



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA JUDICIÁRIA
SJ 6.1 - Serv. de Processamento do Órgão Especial
Palácio da Justiça
Praça da Sé, s/n - Centro - 3º andar - sala 309
São Paulo/SP - CEP 01018-010
Tel: (11) 3106-4148/3241-4162, e-mail: sj6.1.2@tjsp.jus.br

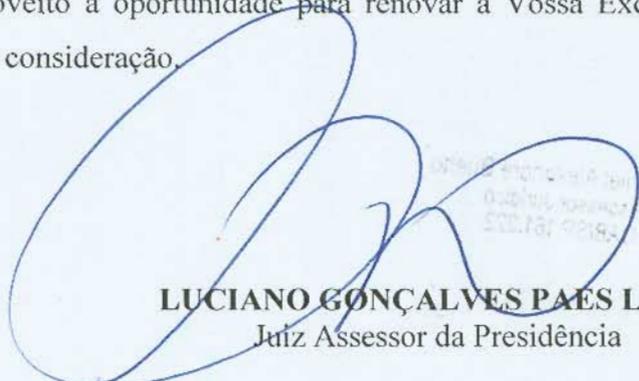
São Paulo, 22 de abril de 2014.

Ofício n.º 1120-A/2014-bc
Direta de Inconstitucionalidade n.º 0196970-22.2013.8.26.0000
Número de Origem: 306/2013 -
Autor: Prefeito do Município de Assis
Réu: Presidente da Câmara Municipal de Assis

Senhor Presidente,

Por ordem do Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e para os devidos fins, tenho a honra de transmitir a Vossa Excelência cópia do V. Acórdão prolatado nos autos de Direta de Inconstitucionalidade supramencionados.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de estima e distinta consideração.


LUCIANO GONÇALVES PAES LEME
Juiz Assessor da Presidência

PROT. 002331 CAMBORA M. ASSIS 07/05/2014 16:32

A
Sua Excelência, o Senhor
DD. Presidente da Câmara Municipal de Assis



Registro: 2014.0000092863

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 0196970-22.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ASSIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ASSIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTOS OS EXMOS. SRS. DES. LUIS GANZERLA E VANDERCI ÁLVARES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, CAUDURO PADIN, ROBERTO MAC



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CRACKEN, LUIS SOARES DE MELLO, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, VANDERCI ÁLVARES (com declaração), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, EROS PICELI, DAMIÃO COGAN, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ROBERTO MORTARI, julgando a ação procedente, e LUIS GANZERLA, (com declaração, vencido) julgando a ação improcedente.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

XAVIER DE AQUINO
RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
0196970-22.2013.8.26.0000 – ASSIS**

REQUERENTE: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ASSIS

**REQUERIDA: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE
ASSIS**

VOTO N.º 25.804

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – PROIBIÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE PARENTES ATÉ O QUARTO GRAU, NAS LINHAS RETA E COLATERAL, CONSANGUÍNEOS E AFINS, DO PREFEITO, VICE-PREFEITO MUNICIPAL, SECRETÁRIOS MUNICIPAIS, VEREADORES E DOS DIRETORES DE AUTARQUIAS, EMPRESAS PÚBLICAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DE ASSIS, PARA CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO OU CARÁTER TEMPORÁRIO – INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA – A LIMITAÇÃO IMPOSTA (IMPOSSIBILIDADE DE NOMERAR-SE PARENTES ATÉ O 4º GRAU) IMPLICA NUMA DISFARÇADA INTERERÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO NA LIVRE ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO, NÃO AUTORIZADA PELO ARTIGO 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES) – ADEMAIS, POR CONTAR O MUNICÍPIO EM QUESTÃO COM UMA PEQUENA DENSIDADE DEMOGRÁFICA, A LIMITAÇÃO IMPOSTA DIFICULTA A CONTRATAÇÃO DE PESSOAS QUALIFICADAS PARA OS CARGOS COLOCADOS À DISPOSIÇÃO – POR FIM, O EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO ESTABELECE O LIMITE DE ATÉ TERCEIRO GRAU NA SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 13, PAUTOU-SE EM CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE QUE VÃO AO ENCONTRO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSTANTES NO ARTIGO 37, “CAPUT”, DA CARTA MAGNA – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N.º 306, DE 15 DE OUTUBRO DE 2013, DO MUNICÍPIO DE ASSIS.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE LIMINAR ajuizada pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ASSIS, contra a Lei Municipal n.º 306, de 15 de outubro de 2013, e que alterou os dispositivos da Lei Municipal n.º 275, de 27 de setembro de 2004, que dispõe sobre a proibição de contratação de parentes até o terceiro grau de agentes políticos que especifica, para cargos de provimento em comissão ou em caráter temporário e dá outras providências.

