revisto o entendimento da Corte sobre o tema e é significativa de afronta à autoridade das decisões proferidas por este Colendo Órgão Especial, dando ensejo, caso ocorra novamente, a providências no sentido da caracterização de improbidade administrativa por fraude à jurisdição, consoante vem entendendo a Corte Suprema (v. ADI 3306 e 1244, STF).

### **PODER JUDICIÁRIO**

#### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante do exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 4.566, de 22 de dezembro de 2016, do Município

**XAVIER DE AQUINO**

**RELATOR**

**Disponível em:** <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/476336328/direta-de-inconstitucionalidade-adi-4349620178260000-sp-0000434-9620178260000/inteiro-teor-476336362>