



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

CAMILA DE OLIVEIRA CASTRO

**A PROIBIÇÃO DO NEPOTISMO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
MEDIANTE A APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:**

**UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E DE
RICHARD HARE E DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS**

BRASÍLIA/DF

2016



Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

Camila de Oliveira Castro

A proibição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais da Administração Pública:

uma abordagem a partir das teorias de Ronald Dworkin e de Richard Hare e do dever de fundamentação das decisões judiciais

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof^o Dr. Roberto Freitas Filho

Brasília/ DF

2016

Castro, Camila de Oliveira.

A proibição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a aplicação direta dos Princípios Constitucionais da Administração Pública: uma abordagem a partir das teorias de Ronald Dworkin e de Richard Hare e do dever de fundamentação das decisões judiciais / Camila de Oliveira Castro. Brasília: IDP, 2016.

147f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

1. Nepotismo. 2. Decisões Judiciais, Supremo Tribunal Federal.
3. Administração Pública, Princípios Constitucionais. 4. Ronald Dworkin.
5. Richard Hare. I. Título

Catálogo na Fonte Bibliotecária: Cíntia Mohamad CRB 1/1659

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

Camila de Oliveira Castro

**A proibição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a aplicação direta
dos princípios constitucionais da Administração Pública:
uma abordagem a partir das teorias de Ronald Dworkin e de Richard Hare e do dever
de fundamentação das decisões judiciais**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico de Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Brasília/DF, maio de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Orientador

Prof. Dr. Bruno Dantas Nascimento

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Profª Dra. Luciana Barbosa Musse

Membro Externo – UniCEUB

Resumo

A Dissertação analisa a possibilidade e o modo de aplicação dos princípios, nas decisões judiciais, quando da ausência de regras que normatizem determinado caso concreto. O Supremo Tribunal Federal tem aplicado princípios constitucionais para regulamentar condutas sem que haja o intermédio do legislador ordinário, como ocorreu no caso da proibição do nepotismo. Essa vedação ocorreu especialmente em três momentos: na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF; no Recurso Extraordinário nº 579.951/RN e finalmente com a edição da Súmula Vinculante nº 13 desta Corte, sob fundamentado de violação dos princípios da Administração Pública, principalmente os da moralidade, impessoalidade e eficiência, elencados no *caput*, do art. 37, da Constituição Federal de 1988. O trabalho adota a posição de Ronald Dworkin, sobre os princípios e as regras, o poder discricionário e os casos difíceis (*hard cases*) e a Teoria da Linguagem Moral de Richard Hare. Há ainda uma abordagem acerca da garantia constitucional do dever de fundamentação das decisões judiciais e da necessidade de exposição de argumentos, que confere às mesmas, racionalidade e permite o seu maior controle. Nesse sentido, o trabalho versa também sobre as disposições trazidas pelo novo Código de Processo Civil de 2015, que inovou ao expor um rol de hipóteses em que uma decisão judicial é considerada não-fundamentada.

Palavras-chave: Aplicação de Princípios. Ausência de regras. Decisões Judiciais. STF. Proibição do nepotismo. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Ronald Dworkin. Richard Hare. Dever de fundamentação. Novo CPC.

Abstract

The Dissertation examines the issue involving the possibility and way of application of principles in case of absence of rules in a particular case, in judicial decisions. The Federal Supreme Court of Brazil has applied constitutional principles to regulate behaviors without the intervention of the ordinary legislator, as occurred in the case of the prohibition of nepotism. This prohibition occurred especially in three moments: the Constitutionality Direct Action no. 12 / DF; the Extraordinary Appeal no. 579951 / RN and finally with the issue of Binding Precedent no. 13 of this Court, based on violation of the constitutional principles of Public Administration, especially the morality, impartiality and efficiency, listed in the caput of art. 37, of the Federal Constitution of 1988. The Dissertation assumes the position of Ronald Dworkin, about the principles and rules, the discretionary power and the hard cases and also the Theory of Moral Language of Richard Hare. There is also an approach about the constitutional guarantee of the obligation to state reasons in judgments, and the requirement for the exhibition of arguments, which gives them, rationality and allows a greater control. In this sense, the work treats also about the provisions brought by the new Civil Procedure Code of 2015, which innovated by presenting a list of cases in which a judicial decision is deemed as non- substantiated.

Keywords: Application of Principles. Absence of specific rules. Judgments. The Federal Supreme Court of Brazil. Prohibition of Nepotism. The Constitutional Principles of Public Administration. Ronald Dworkin. Richard Hare. Obligation to state reasons in judgments. New Civil Procedure Code.

Résumé

La Dissertation examine la possibilité et les modalités d'application des principes dans le cas de l'absence de règles pour un cas spécifique, dans les décisions judiciaires. La Cour Suprême Fédérale du Brésil a appliqué les principes constitutionnels pour réguler les comportements, sans les moyens du législateur ordinaire, comme dans le cas d'interdiction du népotisme. Cette interdiction a eu lieu dans trois étapes: sur L'Action Directe de la Constitutionnalité n° 12 / DF; sur L'Extraordinaire Attrait n° 579951 / RN et enfin avec la édition du Précédent Obligatoire n° 13 de cette Cour, sur l'argument de violation des principes de l'Administration Publique, en particulier des principes de la morale, de l'impartialité et de l'efficacité, énumérés dans le article 37, *caput*, de la Constitution Fédérale du Brésil de 1988. La Dissertation prend la position Ronald Dworkin, sur les principes et les règles, le pouvoir discrétionnaire et les cas difficiles, et la théorie de la langue morale de Richard Hare. Il y a aussi une approche sur la garantie constitutionnelle de l'obligation de motivation des décisions judiciaires et la nécessité d'exposition d'arguments, ce qui leur donne la rationalité et permet une meilleur contrôle. Dans ce sens, le travail traite aussi sur les dispositions introduites par le nouveau Code de Procédure Civile de 2015, qui a innové en affichant une liste des cas dans lesquels une décision judiciaire est jugée comme non motivée.

Mots-clés: Application des Principes. Absence de règles spécifiques. Les décisions judiciaires. Cour Suprême Fédérale du Brésil. Interdiction de népotisme . Les principes constitutionnels de l'Administration Publique. Ronald Dworkin. Richard Hare. L'obligation de motivation. Le nouveau Code de Procédure Civile.