A liminar foi parcialmente deferida, apenas para determinar-se a manutenção do “*status quo*” até o final julgamento da demanda.

Informações foram prestadas pela Câmara Municipal de Assis, propugnando pela improcedência da ação (Fls. 64/66).

A douta Procuradoria Geral do Estado deixou de intervir no feito (Fls. 92/94).

A douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pela improcedência da ação, bem assim afirmando não estar caracterizado o vício de iniciativa (Fls. 96/107).

É o relatório.

A prima vista, sobre o aspecto formal, o voto do Eminentíssimo Desembargador Relator ao que parece não merece reparo. Todavia, se analisarmos a questão sobre a ótica da “razão da lei”, com todas as vênias, dele ousou divergir, e me permito dizer o porquê.

A “razão da lei” indica a essência da lei expressa em seu conteúdo, ou, em outras palavras, o real significado da norma, o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que se busca alcançar e proibir com a edição do diploma legislativo.

Segundo Tomás de Aquino, uma lei injusta “não tem razão de lei, e sim certa violência”, na medida em que impor algo contrariamente às exigências de racionalidade é um ato essencialmente violento¹.

A “razão da lei”, no caso em testilha, cinge-se em saber se a Lei editada pelo Poder Legislativo Municipal interfere no bom andamento dos trabalhos realizados pelo Poder Executivo, bem como se viola ou não a Súmula Vinculante número 13, do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

A norma impugnada possui a seguinte redação:

“Art. 1º - É proibida a contratação de parentes até o quarto grau, nas linhas retas e colateral, consanguíneos ou afins, do Prefeito, Vice Prefeito Municipal, Secretários Municipais, Vereadores e dos Diretores de Autarquias, Empresas Públicas e Fundações Públicas do Município de Assis, para cargos de provimento em comissão ou caráter temporário.

Art. 2º - Para a nomeação para cargo de provimento em comissão ou em caráter temporário, deverá o contratado anexar aos documentos exigidos declaração de que não detém parentesco, por consanguinidade ou afinidade, até o quarto grau, com os agentes públicos referidos no artigo anterior.”

Parágrafo único - Os servidores que já ocupam cargos em Comissão ou sejam contratados em caráter temporário deverão apresentar, a partir da entrada em vigor desta Lei, nova declaração de que não detém parentesco até o quarto grau, com as autoridades referidas no art. 1º.

Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua

¹ Tomás de Aquino, Suma Teológica I-II, q. 93, a.3. De agora em diante, S.T



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do Poder Executivo, não autorizada pelo art. 2º da Constituição. Precedente: ADI n.º 1.505 4. Compete à União legislar sobre normas gerais em matéria de licenciamento ambiental (art. 24, VI, da Constituição). 5. Medida Cautelar deferida.”

Extrai-se do voto do Eminentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

*“Desse modo, condicionar a aprovação de licenciamento ambiental à prévia autorização da Assembleia Legislativa implica **uma indevida interferência do Poder Legislativo na atuação do Poder Executivo, não autorizada pelo art. 2º da Constituição**”.* – grifos nossos.

Devo anotar, ainda, que o Município de Assis atualmente conta com uma população de pouco mais de cem mil e duzentos habitantes, segundo estimativa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE².

A proibição de se nomear parentes até o quarto grau, em uma cidade de pequena densidade demográfica, limita a contratação de pessoas qualificadas para os cargos colocados à disposição.

