



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000692072

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 2096955-06.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA MUNICIPAL 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 EM PARTE. 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, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO



**PODER JUDICIÁRIO**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA  
SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO, ANGÉLICA  
DE ALMEIDA E ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 21 de setembro de 2016.

**XAVIER DE AQUINO**  
**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº  
2096955-06.2016.8.26.0000**

**AUTOR(S): PREFEITA MUNICIPAL DE FERNANDÓPOLIS**

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

**COMARCA: SÃO PAULO (ÓRGÃO ESPECIAL)**

**VOTO Nº 29. 301**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO I DO ART. 1º, ART. 4º E ART. 5º, DA LEI Nº 4.469, DE 20 DE ABRIL DE 2016, DO MUNICÍPIO DE FERNANDÓPOLIS, QUE VEDA A PRÁTICA DO NEPOTISMO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL, DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. VÍCIO DE INICIATIVA. INOCORRÊNCIA. TEMAS QUE NÃO SE ENCONTRAM ELENCADOS EM NENHUMA DAS HIPÓTESES DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. PRECEDENTES DA CORTE SUPREMA.**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NEPOTISMO. VEDAÇÃO DE NOMEAÇÃO EM RAZÃO DE RELAÇÃO DE PARENTESCO COM AGENTES POLÍTICOS E EQUIPARADOS. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 13 DO STF. REDAÇÃO DO VERBETE QUE NÃO PREVÊ A EXCEÇÃO. PRECEDENTES DESTA E DA SUPREMA CORTE FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO INCISO I, DO ART. 1º, DA LEI Nº 4.469/2016 NÃO RECONHECIDA.**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXONERAÇÃO DOS ATUAIS OCUPANTES DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO E DAS FUNÇÕES GRATIFICADAS, RECONHECIDOS NA VEDAÇÃO AO NEPOTISMO, DENTRO DE 30 DIAS CONTADOS DA PUBLICAÇÃO DA LEI. AFRONTA À SEGURANÇA JURÍDICA E AO ENUNCIADO Nº 01 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE PREVÊ A NÃO APLICABILIDADE DAS VEDAÇÕES CONSTANTES NA RESOLUÇÃO Nº 07/2005, “quando a designação ou a nomeação do servidor tido como parente**



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para a ocupação de cargo comissionado ou de função gratificada foram anteriores ao ingresso do magistrado ou do servidor gerador da incompatibilidade, bem como quando o início da união estável ou o casamento forem posteriores ao tempo em que ambos os cônjuges ou companheiros já estavam no exercício das funções/cargos, em situação que não caracterize ajuste prévio para burlar a proibição geral de prática de nepotismo". UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO, EXCLUINDO-SE DO ARTIGO 4º DA LEI OBJURGADA OS CASOS ACIMA DESCRITOS.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 5º DA LEI Nº 4.469/2016 QUE PREVÊ RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL ÀS AUTORIDADES RESPONSÁVEIS PELA PRÁTICA DO NEPOTISMO. INCURSÃO DO LEGISLATIVO MUNICIPAL NA ESFERA DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO.**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade do inciso I do art. 1º, art. 4º e art. 5º da Lei nº 4.469, de 20 de abril de 2016, do Município de Fernandópolis, de iniciativa parlamentar que veda a prática de nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal, dos Poderes Executivo e Legislativo e dá outras providências.

Alega a autora, Prefeita do Município de Fernandópolis, que apresentou veto ao inciso I do artigo 1º, artigos 4º e 5º, sendo o mesmo rejeitado com a edição da norma impugnada; trata-se de matéria afeta ao Chefe do Poder Executivo, violando, assim, os arts. 5º, 24, § 2º, 47, incisos II, V, XIV e 144 da Constituição Federal. Acrescenta

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

que, contrariamente ao que dispõe a Súmula Vinculante nº 13, a norma impugnada se aplica também a cargos políticos, padecendo de razoabilidade, vez que amplia o alcance da vedação ao nepotismo; aduz que o artigo 4º da Lei nº 4.469/2016 é inconstitucional, pois alcança as nomeações anteriores à vigência da referida Lei; por outro lado, o artigo 5º da lei guerreada prevê responsabilização civil, administrativa e penal, violando o artigo 22, I, da Constituição Federal, a quem compete legislar sobre tais matérias. Pontofinaliza, requerendo, caso não se entenda pela inconstitucionalidade da norma, que à mesma seja dada interpretação conforme a Constituição, nos termos do artigo 28 da Lei 9868/99.

Processada com liminar, prestou informações o Presidente da Câmara do Município de Fernandópolis, batendo-se pela constitucionalidade dos dispositivos de lei guerreados (fls. 115/130).

O d. Procurador Geral do Estado manifestou-se pelo desinteresse na defesa do ato.

Parecer da i. Procuradoria Geral de Justiça pelo procedência parcial da ação.

É o relatório.

Procede em parte a ação.