Sumário

Introdução	11
1. O nepotismo	17
1.1. Conceito e Histórico do Nepotismo	17
1.1.1. Conceito do Nepotismo	17
1.1.2. Histórico do Nepotismo.....	21
1.2. Breves Considerações sobre algumas normas de Proibição do Nepotismo, no âmbito de instituições específicas	24
1.2.1. No âmbito do Poder Judiciário da União	25
1.2.2. No âmbito do Ministério Público da União	25
1.2.3. A Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005 do Conselho Nacional de Justiça	25
1.3. Breves considerações sobre o nepotismo nos Estados Unidos da América	26
1.4. O marco teórico adotado: A proibição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal sob o enfoque da doutrina de Ronald Dworkin e do Prescritivismo Universal de Richard Mervyn Hare	29
2. Os modelos normativos e relatório das decisões analisadas de proibição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal	32
2.1. A crise do direito e a linguagem normativa	32
2.1.1. A linguagem jurídica e os modelos normativos.....	32
2.1.2. A questão da imprecisão da linguagem	36
2.2. Considerações preliminares: justificativa da pesquisa e definição do método de análise das decisões do STF.....	37
2.3. A Metodologia de Análise de Decisões (MAD)	39
2.4. A análise das decisões no caso da proibição do nepotismo pelo STF: Votos dos Ministros na ADC 12 MC/DF, ADC 12/DF, no RE 579951-4/RN e a Súmula Vinculante nº 13 do STF	41
2.4.1. A Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/DF.....	41
2.4.1.1. A Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF - Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Julgamento: 16/02/2006, órgão Julgador: Tribunal Pleno	42
2.4.1.1.1. Votos	42
Ministro Carlos Ayres Britto (Relator)	42
Ministro Eros Grau.....	44

Ministro Joaquim Barbosa	45
Ministro Cezar Peluso	47
Ministro Gilmar Mendes	49
Ministra Ellen Gracie	50
Ministro Marco Aurélio	51
Ministro Celso de Mello	51
Ministro Sepúlveda Pertence	53
Ministro Nelson Jobim	53
2.4.2. Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/DF - Relator: Ministro Carlos Britto – Julgamento: 20/08/2008, Órgão julgador: Tribunal Pleno	54
2.4.2.1. Votos	54
Ministro Relator Carlos Ayres Britto	54
Ministro Menezes Direito	54
Ministra Cármen Lúcia	55
Ministro Marco Aurélio	56
Ministro Ricardo Lewandowski	56
Ministro Eros Grau	56
Ministro Cezar Peluso	57
Ministro Celso de Mello	57
Ministro Gilmar Mendes	58
2.4.3. Recurso Extraordinário 579.951-4/RN - Julgamento: 20/08/2008 – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Órgão Julgador: Tribunal Pleno	58
2.4.3.1. Votos	58
Ministro Ricardo Lewandowski	58
Ministro Menezes Direito	60
Ministra Cármen Lúcia	61
Ministro Eros Grau	62
Ministro Carlos Ayres Britto	62
Ministro Cezar Peluso	62
Ministro Celso de Mello	63

Ministro Gilmar Mendes.....	63
2.4.4. A Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal	64
2.5. Organização dos fundamentos das decisões sob o aspecto da coerência e consistência interna dos discursos	64
2.6. A aplicação da MAD e a teoria da linguagem moral de Richard Hare na vedação ao nepotismo pelo STF	70
2.7. Análise da linguagem e os conceitos utilizados nas decisões analisadas do Supremo Tribunal Federal	74
2.7.1. O princípio da impessoalidade.....	76
2.7.2. O princípio da moralidade.....	78
2.7.3. O princípio da eficiência	81
2.7.4. O princípio da igualdade	81
2.8. Análise dos aspectos fáticos que envolvem a vedação ao nepotismo	81
2.8.1. A circunstância histórico-social.....	82
2.8.2. A circunstância política	83
3. Os Princípios e as Regras na perspectiva de Ronald Dworkin e o Prescritivismo Universal de Richard Mervyn Hare, no enfoque das Decisões Judiciais e a Teoria Linguística	89
3.1. Breves considerações sobre a distinção entre Regras e Princípios.....	89
3.2. A doutrina de Ronald Dworkin.....	94
3.2.1 As Regras e os Princípios segundo Dworkin	95
3.2.2 O Poder Discricionário	99
3.2.3 Os casos difíceis (<i>Hard Cases</i>).....	104
3.3. As decisões judiciais e a teoria linguística, conforme o Prescritivismo Universal de Richard Mervyn Hare.....	106
3.3.1. A propriedade da prescritividade e a linguagem prescritiva	108
3.3.2. A propriedade da universalizabilidade	110
3.3.3. As palavras descritivas e avaliatórias	112
3.3.4. Os princípios expressos com palavras de valor	113
3.3.5. O significado das palavras.....	114
3.4. O Prescritivismo Universal e sua aplicação nas decisões judiciais e o caso da proibição do Nepotismo.....	118
3.5. O dever de fundamentação das decisões judiciais	120

3.5.1. O dever de fundamentação e o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16/3/2015).....	125
Considerações Finais.....	132
Referências	141

Introdução

O trabalho tem como objetivo analisar as decisões judiciais, que se utilizam de normas semanticamente abertas como fundamentos decisórios, onde se inserem os princípios jurídicos, que são expressos com palavras de valor. O trabalho é teórico, mas ao mesmo tempo me utilizo da análise da questão da proibição do nepotismo, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da aplicação direta de princípios, para fins de constatação dos argumentos que desenvolvo, conforme as teorias de Ronald Dworkin e Richard Hare.