Como bem destacou o Procurador do Município: *“numa cidade do porte de Assis, muitos são das mesmas famílias, já se encontrando uma enorme dificuldade para não desrespeitar a regra do nepotismo sedimentada pelo Pretório Excelso.”*

É dos autos, ademais, que o novel diploma legislativo não respeitou o direito adquirido daqueles que já ocupavam os cargos em comissão de caráter temporário, ferindo o artigo 5º, inciso

² *Censo Populacional 2010. Censo Populacional 2010.* Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (29 de novembro de 2010). Página visitada em 31 de janeiro de 2014.



XXXVI, da Constituição Federal, na medida em que deixou de regulamentar tal situação.

Canotilho³ preleciona que *“as categorias de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada são categorias jurídicas enunciadas expressamente em normas de hierarquia constitucional (CF, art. 5/XXXVI). E não se trata de qualquer enunciado textual, mais ou menos programático. Estamos em face de uma norma com operador deôntico de proibição: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”*

Ora, se o direito adquirido encontra guarida constitucional, não cabe à legislação infraconstitucional silenciar-se sobre este tema, deixando os servidores que já vem desempenhando suas funções à mercê das alterações legais levadas a efeito pela vontade política.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já deu o sentido básico deste enunciado deôntico (art. 5º, XXXVI):

“A cláusula constitucional de salvaguarda do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada – exatamente porque veiculada em típica norma de sobredito – visa dar concreção e efetividade à necessidade de preservação da segurança das relações jurídicas instituídas e estabelecidas sob a égide do próprio ordenamento positivo” (STF, Pleno ADIn 493/0 – DF, 25-06-1992, DJ 04-09-1992. Rel. Min. Celso de Mello)

O Município de Assis já dispunha anteriormente,

³ José Joaquim Gomes Canotilho – Parecer Jurídico, Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito, Coisa Julgada e Matéria Ambiental – p. 18 e 19 – Universidade Secovi/SP: São Paulo, 2013

desde 27 de setembro de 2004, da Lei Municipal nº 275, que trata especificamente acerca da proibição da “*contratação de parentes até o terceiro grau de grau, consanguíneos ou afins, do Prefeito, Vice-Prefeito Municipal, Secretários Municipais, Vereadores, e dos Diretores de Autarquias, Empresas Públicas e Fundações Públicas*”, “*para cargos de provimento em comissão ou em caráter temporário*”, com vigência a partir de 01 de janeiro de 2005.

O diploma legal antefalado – que, diga-se, entrou em vigor 03 (três) anos antes da Súmula Vinculante nº 13 –, mostra-se razoável e compatível com a linha interpretativa conferida pela Suprema Corte quando dos debates travados para a edição deste enunciado sumular⁴.

Em uma interpretação conforme o texto constitucional, a Excelsa Corte, ao estabelecer o limite de terceiro grau, pautou-se em critérios de razoabilidade que vão ao encontro dos princípios da administração constantes do artigo 37, “*caput*”, da Carta Magna, tanto que restringiu o grau de parentesco então existente na Lei nº 8.112/1990 – Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União, cuja proibição alcança o parentesco em até segundo grau (art. 117, inciso VIII).

Desta forma, se já contava o município com lei anterior adequada e em sintonia com a novel interpretação constitucional explicitada pelo Pretório Excelso através da Súmula Vinculante nº 13, forçoso concluir que o texto normativo agora atacado, ao impor ainda mais restrições, acaba por atribuir ao Executivo um encargo não apenas descompassado com o restante do país, mas também exacerbado, ferindo-lhe, ainda que pela via indireta, sua função constitucional típica, pois lhe

⁴ STF. Debates que integram a ata da 21ª sessão ordinária, realizada em 20 de agosto de 2008. DJe n.º 214/2008, P. 20



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cria estorvos, especialmente se considerada a realidade do município, tal como o baixo número de habitantes (o que naturalmente restringe o número de famílias existentes) e o mister de contratação de empregados temporários em caráter emergente.

