

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.496 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. NUNES MARQUES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE ISSA KIMURA

VOTO VOGAL:

O Senhor Ministro FLÁVIO DINO: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 7.451, de 19 de julho de 1991, do Estado de São Paulo, que veda a nomeação, para o cargo em comissão de Assistente Jurídico, de cônjuge, de afim e de parente em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer integrante do Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

A parte requerente sustenta que a vedação afronta o princípio da isonomia e restringe a acessibilidade aos cargos públicos para servidores efetivos aprovados em concurso público, sustentando que:

“5. O dispositivo legal em exame proíbe a nomeação tanto de pessoas sem vínculo com a Administração Pública (em sentido amplo), quanto daquelas que, já o tendo, são ocupantes de cargo efetivo, necessariamente aprovadas em concurso público.

6. E certo, porém, que os detentores de cargo de provimento efetivo não devem sofrer a comentada vedação, a não ser que a incompatibilidade se dê, no caso, diretamente entre eles e o Desembargador que os indicou ou queira indicar. Esses servidores evidentemente diferenciam-se das pessoas que nenhum vínculo tem com a Administração Pública, pelo

ADI 3496 / SP

marcante fato de terem sido aprovados nos concorridos e penosos concursos públicos, nos quais os conhecimentos são aferidos por critérios objetivos.

7. Assim, o legislador paulista, ao não fazer a diferenciação entre os servidores efetivos e as pessoas sem vínculo com a Administração, tratou igualmente os desiguais, o que sabidamente ofende o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput). Além disso, restringiu a acessibilidade aos cargos públicos em comissão aos ocupantes de cargo efetivo, contrariando o princípio inferido do inciso I do art. 37 da Lei Maior.” (eDOC nº 1, Protocolo nº 56065/2005)

A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e o Governador do Estado de São Paulo prestaram informações, ocasião em que defenderam a constitucionalidade da norma impugnada.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido da ADI, ante a possibilidade de nomeação de servidores efetivos, ressalvadas a compatibilidade de escolaridade, a qualificação profissional e a ausência de subordinação direta ao magistrado.

É o breve relatório. **Passo a votar.**

Inicialmente, destaco que acompanho a conclusão adotada pelo Ministro relator no que concerne à **ausência de perda do objeto** da presente Ação Direta, suscitada pelo Advogado-Geral da União em razão do Conselho Nacional de Justiça ter editado a Resolução nº 7/2005. Segundo argumenta o AGU, a edição da citada resolução atrairia a perda do objeto desta ADI, por regular a mesma matéria regida pela norma impugnada e em moldes que vão ao encontro do pedido.

O citado ato normativo emanado do CNJ tem natureza de ato regulamentar e, portanto, não possui o condão de revogar ou de suspender a eficácia de disposições de lei estadual que lhe contrariem ou,

ADI 3496 / SP

como no caso, disponham vedação mais ampla.

O **mérito** do tema em discussão refere-se à compatibilidade do dispositivo legal estadual com os princípios constitucionais da isonomia, da acessibilidade aos cargos públicos, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

A norma estadual impugnada veda a nomeação, para o cargo em comissão de Assistente Jurídico, de cônjuge, de afim e de parente em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer integrante do Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Transcrevo a literalidade dos dispositivos em análise:

"Art. 4º O Assistente Jurídico será nomeado em comissão pelo Presidente do Tribunal de Justiça, mediante indicação do Desembargador interessado.

Parágrafo único. É vedada a nomeação de cônjuge, de afim e de parente em linha reta ou colateral, até o 3º grau, inclusive, de qualquer dos integrantes do Poder Judiciário do Estado de São Paulo."

A Súmula Vinculante nº 13 foi originada para combater a prática do nepotismo, que compromete a moralidade administrativa e a impessoalidade na administração pública. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a proibição da nomeação de cônjuges e de parentes para cargos de comissão ou funções gratificadas é necessária para assegurar a efetividade desses princípios constitucionais.

O Conselho Nacional de Justiça, em 18 de outubro de 2005, editou a Resolução nº 7/2005 que, em seu art. 1º, dispôs que *"é vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados"*.

O Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do mérito da **ADC**

ADI 3496 / SP

nº 12 (Rel. Min. Ayres Britto), entendeu que a mencionada resolução é compatível com a Constituição Federal, fixando que “(a)s restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade”.

Em outra oportunidade, no exame do **RE nº 579.951 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski)**, *leading case* da tese fixada no **Tema nº 66-RG**, este Supremo Tribunal Federal entendeu que “a vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal”.

Tais precedentes serviram de base para a edição da **Súmula Vinculante nº 13 do STF**, que conta com a seguinte redação:

“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.”