Logo, o trabalho analisou a forma que os Ministros do STF construíram seus argumentos decisórios, quando se utilizaram de princípios jurídicos em suas motivações, ao mesmo tempo em que se vislumbrou a forma de aplicação de normas abertas, nas construções decisórias. Nesse sentido, a pesquisa é de caráter qualitativo e utilizo a metodologia denominada de Metodologia de Análise de Decisões (MAD), desenvolvida por Roberto Freitas Filho, que consiste em um instrumento teórico que possibilita a análise das práticas decisórias, por meio da teoria da linguagem, aplicável no âmbito do Direito, que permite a verificação das palavras e expressões utilizadas nos argumentos das decisões judiciais.¹

Destaco que a pesquisa não consiste em um Estudo de Caso e nem em Análise de Jurisprudência, ao passo que a MAD se difere dessas.² Apesar de os três possuírem características comuns, a MAD se distingue dos outros dois, no que se refere aos procedimentos, aos objetivos e ao instrumento teórico empregado em um de seus passos.³

A MAD se insere no campo metodológico da formulação de um protocolo que possibilita que o trabalho do pesquisador obtenha resultados apreciáveis e comparáveis (se possível, esse último), proporcionando um grau de exatidão e de controle do que está sendo realizado nas decisões judiciais.⁴

A MAD será abordada, de forma mais apurada, em tópico específico, mas no momento justifico que o presente trabalho se restringiu em analisar as principais decisões acerca da proibição do nepotismo pelo STF, apesar de a MAD consistir em método mais apropriado para o emprego em um conjunto de decisões. Nesse sentido, é possível em

¹ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes.. *Metodologia de Análise de Decisões (MAD)*. Univ. JUS, Brasília, n. 21, jul./dez. 2010, p. 1-17. Disponível em: <file:///C:/Users/ADM/Downloads/1206-6606-1-PB%20(4).pdf>. Acesso em 10 set. 2014.

² Ibid., 2010, p.2.

³ Ibid., 2010, p. 3.

⁴ Ibid., 2010, p. 6.

princípio, a análise inclusive sobre uma única decisão.⁵ Optei pelo exame de três decisões, tendo-se em vista que essas foram as de maior relevância na questão da proibição do nepotismo, pelo STF. Na primeira, a Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12-6/DF houve maiores debates, tendo restado assentado o posicionamento do STF de proibição do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, sob o argumento de que a vedação dessa prática decore da violação direta dos princípios constitucionais da Administração Pública. As demais seguiram a mesma linha de raciocínio (decisão de mérito da Ação Direta de Constitucionalidade n.12/DF e o Recurso Extraordinário n. 579.951-4/RN), sendo que o Recurso Extraordinário se diferenciou pela extensão da proibição da prática nepotista no âmbito dos demais Poderes Públicos. Após, o STF editou a Súmula Vinculante n.13, assentado em definitivo o seu posicionamento de proibição da prática nepotista.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela vedação ao nepotismo, vale dizer, da prática de favorecimento de parentes no provimento de cargos em comissão ou na designação para funções de confiança, de modo a realizar uma construção normativa sem que houvesse o intermédio de legislação ordinária, de competência do Poder Legislativo. Tal se deu por meio do desdobramento de princípios constitucionais, quais sejam, os da Administração Pública prescritos no *caput*, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, em especial quanto aos princípios da moralidade e da eficiência administrativa.

Tecendo maiores explicações, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em que esta pleiteava a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 7 de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça. Isto porque o art. 1º desta Resolução dispõe que é vedada a prática do nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, para os cargos, empregos e funções, por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, sendo, portanto, nulos os casos assim caracterizados.

No julgamento desta ADC, em sede de apreciação de pedido de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos considerou que o § 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional 45/2004 confere ao Conselho Nacional de Justiça, o poder normativo autônomo, para decretar regras gerais e abstratas, com força de lei, no que tange às matérias de sua competência.

⁵ Ibid., 2010, p.12-13.

Além disso, para o STF, a referida Resolução apenas regulamentou o que já fora estabelecido pela própria Constituição Federal, quando prescreveu acerca da obediência da Administração Pública aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência.

Posteriormente, quando o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 579. 951-4/RN foi decidido por votação unânime que embora a Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça restrinja a vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, essa prática também é ilegal no âmbito dos demais Poderes Estatais. Assim, como dito, no julgamento desse RE, o STF estendeu a proibição do nepotismo aos demais Poderes Públicos.

E por fim, o último momento se deu com a edição da Súmula Vinculante nº 13 do STF, de 12 de novembro de 2008, com fundamento no art. 103-A, da Constituição Federal, aprovada por unanimidade, momento este em que esta Corte assentou o seu posicionamento de vedação ao nepotismo no âmbito da Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, e de todas as unidades federativas, com base nos princípios da Administração Pública. Esta súmula assim prescreveu: “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.”

Em suma, o supremo Tribunal Federal concluiu que os princípios constitucionais da Administração Pública são normas jurídicas com efeitos de aplicação imediata, veiculadores de condutas para os seus destinatários, não havendo necessidade, portanto, de lei formal que institua a vedação ao nepotismo.

Destaque-se que anteriormente a tais julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal já haviam normas de restrição à nomeação ou designação de parentes para cargos de livre-provimento ou funções de confiança, porém de incidências restritas. Nesse sentido é possível citar as leis no âmbito do Poder Judiciário da União (Lei nº 9.421, de 24/12/1996 revogada pela Lei nº 11.416, de 15/12/2006, art. 6º); do Ministério Público da União (Lei nº 9.953, de 4/1/2000 revogada pela Lei nº 11.415, de 15/12/2006, art. 5º); do Estatuto dos Servidores Públicos da União (Lei nº 8.112/1990, de 11/12/1990, art. 117, VIII).

Além dessas, haviam também alguns Regimentos Internos que versavam sobre a vedação à prática nepotista, como o do Supremo Tribunal Federal (art. 355, § 7º e art. 357, § 2º), além da referida Resolução nº 7, de 18/10/2005) e de algumas Leis Estaduais (Lei Complementar nº 97, de 1/10/2007, do estado de Pernambuco, que versa sobre a contratação e preenchimento de cargos em comissão e funções gratificadas, no âmbito do Poder Executivo Estadual). E posteriormente à edição da Súmula Vinculante nº 13 do STF foi editado o Decreto nº 7.203, de 4/6/2010, que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal.

É certo que a prática do nepotismo merecia um enfrentamento no sentido de sua vedação, haja vista que a legislação existente neste enfoque era tímida, abrangendo tão somente a atividade nepotista no seio do Poder Judiciário da União e do Ministério Público da União, dentre os demais citados.