Destaco que a súmula vinculante aprovada pela Suprema Corte confere à decisão efeito vinculante, devendo a administração pública atuar conforme seu enunciado. Segundo **Nelson Nery Júnior**⁵: *“A súmula vinculante do STF vincula todos os órgãos do Poder Judiciário do país e os órgãos da administração direta e indireta nas esferas estaduais, municipais e federais, ou seja, esses órgãos têm de decidir conforme o que dispuser a súmula vinculante”. (...) “Embora não tenha a natureza estrita de lei, a esta é equiparada porque vincula, em caráter geral e abstrato, o Poder Judiciário como um todo e o Poder Executivo considerado em sua integralidade (administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal), caracterizando-se como lei ‘lato sensu’”.*

Saliente-se que não se está examinado a inconstitucionalidade da Súmula 13, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, porquanto impossível se faz a verificação de adequação de diploma legal a conteúdo veiculado em súmula vinculante. Na verdade o que se está utilizando são seus fundamentos em confronto com a lei municipal.

Fere o texto normativo em debate, portanto, o princípio constante do artigo 2º da Constituição, à medida que cria entraves

⁵ Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional – 2ª Edição, ver., ampl. e atual. – São Paulo: Editora RT, 2009.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

desarrazoados e obstaculiza o alcaide no exercício de sua função típica.

Anoto, por fim, que a edição da Lei Municipal em debate, ao que tudo indica, possui viés político, editada em oposição ao Prefeito que, eleito por uma chapa pura, não ofereceu qualquer pasta municipal para ser ocupada pelos demais partidos, tendo pautado a escolha dos agentes políticos que com ele atuam apenas e tão-somente no caráter técnico-profissional.

Isto posto, pelo meu voto, julga-se procedente a ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei n.º 306, de 15 de outubro de 2013, do Município de Assis.

XAVIER DE AQUINO
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÓRGÃO ESPECIAL

VOTO Nº: OE-00208

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 0196970-22.2013.8.26.0000 - ASSIS

REQUERENTE: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ASSIS

REQUERIDO: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ASSIS

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei do Município de Assis nº 306/2013, a qual altera dispositivos da Lei nº 275, de 27 de setembro de 2004, que dispõe sobre a proibição de contratação de parentes até terceiro grau de agentes públicos que especifica, para cargos de provimento em comissão ou em caráter temporário – Alegada ofensa ao artigo 87, IV, da Lei Orgânica Municipal, art. 5º, da Constituição Estadual, art. 2º, da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 13 – Ofensa constitucional reflexa ou indireta - Inadmissibilidade – Inteligência do art. 125, § 2º, da CE – Vício de iniciativa não verificado no caso – Matéria de competência concorrente - Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos Poderes - Ação julgada improcedente.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo **Prefeito do Município de Assis, SP** cujo objeto é a impugnação da Lei municipal nº 306, de 15 de outubro de 2013, a qual “[a]ltera dispositivos da Lei nº 275, de 27 de setembro de 2004, que dispõe sobre a proibição de contratação de parentes até terceiro grau de agentes públicos que especifica, para cargos de provimento em comissão ou em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

caráter temporário e dá outras providências”. Pede a liminar.

Referido diploma estende a vedação à contratação para cargos de provimento em comissão ou em caráter temporário de parentes até o quarto grau, nas linhas reta e colateral, do Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários, Vereadores e dos Diretores de Autarquias, Empresas Públicas e Fundações Públicas do Município de Assis.

Expõe ter a Lei nº 306/2013, de autoria da Câmara dos Vereadores, extrapolado os ditames da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, a qual veda contratação de parentes até terceiro grau, não quarto. Não obstante, afirma, a relação de parentesco deve ser verificada entre a autoridade nomeante e o servidor investido no cargo, excluídos da hipótese os secretários municipais, pois agentes políticos, e seus afins.

Argumenta com a desnecessidade de lei para regulamentação da matéria, ante a existência de comandos constitucionais e da Súmula Vinculante a tratar do tema.

Aponta, por fim, tratar-se de iniciativa parlamentar, a invadir a esfera de competência exclusiva do Executivo, daí a inconstitucionalidade, pelo vício de iniciativa. Indica, ainda, violação ao princípio da separação dos poderes, tudo a infringir as disposições contidas no artigo 87, IV, da Lei Orgânica Municipal, arts. 5º, da Constituição Estadual e 2º, da Constituição Federal (fls. 2/25).

A liminar foi deferida, de forma parcial, apenas para determinar-se a manutenção do *status quo* até o final julgamento da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

demanda (fls. 64/66).

A Câmara Municipal de Assis prestou seus informes e pugnou pela improcedência da ação (fls. 72/79).