Com efeito, cuida-se de ação direta de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*ou equiparados;*

*(...)*

*Art. 4º O Prefeito, Presidente da Câmara de Vereadores e demais autoridades competentes, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação desta Lei, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no Art. 2º.*

*Parágrafo único. Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.*

*Art. 5º Caso vigorem nomeações de servidores ou contratações em afronta ao que dispõe esta Lei, as autoridades responsáveis e os beneficiários diretos e/ou indiretos pela prática de nepotismo serão responsabilizados Civil, Administrativa e Criminalmente, de acordo com a legislação aplicável.”.*

Vício de iniciativa não há.

Ora, o tema “nepotismo” não está elencado em nenhum dos incisos do artigo 47, de competência privativa do Chefe do Executivo, não se podendo falar, dessarte, que se trata de ato de “direção superior da administração” (inciso I), sequer de “atos de administração” (inciso XIV), a ensejar o reconhecimento do vício de iniciativa.



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Neste sentido, aliás, deixou assente a Suprema Corte de Justiça:

“Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. LEI PROIBITIVA DE NEPOTISMO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA LEGISLATIVA: INEXISTÊNCIA. NORMA COERENTE COM OS PRINCÍPIOS DO ART. 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O Procurador-Geral do Estado dispõe de legitimidade para interpor recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça proferido em representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º, da Constituição da República) em defesa de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em simetria a mesma competência atribuída ao Advogado-Geral da União (art. 103, § 3º, da Constituição da República). Teoria dos poderes implícitos. 2. 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, independente de lei. Precedentes. Súmula



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Vinculante n. 13. 3. Recurso extraordinário provido. (RE 570.392, j. em 19-02-2015, Relat. Min. Carmen Lúcia)

Na oportunidade, consagrou-se o entendimento de que *“Se os princípios do art. 37, caput, da Constituição da República sequer precisam de lei para serem obrigatoriamente observados, não há vício de iniciativa legislativa em norma editada com o objetivo de dar eficácia específica àqueles princípios e estabelecer casos nos quais, inquestionavelmente, configurariam comportamentos administrativamente imorais ou não-isonômicos.”*

Como bem lembrado pelo d. Procurador de Justiça (fls. 556) a vedação de *“nomeação ou designação de pessoas que tenham relação de parentesco com agentes políticos ou ocupantes de cargos de direção superior, para cargos de provimento em comissão, funções de confiança ou funções gratificadas (art. 2º, inciso I, da lei em questão) está amparada nos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade que norteiam a atuação da Administração pública”*, princípios esse que encontram sede no artigo 111, da Constituição Paulista.

Sobre o tema, aliás, o Ministro Ricardo Lewandovski, na oportunidade do julgamento do RE 579.951-4/RN, deixou assente que:

*“De fato, embora existam diversos atos normativos no plano federal que vedam o*





## PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*nepotismo, inclusive no âmbito desta Corte, tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e “positivamente vinculantes”, como ensina Gomes Canotilho. A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário.*

*Por oportuna, relembro aqui a conhecida e sempre atual lição de Celso Antônio Bandeira*



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*de Mello, segundo a qual “(...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçada”.*

*Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no caput do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns “bolsões” de atraso institucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso*



## PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional.*

*(...)*

*Além de ofensiva à moralidade administrativa, a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigem concurso público, como já se viu acima, fere o princípio da impessoalidade e, por extensão, o basilar princípio da isonomia, porque prevalece o nefasto “QI”, o popular “quem indica”, mencionado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto pioneiro sobre o nepotismo, na ADI 1.521/RS, em que o Plenário indeferiu pedido de medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que traziam normas vedando a contratação de parentes de autoridades públicas. E no mais das vezes, a nomeação de parentes, dada absoluta inapetência destes para o trabalho e o seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem, vulnera também o princípio da eficiência, introduzido pelo constituinte derivado no caput do art. 37 da Carta Magna, por meio da EC 19/1998, num evidente desvio de finalidade, porquanto*



## PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*permite que o interesse privado, isto é, patrimonial, no sentido sociológico e também vulgar da expressão, prevaleça sobre o interesse coletivo.”*

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 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, 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,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

por extensão, o basilar princípio da isonomia, como acima se assentou.

É o que já decidiu este Colendo Órgão Especial na oportunidade da julgamento da ADIN N° 2053610-58.2014.8.26.0000, RELATOR O Desembargador Márcio Bártoli, 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.”*

(...)



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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*



## PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*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 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*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*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 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,*





PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

***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 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)."***

Portanto, não se há reconhecer a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 2º que atende aos princípios informadores da vedação ao nepotismo.

Quanto ao artigo 4º da Lei nº 4.469/2016, é bem de se ver que o texto, de forma generalizada, abarca situações que devem ser excepcionadas. É o caso, por



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exemplo, 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 o casamento, ou o 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.