O que o presente trabalho questiona é se a atuação protagonista do Supremo Tribunal Federal foi indevida, cabendo neste âmbito a análise da possibilidade de aplicação direta de princípios constitucionais para se chegar à decisão de vedação do nepotismo. Será adotada a posição de Ronald Dworkin, acerca dos princípios e das regras jurídicas e suas distinções; dos *hard cases* (casos difíceis) e do poder discricionário dos juízes. Em suma, conforme Dworkin, quando da inexistência de regras específicas aplicáveis ao caso concreto, os juízes devem julgar com fundamento nos princípios.

O trabalho também adota a Teoria da Linguagem Moral, denominada de Prescritivismo Universal, de Richard Hare, que é relevante, pois aplicável no Direito, no discurso jurídico empregado nos argumentos utilizados nas decisões judiciais dos Tribunais. O Prescritivismo Universal, enquanto uma regra lógica permite a análise das decisões judiciais que se utilizam de princípios em seus fundamentos. Como os princípios são expressos com palavras de valor, o Prescritivismo viabiliza a apreciação lógica dos argumentos utilizados, através do exame dos sentidos empregados nos conceitos que fundamentam as decisões, eis que fundado nos preceitos da prescritividade e da universalizabilidade.

Nesta seara também se analisou se as fundamentações utilizadas pelos Ministros da Suprema Corte foram devidamente posicionadas, tendo-se em vista que a Constituição Federal, em seu artigo 93, IX impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais. Assim, o trabalho aborda também as disposições trazidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº

13.105, de 16/3/2015), pois esse ao tratar dos elementos da sentença, inovou ao trazer, em seu § 1º, art. 489, as hipóteses em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela uma decisão interlocutória, uma sentença ou um acórdão. Além disso, em seu § 2º, dispôs que quando da colisão entre normas jurídicas, o julgador deve justificar o objeto e os critérios da ponderação efetuada, de forma a explicitar as razões que admitem o afastamento da norma e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

E nesse contexto foi trabalhada ainda a questão de que os princípios, assim como algumas regras que são constituídas de expressões, ou palavras avaliatórias, necessitam de especificação e delimitação de seus sentidos, quando da sua aplicação nos casos concretos, pelo julgador. Além disso, faz-se necessário que as decisões judiciais quando se utilizarem destes conceitos imprecisos, demonstrar a motivação de sua incidência e adequação ao caso concreto em exame, indicando os porquês de seu entendimento.

E estas normas principiológicas com conceitos indeterminados, permeados de expressões com alta carga valorativa podem resultar na problemática da incidência de um subjetivismo significativo, recaindo num decisionismo judicial.

Diante disso, apesar de muitos entenderem o contrário, os princípios não facilitam a atividade de julgamento, mas ao contrário, demandam um maior empenho hermenêutico quando comparados às regras jurídicas, tendo-se em vista que se espera do julgador quando aplicá-los ao caso concreto, demonstre o seu sentido descritivo. Neste sentido, há que se considerar que uma das dificuldades de aplicação dos princípios é que os mesmos apenas determinam um valor a ser observado ou um fim a ser atingido e não uma determinação expressa do que se deve fazer. Logo, os princípios não ampliam a discricionariedade do julgamento, mas a limitam.

Diante do exposto, as decisões judiciais devem ser cada vez mais controladas, cabendo às mesmas uma fundamentação detalhada, e mesmo não sendo possível o controle absoluto do processo de interpretação e aplicação das normas, a sua elaboração por meio de argumentos lhe proporciona um caráter mais técnico, que possibilita análises críticas.

O trabalho é estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo apresenta o conceito e o histórico do nepotismo, além de trazer breves considerações acerca de algumas normas que versam sobre a proibição da prática nepotista, no âmbito de instituições específicas. Posteriormente, trago algumas breves considerações acerca do nepotismo nos Estados Unidos

da América (diante da dificuldade em encontrar textos que versem sobre o nepotismo nos EUA), para fins informativos, acerca da configuração dessa prática nesse país e sua legislação sobre o tema. Por fim, trato sobre o marco teórico adotado nesse trabalho, ou seja, a proibição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque da teoria de Ronald Dworkin e do Prescritivismo Universal de Richard Hare.

No segundo capítulo exponho sobre a crise do direito, os modelos normativos, a linguagem normativa e a imprecisão da linguagem. Trato ainda sobre a Metodologia de Análise de Decisões (MAD), utilizada como instrumento da pesquisa desse trabalho. Esse capítulo é destinado ainda, à análise das decisões selecionadas, de proibição do nepotismo no Supremo Tribunal Federal, esmiuçando cada voto dos Ministros, a fim de vislumbrar os argumentos utilizados. Trato ainda sobre a Súmula Vinculante nº 13 do STF, além de desenvolver uma organização dos fundamentos das decisões, sob o aspecto da coerência e consistência dos discursos e analisar os conceitos utilizados nas mesmas. Por último, discorro sobre os princípios da Administração Pública, em separado, conforme tratados pelos Ministros do STF, além de tecer sobre os aspectos fáticos que envolvem a proibição do nepotismo, a circunstância histórico-social e a circunstância política.

No último capítulo, inicialmente discorro brevemente, de uma forma geral, sobre as distinções entre as regras e os princípios jurídicos e após abordo a teoria de Dworkin, no que concerne às regras e aos princípios, o poder discricionário do julgador e os *hard cases* (casos difíceis). Em seguida, discuto a teoria lingüística de Richard Hare e sua aplicação das decisões judiciais, conforme o Prescritivismo Universal. Por último, analiso sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais, fazendo referência sobre essa questão, os dispositivos do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16/3/2015), que trouxe as hipóteses em que não se considera fundamentada, uma decisão judicial.