A Douta Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar, por não vislumbrar interesse no feito (fls. 92/94).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pela improcedência da ação, por não se inserir a matéria no âmbito de competência exclusiva do Executivo, de molde a não restar caracterizado o vício de iniciativa (fls. 96/107).

É o relatório.

A princípio, registre-se o quanto dispõe o art. 125, § 2º, da Constituição Federal:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Da leitura do dispositivo transcrito, extrai-se a assertiva da apuração da inconstitucionalidade de leis municipais mediante confronto com a Constituição do Estado.

A representação por inconstitucionalidade de norma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

municipal perante este E. Tribunal de Justiça tem como requisito a afronta do ato normativo questionado aos dispositivos da Constituição Estadual, via única e estrita de reconhecimento de eventual mácula.

Não obstante, inviáveis eventuais questionamentos que utilizem como parâmetro instrumento normativo outro – como leis orgânicas e regimentos internos – e não a Carta Política do Estado, fato configurador de simples irregularidade interna.

Nesses casos, ante a ausência de contrariedade direta à Constituição, há configuração da chamada inconstitucionalidade reflexa ou indireta, a qual, por certo, não autoriza combate por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

Sobre o tema já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1653-DF, rel. **MIN. MOREIRA ALVES**, j. 12.11.97, com a seguinte ementa:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Portaria nº 865, de 14 de setembro de 1995. - Não cabe ação direta de inconstitucionalidade quando o ato normativo de hierarquia inferior à Lei viola diretamente esta e apenas indiretamente a Constituição. No caso, se os artigos 1º, 4º e 5º da Portaria em causa violarem a Carta Magna, essa violação será indireta. - Quanto aos demais artigos da Portaria em apreço, não foram eles objeto de ataque específico, nem a eles são pertinentes os fundamentos em que se estriba a presente ação direta. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.”

E ainda na ADI 3376-RJ, rel. **MIN. EROS GRAU**, j.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16.06.2005:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO N. 08/2004 EDITADA PELO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ILEGALIDADE. NÃO-CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA. Não é cabível a ação direta quando o ato normativo atacado encontra fundamento em texto infraconstitucional.”

No mesmo sentir, ADI nº 0412926-02.2010.8.26.0000, rel. **DES. LAERTE SAMPAIO**, j. 23.02.11 e ADI nº 0587648-15.2010.8.26.0000, rel. **DES. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME**, j. 04.04.12, ambos deste C. Órgão Especial.

Nessa mesma trilha, impossível se faz a verificação de adequação de diploma legal a conteúdo veiculado em Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, pena de desvirtuamento do instrumento processual.

Resta, assim, a análise da inconstitucionalidade da Lei nº 306/2013, do Município de Assis, pela ótica do vício de iniciativa e consequente ofensa ao princípio da separação dos Poderes, arguidos na exordial.

Expressa a norma ora guerreada:

“Art. 1º - É proibida a contratação de parentes até o quarto grau, nas linhas retas e colateral, consanguíneos ou afins, do Prefeito, Vice Prefeito Municipal, Secretários Municipais, Vereadores e dos Diretores



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de Autarquias, empresas Públicas e Fundações Públicas do Município de Assis, para cargos de provimento em comissão ou em caráter temporário.

Art. 2º - Para a nomeação para cargo de provimento em comissão ou em caráter temporário, deverá o contratado anexar aos documentos exigidos declaração de que não detém parentesco, por consanguinidade ou afinidade, até o quarto grau, com os agentes públicos referidos no artigo anterior.

Parágrafo único – Os servidores que já ocupam cargos em Comissão ou sejam contratados em caráter temporário deverão apresentar, a partir da entrada em vigor desta Lei, nova declaração de que não detém parentesco até o quarto grau, com as autoridades referidas no art. 1º.

Art. 2º (sic) – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

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

Dispõe o art. 24, da Constituição Estadual, a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos na própria Carta.

Vai além e elenca os casos de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo e, dentre elas, não se encontra a exclusividade de iniciativa de leis a dispor sobre condições para provimento de cargos públicos. Igual comando também não encontra guarida na Constituição



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Federal.