Esta é, aliás, a disciplina do Enunciado Administrativo nº 01 do Conselho Nacional de Justiça que prevê “C) As vedações previstas no art. 2º da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, não se aplicam quando a designação ou a nomeação do servidor tido como parente para a ocupação de cargo comissionado ou de função gratificada **foram anteriores ao ingresso do magistrado ou do servidor gerador da incompatibilidade**, bem como quando o início da união estável ou o casamento forem posteriores ao tempo em que ambos os cônjuges ou companheiros já estavam no exercício das funções/cargos, em situação que não caracterize ajuste prévio para burlar a proibição geral de prática de nepotismo.”.

Na mesma linha de raciocínio, — *anterioridade da nomeação como direito à permanência no cargo*—, decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 26.085/RO que a legislação superveniente deve ser considerada pelo julgador ao apreciar a causa e, mais, não há nepotismo quando a designação ou nomeação de servidor tido como parente para a ocupação de cargo comissionado ou de função gratificada for anterior ao ato de posse do agente ou servidor público gerador da incompatibilidade.



## PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Portanto, à regra contida no artigo 4º da Lei nº 4.469/2016<sup>1</sup>, do Município de Fernandópolis deve se utilizar a técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como sugerida no parecer da r. Procuradoria Geral de Justiça.

Sobre tal técnica, citando Celso Ribeiro Bastos entre outros, trabalho publicado na Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico<sup>2</sup>, assim dispôs:

*“Trata-se de uma técnica de interpretação constitucional - que tem sua origem na prática da Corte Constitucional alemã - utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se declara a inconstitucionalidade parcial da norma sem reduzir o seu texto, ou seja, sem alterar a expressão literal da lei. Normalmente, ela é empregada quando a norma é redigida em linguagem ampla e que abrange várias hipóteses, sendo uma delas inconstitucional. Assim, a lei continua tendo vigência - não se altera a sua expressão literal - , mas o Supremo*

<sup>1</sup> O Prefeito, Presidente da Câmara de Vereadores e demais autoridades competentes, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação desta Lei, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no Art. 2º.  
Parágrafo único. Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.

<sup>2</sup> Apud <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,inconstitucionalidade-parcial-sem-reducao-de-texto-x-interpretacao-conforme-a-constituicao,47177.html>



## PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Tribunal Federal deixa consignado o trecho da norma que é inconstitucional. É dizer, uma das variantes da lei é inconstitucional. Portanto, faz-se possível afirmar que essa técnica de interpretação ocorre, quando – pela redação do texto na qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional – não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar a parte inconstitucional. Impõe-se, então, a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal.*

(...)

*Outrossim, como adverte Gilmar Mendes, ao fixar como constitucional determinada interpretação e excluir as demais, “o tribunal não declara – até porque seria materialmente impossível fazê-lo – a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo”. Ainda, sobre a diferença entre as duas técnicas, assim conclui o citado jurista:*

*Ainda que se não possa negar a semelhança dessas duas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, **na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança de tributo em determinado exercício financeiro).***

*A questão, como bem definida pelo constitucionalista, depende do realce que se*



## PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*quer dar – se à inconstitucionalidade de uma interpretação correntemente adotada nos tribunais e juízos (declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto), ou à validade da norma, desde que concebida uma interpretação viável e condizente com o texto constitucional (interpretação conforme à Constituição).”*

Assim, em relação ao artigo 4º da Lei nº 4.469/2016, do Município de Fernandópolis, a interpretação deve ser feita no sentido de que a determinação ali imposta excetue as situações nas quais o motivo da incompatibilidade é posterior à posse no cargo de provimento em comissão ou ao exercício ou ao exercício da função de confiança ou gratificada.

Por fim, quanto ao artigo 5º, é de se reconhecer a incursão do Legislativo Municipal local na esfera da competência da União e, por conseguinte, afronta ao artigo 1º da Constituição Bandeirante, na medida em que compete à União Federal legislar sobre direito civil e direito penal, ao teor do que dispõe o artigo 22, I: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;...”

De se ressaltar a desnecessidade de tal



## PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

previsão que se insere no dever de probidade do governante, não se havendo falar em autorização ao Judiciário para que haja responsabilização penal ou civil em situações de desrespeito à Constituição.

Consoante julgado da lavra do e. Desembargador José Roberto Bedran na oportunidade do julgamento da ADI nº 0228993-60.2009.8.26.0000, “*O Tribunal de Justiça decide sobre os crimes de responsabilidade do Prefeito, e a Câmara, sobre sua conduta governamental, em processos autônomos e em instâncias independentes (CF, artigo 29, VIII)*”.

Daí o reconhecimento da inconstitucionalidade de tal dispositivo.

Diante do exposto, dou provimento parcial à presente ação direta de inconstitucionalidade para declarar: **a)** seja reconhecida a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto do artigo 4º da Lei nº 4.469, de 20 de abril de 2016, do Município de Fernandópolis, excluindo-se das hipóteses ali previstas os casos 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 o casamento, ou o início da união estável for posterior ao tempo em que os cônjuges ou companheiros já estavam no exercício dos cargos ou funções,

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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 Lei nº 4.469, de 20 de abril de 2016.

**XAVIER DE AQUINO**  
**RELATOR**