1. O nepotismo

1.1. Conceito e Histórico do Nepotismo

1.1.1. Conceito do Nepotismo

Inicialmente, quanto ao conceito de nepotismo, muitos dicionários atribuem o termo ao latim *nepos*, que significa sobrinho ou neto, porém ele deriva do italiano *nepote*, podendo referir-se a qualquer membro da família, independente da geração. O termo originou no século XIV ou XV, para se referir à prática corrupta de nomeação de parentes dos Papas, para a administração, que eram geralmente filhos ilegítimos, tidos como sobrinhos.⁶

Trago neste sentido, uma definição de um dicionário jurídico, que segue a posição de Bellow, isto é, de que o termo nepotismo advém do latim *nepote* (favorito), que designava a autoridade que os sobrinhos e outros parentes do papa exerciam na administração eclesiástica. E ainda, por extensão, hoje em dia, significa patronato ou favoritismo na nomeação dos integrantes da administração pública.⁷

A definição moderna de nepotismo é de um favoritismo baseado na relação de parentesco, porém muitas pessoas utilizam o termo quando se referem não somente à contratação de parentes, mas também à contratação de alguém sem a necessária competência para assumir determinado cargo. No entanto, é de se convir que o ato de empregar parentes consiste em nepotismo, independente deste ser qualificado ou não.⁸

No âmbito do Brasil, seguindo a ideia posicionada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF, pode-se conceituar o nepotismo como na atitude de favorecimento por parte de servidores do Judiciário, Legislativo e Executivo, a seus cônjuges, companheiros e parentes, não aprovados em concurso público, no sentido de empregar ou exercer funções de direção e assessoramento e cargos de chefia. Nesta esteira, a proibição do nepotismo impede a livre nomeação e exoneração de cargos e restringe a contratação cruzada, que ocorre quando um servidor contrata os parentes de outro.⁹

Destaco deste modo, a dificuldade de se conceituar o nepotismo e como consequência, de abordá-lo, tratá-lo e reprimi-lo, inclusive pelo fato de ser vislumbrado a

⁶ BELLOW, Adam. *Em louvor do Nepotismo: uma história natural*. Tradução de Carlos Mendes Rosa. São Paulo: Editora Girafa, 2006, p. 22.

⁷ Definição disponível no Vocabulário Jurídico. SILVA, de Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed., 3. tiragem. Rio de Janeiro: 2007, p. 952.

⁸ BELLOW, Adam. Op. Cit., p. 22.

⁹ STF: STF notícias. *ADC 12: decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário*. 10 nov. 2009, terça-feira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>>. Acesso em 05 ago.2015.

partir de juízos morais, que necessitam de uma devida, adequada e racional argumentação, para não cair em meros entendimentos individuais. Logo, o termo nepotismo carece de uma conceituação jurídica clara, no âmbito nacional e internacional. E por certo, uma devida proibição às práticas nepotistas precede de uma adequada definição do nepotismo.

Alie-se ainda à esta questão, a inexistência de obras de discussão sobre o nepotismo. Bellow aponta que a primeira e única obra dedicada ao tema é um tratado do século XVII, denominado de *Il nepotismo di Roma*, que foi posteriormente traduzida como *The history of the Pope's nepheus*¹⁰, que possui mais de trezentos anos de idade, só existindo em microfilme.¹¹

Para melhor demonstrar esta questão, saliente-se que existem posições que vislumbram o nepotismo a partir de conceitos mais flexíveis, em que se torna possível inclusive designar uma gama de relações mais ampla do que a mera consanguinidade. Logo, muitas práticas que constituem nepotismo não aparentam o ser, e ao mesmo tempo, certas práticas que se mostram normais e aceitáveis para alguns, pode soar como nepotismo para outros.¹²

Existem posições distintas quanto ao nepotismo, mas o fato é que a maioria destas é no sentido de que esta prática é vislumbrada como uma noção negativa, no sentido de que se busca uma forma de alcançar benefícios próprios e/ou de terceiros, quando da contratação por meio de laços afetivos e de parentesco.

Trago a posição de Adam Bellow¹³, que de modo contrário, e polêmica, em sua obra analisada neste trabalho, entende que o nepotismo faz bem e é em geral o certo a se fazer. Para ele, esta prática tem origem na própria natureza, tendo desempenhado um papel relevante na vida social dos homens e contribuiu para o progresso da civilização. A explicação para tais posições é porque para o autor, a preocupação com o bem-estar dos filhos, é o motor do sistema capitalista, que se suprimida, destrói os principais incentivos para a inovação e criação de riqueza. E ainda, para ele, uma meritocracia sem laços pessoais é inumana.¹⁴ O autor assinala que o nepotismo, no caso americano é uma adaptação cultural que atende às

¹⁰ "A história dos sobrinhos dos Papas". (In: BELLOW, Adam. *Em louvor do nepotismo: uma história natural*. 2006, p. 34, tradução nossa).

¹¹ BELLOW, Adam, 2006, p. 34.

¹² *Ibid.*, p. 22.

¹³ Adam Bellow é um escritor, editor americano, e filho do também escritor Saul Bellow, Nobel de Literatura em 1976. Adam Bellow escreveu o livro *Em louvor do nepotismo: uma história natural*, obra que causou polêmica por afirmar que o nepotismo faz bem à sociedade. Para ele, os filhos que se beneficiam dos pais pelo nepotismo, tendem a ser mais competentes que as pessoas comuns, pois desejam provar que merecem estar onde estão. Este nepotismo defendido pelo autor é o novo nepotismo, e não o velho nepotismo, que é patriarcal e autoritário, em que inexistente preocupação com o mérito e eficiência do ofício.

¹⁴ BELLOW, Adam. *Op. Cit.*, p. 40.

necessidades da sociedade aberta e meritocrática, ao passo que se outras sociedades praticam o tradicional nepotismo é porque a cultura destas, não o quer de outra maneira.¹⁵

Bellow distingue o velho do novo nepotismo. Para ele, o velho nepotismo ocorre quando os pais empregam seus filhos, de forma a atuar em favor destes, mas de uma forma coercitiva, pois os pais traçam as carreiras e escolhem os cônjuges dos filhos. Já no novo, ou moderno nepotismo, são os filhos que aprovam os seus pais, de modo a seguir seus passos. E apesar deste não se tratar de nepotismo no seu sentido tradicional, é chamado como tal porque acarreta há a exploração do sobrenome, das relações e da riqueza da família. Em suma, o método é diferente, mas o resultado é o mesmo.¹⁶