Os cargos em comissão são regidos pela Constituição Federal de 1988, que estabelece em seu artigo 37, inciso V, que “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Além disso, o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal garante a

ADI 3496 / SP

acessibilidade aos cargos públicos, estabelecendo que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

O § 1º do art. 2º da citada Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça prevê **exceção à vedação de nepotismo prevista no inciso I do mesmo dispositivo, aplicável a servidores efetivos**, observadas a compatibilidade de escolaridade e a qualificação profissional e **desde que não haja subordinação direta ao magistrado determinante da incompatibilidade**. Veja-se o teor do citado dispositivo normativo:

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

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, e que o outro servidor também seja titular de cargo de provimento efetivo das carreiras jurídicas, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

A previsão regulamentar em questão busca **equilibrar a necessidade de coibir o nepotismo com a acessibilidade aos cargos públicos por servidores qualificados**. Nesse sentido:

ADI 3496 / SP

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 103, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ante a imperatividade do preceito constitucional, o papel da Advocacia-Geral da União é a defesa da norma impugnada. NEPOTISMO – VEDAÇÃO – OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – NOMEAÇÃO ANTERIOR – PERMANÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE. Conflita com a Carta da Republica a permanência de ocupante de cargo comissionado nomeado em momento anterior à publicação da norma que implicou vedação ao nepotismo, ausente direito adquirido – artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. FUNÇÃO GRATIFICADA – SERVIDOR EFETIVO – PARENTE – CONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO – MAGISTRADO – INCOMPATIBILIDADE – VEDAÇÃO. **Surge constitucional a nomeação ou designação de parente ocupante de cargo de provimento efetivo para exercer função gratificada, vedada a atuação junto ao magistrado determinante da incompatibilidade.** (STF - ADI: 3680 RN, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/08/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020) (grifou-se)

Já a norma impugnada na ADI em exame veda a nomeação de cônjuges, de afins e de parentes em linha reta ou colateral, até o 3º grau, de qualquer dos integrantes do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, sem fazer nenhuma distinção aos servidores que já ocupam cargos efetivos dos quadros do Tribunal.

Entendo que o dispositivo em questão não é compatível com as disposições constitucionais que regulamentam as formas de provimento de cargos em comissão. O mero provimento do cargo de Assistente Jurídico para servidor ocupante de cargo efetivo não ofende os princípios constitucionais da moralidade administrativa e da impessoalidade, guarnecidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

ADI 3496 / SP

O estabelecimento de uma vedação genérica ao provimento do cargo em comissão de Assistente Jurídico **cria uma restrição maior do que aquela que é extraída da interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional**, sobretudo nos casos em que veda a nomeação de servidores já ocupantes de cargos efetivos, nomeados após a aprovação em concurso público.

Nesse sentido, destaco que o art. 2º, I e § 1º, da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça e a Súmula Vinculante nº 13 exprimem exatamente as conclusões que podem ser extraídas da interpretação do texto constitucional.

A partir da interpretação da norma impugnada em conjunto a partir de uma leitura sistemática e teleológica do texto constitucional, adiro à posição adotada pelo Relator no sentido de que *“mostra-se de todo harmônica com a Constituição Federal a nomeação, para o cargo comissionado de Assistente Jurídico de Desembargador de Tribunal de Justiça, de servidor efetivo de carreira judiciária, admitido via concurso público, ainda que seja cônjuge, afim ou parente em linha reta ou colateral, até o 3º grau, de integrante do órgão, desde que: (i) da nomeação não resulte subordinação direta do servidor ao magistrado com quem possui laços prévios, podendo vincular-se como assistente a qualquer outro Desembargador do Tribunal; e (ii) sejam observadas a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido.”*

No ponto, acresço uma ressalva àquelas já delineadas no voto do Relator: que **não seja adotada a prática do "nepotismo cruzado" ou qualquer ardil similar que permita a nomeação de cônjuges ou parentes de magistrados do Tribunal, ajustada mediante designações recíprocas.**

Na mesma linha, destaco que a vedação disposta na parte final da

ADI 3496 / SP

Súmula Vinculante nº 13 do STF é plenamente aplicável ao caso, na medida em que regula situações pretensamente legais, mas que violam os princípios da moralidade e da impessoalidade pelo ajuste de nomeações que violam a vedação ao nepotismo mediante designações recíprocas. O chamado "nepotismo cruzado" - ou qualquer artil similar - deve ser igualmente vedado para garantir a efetividade dos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade administrativas.

Ademais, ressalto que o Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal possui disposição que estabelece exceção semelhante à vedação discutida nesta ADI. Transcrevo o dispositivo em questão:

Art. 355 (...) § 7º **Salvo se funcionário efetivo do Tribunal**, não poderá ser nomeado para cargo em comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente (arts. 330 a 336 do Código Civil), em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade. (Incluído pela Emenda Regimental n. 2, de 4 de dezembro de 1985)

Diante do exposto, **acompanho o Ministro relator para julgar procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.451, de 19 de julho de 1991, do Estado de São Paulo, de modo a excluir do seu âmbito normativo o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo**, admitido por concurso público, observadas a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo de Assistente Jurídico.

Em todo caso, fica **vedada a nomeação quando o cargo estiver subordinado ao membro do Poder Judiciário determinante da situação de incompatibilidade. Acrescento também que é vedado o "nepotismo cruzado", ajustado mediante designações recíprocas, ou qualquer artil similar**, nos termos do que disposto na parte final da Súmula Vinculante nº 13 do STF, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais da

ADI 3496 / SP

impessoalidade e moralidade administrativas.

É como voto.

Ministro FLÁVIO DINO
Documento assinado digitalmente