Há, sim, reserva à iniciativa de lei ao Poder Executivo quanto à criação e extinção de cargos, tema diverso do que ora se apresenta. Assim, a imposição de restrições ao provimento de cargos não se subsume ao rol de competência privativa do Executivo.

Conclui-se, há competência legislativa concorrente, razão pela qual são ambos os Poderes, Legislativo e Executivo, legítimos para iniciar o processo de formação de leis nessa seara.

Desta forma, não padece a Lei nº 306/2013 de vício de iniciativa, tampouco viola o princípio da tripartição de Poderes.

Ademais, atendeu a lei impugnada ao princípio da moralidade, porquanto forçoso reconhecer a inexistência de eiva no diploma.

Em igual, sentido os vv. arestos deste Órgão Especial, nas ADI nº 0301346-30.2011.8.26.0000, rel. **DES. DE SANTI RIBEIRO**, j. 30.05.12 e ADI nº 0131438-38.2012.8.26.0000, rel. **DES. CASTILHO BARBOSA**, j. 27.02.13, esta com ementa a seguir transcrita:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Emenda nº 79/12, que acrescentou, à Lei Orgânica Municipal, o artigo 107-A, que estabelece vedações à nomeação de servidores para o exercício de funções comissionadas no âmbito da Administração Pública Municipal - Vício de inconstitucionalidade formal - Invasão à esfera de competência privativa do Chefe do Poder Executivo - Inocorrência – Estabelecimento de critérios para o acesso aos cargos públicos que não se enquadra em atividade privativa do Chefe do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Executivo - Inexistência de ofensa a Constituição Bandeirante - Precedentes do Colendo Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal - Ação julgada improcedente."

Ante o exposto, pelo meu voto, ousei discordar da douta maioria, por entender ser caso de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 306, de 15 de outubro de 2013, do Município de Assis.

LUIS GANZERLA

DESEMBARGADOR

(Assinatura eletrônica)



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	Nº 0196970.22.2013.8.26.0000.
AUTOR: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ASSIS. ADVOGADO: GUILHERME ZIRONDI ABIBI e ALEXANDRE MONTE CONSTANTINO. RÉU: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ASSIS. ADVOGADO: DANIEL ALEXANDRE BUENO e DURVALINO BINATO NETO.	

Relator sorteado: Desembargador Luis Ganzerla(voto nº00208)

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

nº 23.256/14.

Vistos.

1. Sob minha ótica, com o devido respeito ao entendimento contrário, lançado pelo digno Relator sorteado, a Lei Municipal nº 306, de 15 de outubro de 2013, de Assis, ressenete-se, sim, do vício da inconstitucionalidade.

Não é só inconstitucional a lei federal, estadual ou municipal que afronte a **Súmula Vinculante nº13, emanada do Egrégio Supremo Tribunal Federal** que, na interpretação do artigo 37 e incisos da Carta Magna definiu o que é nepotismo para efeito de nomeação para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta e em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **como também aquela que venha alargar o limite estabelecido nessa Súmula, ou pretender minorar qualquer**

entendimento nela delineado quanto ao alcance do grau de parentesco ou, mesmo, do ajuste mediante designações recíprocas.

Ora, ao alargar para o quarto grau a vedação de nomeação de parente em linha reta ou colateral ou por afinidade das autoridades municipais, essa lei afrontou o princípio de nobreza constitucional da moderação.

Por oportuna, é de se relembrar aqui a conhecida e sempre atual lição de *Celso Antônio Bandeira 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 sustêm e alui-se toda estrutura nelas esforçada* (CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 25 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 943).

No brilhante voto do Ministro *Ricardo Lewandowski*, quando do julgamento do *Recurso Extraordinário nº 579.951-4*, do Rio Grande do Norte, j. 20.8.2008, assentou-se:

“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 concreto com o que





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se contém no referido dispositivo constitucional.

Em estudo sobre as modalidades de eficácia jurídica, Ana Paula de Barcelos, ao afirmar que uma dessas modalidades, a negativa, é uma construção doutrinária especialmente relacionada com os princípios constitucionais, observa, com pertinência, que 'a eficácia negativa autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas (em sentido amplo) ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pelo enunciado' (ANA PAULA DE BARCELOS, A EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 82-83)".