Adam Bellow traz ainda algumas posições distintas quanto ao entendimento acerca da conceituação do nepotismo, como: sob a perspectiva feminina, o nepotismo evocaria as desconsiderações pelas mulheres, diante do domínio patriarcal.¹⁷ Para os negros americanos, o nepotismo equivale a racismo, em decorrência do favoritismo pelos brancos.¹⁸ E do ponto de vista de um trabalhador, o nepotismo consiste na contratação ou promoção do genro, sobrinho, ou a namorada do patrão em prejuízo de outros candidatos com maior qualificação.¹⁹ Os economistas interpretam o nepotismo como um empecilho a uma mudança sadia nas empresas, diante da promoção do desperdício e da ineficiência. Outros, no entanto, percebem o nepotismo como uma prática racional, pois a procura por novos talentos gera custos, que devem ser evitados.²⁰

Voltando ao caso do Brasil, o próprio STF após editar a Súmula Vinculante nº 13, apresentou em 2011, uma proposta interna de revisão desta norma, apresentando uma nova sugestão de redação para a mesma. O autor da proposta interna de revisão da Súmula Vinculante n. 13 é o Ministro Cezar Peluso, que asseverou que o enunciado em vigor tem provocado incertezas, quanto ao seu alcance, desde a sua edição, por distintos órgãos e entidades da Administração Pública.²¹

¹⁵ Ibid., p. 37.

¹⁶ Ibid., p. 27.

¹⁷ Ibid., p. 24.

¹⁸ Ibid., p. 25.

¹⁹ Ibid., p. 23.

²⁰ Ibid., p. 23.

²¹ STF. Processos. *Proposta Interna de Revisão do Enunciado da Súmula Vinculante nº 13, referente à vedação do nepotismo*. Data: 03 mai. 2013, p. 1-4. Autor: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:k1j1BSheUqgJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp%3Fid%3D2980133%26tipoApp%3DRTF+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 24 out.2015. O Autor da nova proposta de redação sumular, o Ministro Cezar Peluso afirma que o enunciado ora em vigor, desde a sua edição, tem suscitado dúvidas quanto ao seu exato alcance, “por parte de diferentes órgãos e entidades da administração pública.” A nova proposta sugere o texto sumular: “Nenhuma autoridade pode nomear para cargo em comissão, designar para função de confiança, nem contratar cônjuge, companheiro, ou

A nova proposta de redação da Súmula objetiva evidenciar como nepotismo, a nomeação para cargo em comissão, de designação para o exercício de função de confiança, ou contratação de cônjuge, companheiro, ou parente, até o terceiro grau, por todas as autoridades públicas. Além disso, ela pretende alcançar a proibição do nepotismo, a todos os servidores de mesmo órgão, ou entidade, quando houver subordinação funcional direta entre o nomeado, designado, ou contratado, para cargo ou função, e seu cônjuge, companheiro, ou parente, até o terceiro grau, inclusive ocupante de outro cargo ou função; e quando havendo cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, ocupante de cargo ou função, ocorra incompatibilidade entre o cargo em comissão ou função comissionada a ser preenchida e a qualificação profissional do pretendente.

Depreende-se deste modo, que a Súmula Vinculante nº 13 não elucidou, nem reprimiu satisfatoriamente a problemática da prática nepotista, ao que gerou muitas dúvidas e interpretações diversas e divergentes, quando diante de situações concretas. O próprio STF não definiu de forma clara e exaustiva o nepotismo, de modo que, como já dito, pretende modificar a redação da referida súmula.

Na própria proposta interna de redação sumular, o Ministro Cezar Peluso aborda sobre as manifestações dirigidas ao STF pelo Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Gurgel, e seu antecessor, Dr. Antonio de Souza, exaradas nos autos da Reclamação 6.838, que tecem preocupações do MPF, no que tange às controvérsias surgidas na compreensão do texto da Súmula Vinculante 13, em todas as esferas do Poder Público. E nesta ocasião, a Procuradoria-Geral da República pleiteia que as manifestações possam ser aproveitadas, para que o STF dê contornos precisos ao enunciado sumular e deste modo, sejam afastadas definitivamente, as interpretações ampliativas ou restritivas, permitindo a sua correta aplicação.²²

Diante do exposto, em suma, o conceito de nepotismo, em linhas gerais, atualmente, no âmbito do Brasil, pode ser entendido como uma prática de favoritismo de nomeação parentes, cônjuge, ou companheiro, por autoridades públicas, o que, como dito, não elucida as diversas situações e questionamentos levados ao Poder Judiciário.

parente seu, até o terceiro grau, inclusive, nem servidores podem ser nomeados, designados ou contratados para cargos ou funções que guardem relação funcional de subordinação direta entre si, ou que sejam incompatíveis com a qualificação profissional do pretendente.”

²²Ibid. Acesso em 27 out. 2015.

1.1.2. Histórico do Nepotismo

Passando para o histórico do nepotismo, o Ministro Cezar Peluso, em seu voto na MC na ADC 12-6/DF²³ esta questão, informando que o nepotismo nasceu do hábito de alguns Papas em nomear os sobrinhos e outros parentes, ato que nos veio como legado da época da colonização e contra a qual se opôs a Constituição Federal de 1824, quando instituiu a obrigatoriedade do concurso público, como resposta ao privilegiamento escandaloso da nomeação de servidores públicos.²⁴

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no RE 579.951-4/RN²⁵ abordou a questão da origem do nepotismo, ao dizer que a utilização do termo historicamente advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros parentes dos Papas, na administração eclesiástica dos séculos XV e XVI, que atualmente se refere ao favorecimento de parentes por alguém que exerce o poder no âmbito público ou privado.

Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra clássica *Raízes do Brasil* afirmou que é possível dizer que no Brasil, somente excepcionalmente houve um sistema administrativo dedicado a interesses objetivos e fundados nos mesmos. De modo contrário, ao longo da história, houve o predomínio das vontades particulares, que encontram ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. E dentre tais círculos, o da família foi o que se exprimiu com maior força e desenvoltura em nossa sociedade.²⁶

Tal se deu haja vista que: “No Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização – que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também do crescimento dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a esfera de influência das cidades- ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje. Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público.

Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e

²³ STF. *MC na ADC 12-6/DF*. Relator Ministro Carlos Britto. Julgamento: 16/02/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

²⁴ *Ibid.*, voto do Ministro Cezar Peluso, p. 57.

²⁵ STF. *RE 579951-4/RN*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 20 ago.2008, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

²⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.

não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. O funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com racionalização, adquirir traços burocráticos. Mas em sua essência ele é tanto mais diferente do burocrático, quanto mais caracterizados estejam os dois tipos.”²⁷

Acerca do funcionalismo patrimonial, Max Weber discorre que ao cargo patrimonial carece a diferenciação entre a esfera “privada” e a “oficial”, e assim, a administração política é tida como um assunto puramente pessoal do senhor, e a propriedade e o exercício de seu poder político, como parte de seu patrimônio pessoal. Deste modo, a forma deste tipo de exercício de poder é objeto de seu livre-arbítrio, onde se inclui a delimitação das competências de seus funcionários.²⁸

Em síntese, a ideia de posição dos funcionários patrimoniais é oposta à burocracia, eis que estes primeiros são consequência do tratamento do cargo como um direito pessoal do funcionário, ao passo que o Estado burocrático é consequência dos interesses objetivos, de especialização na área, e do esforço em alcance de garantias jurídicas para os dominados.²⁹

Depreende-se das explicações de Weber, que no funcionalismo patrimonial existe uma seleção dos funcionários conforme a confiança pessoal, em decorrência dos vínculos existentes entre estes e o dominador, enquanto que no Estado burocrático, os parâmetros ocorrem a partir de uma qualificação objetiva, decorrentes de considerações racionais, segundo normas e regulamentos burocráticos.

Weber aponta alguns exemplos do funcionalismo patrimonial, que podem ser trazidos e comparados no contexto do nepotismo: em virtude do interesse em emolumentos, os advogados ingleses impuseram por meio de força, o recrutamento de juízes exclusivamente de seu círculo; e o recrutamento dos advogados, do círculo dos aprendizes por eles instruídos, excluindo assim, e em desacordo com outros países, dos graduados no direito romano, por parte das universidades e com isso, da introdução deste próprio direito.³⁰

²⁷ Ibid., p. 145-146.

²⁸ WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 253.

²⁹ Ibid., p. 253-254.

³⁰ Ibid., p. 254.

E assim, os funcionários patrimoniais estão “autorizados” a fazer tudo o que “podem”, perante o poder da tradição e os interesses do senhor.³¹ Logo, há uma relação pessoal de submissão ao senhor, pois este exige sua obediência ilimitada no cargo. Tal ocorre pois a fidelidade ao cargo do funcionário patrimonial não consiste em uma fidelidade objetiva do servidor em face das tarefas objetivas, mas na fidelidade de criado que se refere de forma rigorosamente pessoal ao senhor e constitui uma parte integrante de seu dever de princípio universal de piedade e fidelidade. Assim, o cargo e o exercício do poder público estão a serviço da pessoa do senhor, de um lado, e do funcionário agraciado com o cargo, do outro, e não de tarefas “objetivas”.³²

Ao tratar sobre a dominação burocrática, Weber anuncia que o funcionamento específico do funcionalismo moderno manifesta-se de modo que para o cumprimento regular e contínuo dos deveres assim distribuídos e o exercício dos direitos correspondentes elaboram-se providências planejadas, contratando pessoas com qualificação regulamentada de forma geral.³³ E neste entendimento, a moderna organização administração separa, por princípio, o escritório da moradia privada, diferenciando em geral a atividade oficial do âmbito da vida privada, e os recursos monetários e outros meios oficiais da propriedade privada do funcionário.³⁴

Em complemento, abordando o contraste entre os tipos de dominação, Weber versa sobre a dominação legal, forma de administração moderna que se baseia nas ideias dentre as quais estão: 1. o superior, ou senhor legal típico, enquanto ordena, obedece por sua parte à ordem impessoal, pela qual orienta as suas disposições; 2. quem obedece, obedece ao direito; 3. os membros da associação ao obedecerem ao senhor, agem em conformidade com as ordens impessoais.³⁵ E assim, a dominação legal pode assumir diversas formas, sendo que a dominação mais pura no quadro administrativo é a do funcionalismo, ou seja, da burocracia.³⁶

E a dominação burocrática significa em termos gerais, que: a tendência ao interesse de recrutamento universal a partir de profissionais mais qualificados; 2. a dominação da impessoalidade formalista, isto é, sem considerações pessoais, de modo igual para cada qual (cada qual dos interessados que se encontrem em mesma situação).³⁷

³¹ Ibid., p. 254.

³² Ibid., p. 255.

³³ Ibid., p. 198.

³⁴ Ibid., p. 199.

³⁵ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. v. 1, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014, p. 142.

³⁶ Ibid., p. 143.

³⁷ Ibid., p. 147.

Retornando à pessoalidade assolada no Brasil, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto na ADC 12 lembra a edição da Lei de 10 de outubro de 1828, que em seu art. 38 dispunha que: “Nenhum vereador poderá votar em negócio de seu particular interesse, nem dos seus ascendentes ou descendentes, ou cunhados, enquanto durar o cunhadio. Igualmente não votarão aqueles que jurarem suspeição.”³⁸

E assim, o nepotismo consiste em uma cultura paternalista que vigorava no Brasil há muitos anos, que privilegiava aqueles detentores de influência pelo vínculo do parentesco, mas que foi atingida pela decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, de 20 de agosto de 2008, de proibição do nepotismo, e assim determinar uma mudança no sistema de contratação para o serviço público nacional. Tal decisão possibilita o direito ao acesso do serviço público a todo cidadão, pelo seu mérito e não pelo parentesco, culminando em uma melhor qualificação do serviço público.³⁹

1.2. Breves Considerações sobre algumas normas de Proibição do Nepotismo, no âmbito de instituições específicas

Destaque-se que existem apenas algumas normas de efeitos limitados, que versam sobre o nepotismo, no âmbito do Poder Judiciário da União (Lei nº 11.416, de 15 de dezembro de 2006, em seu art. 6º)⁴⁰, do Ministério Público da União (Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006)⁴¹, do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 7/2005)⁴², do estatuto dos Servidores Públicos da União (Lei nº 8.112/1990, art. 117, VIII)⁴³, Regimentos Internos, como o do Supremo tribunal Federal (art. 355, § 7º, e art. 357§2º)⁴⁴, e algumas leis estaduais. A seguir discorro brevemente acerca das principais regras jurídicas, que versam sobre a

³⁸ STF. *ADC 12-6/DF*. Voto Ministra Cármen Lúcia, p. 20.