Na discussão engendrada no exame desse RE, o Ministro Lewandoswki, teceu considerações irresponsáveis:

"O que estamos a discutir, aqui, eminente Ministro, é se os princípios do art. 37, caput, são, ou não, auto-aplicáveis e se a proibição do nepotismo se estende a todos os Poderes da República e a todos os níveis político-administrativos da Federação, independentemente de lei formal. Essa é a questão.

Estou afirmando, no meu voto, a partir de um caso concreto que, realmente, os princípios são auto-aplicáveis, que a vedação ao nepotismo decorre exatamente da conjugação desses princípios da Constituição, com o etos prevalente na sociedade brasileira".

Ainda nos debates desse longo julgamento, o saudoso *Ministro Menezes Direito*, com a perspicácia de sempre, anotou:

"Senhor Presidente, creio que a parte inaugural já ficou bem assentada e bem delineada na Ação 12, ou seja, nós decidimos, em síntese, que não é necessário lei formal para aplicação do princípio da moralidade contido no caput do artigo 37. O que quer dizer que, evidentemente, não há necessidade da lei, porque o princípio decorre diretamente da Constituição".

O *Ministro Carlos Britto*, hoje aposentado, nos debates dessa discussão, pontuou:

"... 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,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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”.

E o eminente *Ministro Celso de Mello*, trazendo citação de julgado anterior do Colendo Pleno daquela Corte, de sua relatoria, tece considerações irresponsáveis:

“... esta Suprema Corte já teve o ensejo de enfatizar:

‘O princípio da moralidade administrativa, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais.

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.

O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais (...) (RTJ 182/525-526, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Assentadas tais premissas, Senhor Presidente, entendo que a prática do nepotismo traduz a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que não tolera – porque incompatível com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática – o exercício do poder ‘pro domo sua’.

Esta Suprema Corte, ao reconhecer que a vedação à prática do nepotismo incide sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentemente de sua previsão em lei formal, estendendo-se tal proibição a todos os órgãos estatais (qualquer que seja a instância de poder em que se situem), reafirma a força normativa da Constituição da República e preserva a supremacia (formal e material) de que se revestem as normas e princípios constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas em face de sua precedência, de sua autoridade e de seu grau hierárquico”.

E, nas considerações finais do seu voto, o culto Ministro ponderou:

“Como anteriormente já pude expor, entendo que a repulsa desta Suprema Corte ao nepotismo permitirá obstar a formação de grupos familiares cuja atuação – facilitada pelas nomeações em comissão ou por designações para funções de confiança – acaba, virtualmente, por patrimonializar o poder governamental, convertendo-o, em razão de uma inadmissível inversão dos postulados republicanos, em verdadeira ‘res domestica’, degradando-o, assim, à condição subalterna de instrumento de mera dominação do Estado, vocacionado, não a servir ao interesse público e ao bem comum, mas, antes, a atuar como incompreensível e inaceitável meio de satisfazer conveniências pessoais e de realizar aspirações particulares”.

E prosseguindo:

“Concluo o meu voto. E ao fazê-lo, reafirmo o meu entendimento de que o nepotismo se mostra incompatível com o sistema constitucional, impondo-se, por isso mesmo, a vedação de sua prática a todos os Poderes da República e a todos os níveis em que se estrutura o Estado Federal brasileiro”.

Assim, a vedação do nepotismo com os seus contornos reafirmados na edição da Súmula Vinculante nº 13, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, não exige a edição de lei formal de qualquer esfera de poder para a proibição dessa prática, revelando-se inconstitucional não só a lei que fique aquém do grau de parentesco ali estabelecido (*até terceiro grau, inclusive*), como também a municipal de Assis, que estende essa proibição em total afronta aos princípios da moderação e da razoabilidade, até o quarto grau.

2. Pelo meu voto, portanto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei 306/2013, do município de Assis.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Vanderci Álvares
Desembargador integrante do Órgão Especial



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	11	Acórdãos Eletrônicos	JOSE CARLOS GONCALVES XAVIER DE AQUINO	695CFF
12	19	Declarações de Votos	LUIS ANTONIO GANZERLA	6BFE49
20	25	Declarações de Votos	VANDERCI ALVARES	717E4A

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0196970-22.2013.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.