³⁹ STF. STF notícias. *ADC 12: decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário*. 10 nov. 2009, terça-feira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>>. Acesso em 05 ago. 2015.

⁴⁰ *Lei n. 11.416, de 15 dez.2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111416.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁴¹ *Lei n. 11.415, de 15 dez.2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111415.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁴² CNJ. *Resolução n. 7, de 18 out. 2005*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2716>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁴³ *Lei n. 8.112, de 11 dez. 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁴⁴ *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Atualizado até jan. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

proibição do nepotismo, ou seja, as leis no âmbito do Poder Judiciário da União, do Ministério Público da União e a Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça.

1.2.1. No âmbito do Poder Judiciário da União

A Lei nº 11.416, de 15 de dezembro de 2006, que revogou o art. 10, da Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, em seu art. 6º⁴⁵ dispõe acerca da vedação à nomeação ou designação, para os cargos em comissão e funções comissionadas, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive dos respectivos membros e juízes vinculados, no âmbito da jurisdição de cada tribunal ou juízo. O artigo traz, no entanto, exceção ao ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir perante o magistrado determinante da incompatibilidade, no âmbito da jurisdição de cada tribunal ou juízo.

1.2.2. No âmbito do Ministério Público da União

A Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006, que revogou o art. 22 da Lei nº 9.953, de 4 de janeiro de 2000⁴⁶ dispõe acerca da vedação à nomeação ou designação, para cargo em comissão, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, dos respectivos membros, no âmbito do Ministério Público da União. O artigo excepciona, no entanto, o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para o exercício perante o membro ou servidor determinante da incompatibilidade, situação esta que se aplica à função de confiança.

1.2.3. A Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005 do Conselho Nacional de Justiça

A Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça⁴⁷ disciplinou o exercício dos cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges, e

⁴⁵ *Lei n. 11.416, de 15 dez. 2006.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11416.htm>. Acesso em: 30 set.2015.

⁴⁶ *Lei n. 11.415, de 15 dez. 2006.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11415.htm>. Acesso em: 30 set.2015.

⁴⁷ *Resolução n. 7, de 18 out. 2005.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2716>>. Acesso em: 30 set. 2015.

companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário.

Em seu art. 1º ficou disciplinado que é vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos que de tal forma forem caracterizados. Para tanto, o seu art. 2º dispôs acerca do que constituem práticas do nepotismo, dentre outras:

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;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - 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, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento [...]

1.3. Breves considerações sobre o nepotismo nos Estados Unidos da América

Para fins de uma análise comparativa, mesmo que superficial, neste tópico trago breves considerações acerca da incidência do nepotismo nos Estados Unidos da América, diante da dificuldade em encontrar textos sobre o tema.

Nos EUA, o nepotismo incidiu em sua história. Os EUA sempre tiveram famílias de tradição política, e em relevante parte de sua história, a maioria dos Presidentes, Senadores, Deputados, Governadores e Juízes da Suprema Corte foi proveniente de uma pequena parte da população que constituía a classe política do país. No entanto, para Bellow, ao mesmo tempo

em que a elite americana é tendente em insistir no sistema que lembra o de castas, ela também se mantém aberta e meritocrática.⁴⁸

Destaque-se que ocorreu um relativo sumiço da atividade nepotista no período a partir da Segunda Guerra Mundial, mas posteriormente houve o retorno de sua prática, com intensidade no solo americano.⁴⁹

A antipatia pelo nepotismo é um fenômeno americano, ao passo que esta atitude tem sido exportada para o mundo nos últimos cinquenta anos, representando os ideais igualitários constantes da Declaração de Independência, na Constituição Americana e na Carta de Direitos. No entanto, Bellow assevera que esta conquista é aparente, pois na prática a condenação ao nepotismo americano é seletiva. E assim, censura-se o nepotismo, mas ao mesmo tempo, ele é praticado ao máximo, ocorrendo às claras.⁵⁰

Adam Bellow traz um rol de casos de incidência do nepotismo nos EUA, nos dias atuais, em diversas áreas, como no âmbito dos negócios, da literatura, da música, em Hollywood, da televisão, dos esportes, e em outras profissões como dos bancos de famílias, da medicina, da advocacia, dos militares, dos ofícios religiosos, da arquitetura, da moda, do jornalismo, no meio intelectual, onde existem tradições acadêmicas (apesar de as faculdades terem se tornado mais meritocráticas após a Segunda Guerra Mundial), dos sindicatos, e na polícia municipal e corpo de bombeiros.⁵¹

Nos EUA, no entanto, a prática do nepotismo se apresenta mais comumente na classe política, que cada vez mais é constituída de filhos de famílias de tradição política. Neste sentido, é possível apresentar uma lista de pessoas que obtiveram cargos por meio de laços familiares, nos EUA, como os Bush, em Connecticut, Texas e Flórida; e os Kennedy em Massachussetts.⁵² E apesar dos sucessores despertarem uma maior atenção na política nacional, o fenômeno do nepotismo é mais comum no âmbito estadual e municipal.⁵³

E a influência de casais políticos também cresce nos EUA, sendo comum as mulheres de políticos sucederem seus maridos mortos, e também de casais fazerem carreira, como Bill e Hillary Clinton, além de casos de lobistas casados com importantes políticos ou funcionários do governo.⁵⁴

⁴⁸ BELLOW, Adam, 2006, p. 15-16.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 13, 647.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁵¹ *Ibid.*, 647- 678.

⁵² *Ibid.*, p. 9, 13, 647.

⁵³ *Ibid.*, p. 648.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 651.

E assim, os americanos cada vez mais entendem que não existem problemas na contratação de parentes, desde que estes tenham as qualificações necessárias para o cargo, chegando inclusive a entenderem que não há que se falar em nepotismo quando se exerce uma influência para auxiliar um familiar ou quando empregam parente capacitado para o exercício de determinado cargo.⁵⁵

Destaque-se, no entanto, que nos EUA existem legislações para combater o nepotismo, conforme notícia reportada no sítio da Controladoria Geral da União.⁵⁶ O Código dos estados Unidos (United States Code: USC)⁵⁷ indica os princípios meritocráticos que regulam a seleção, contratação e promoção dos empregados da Administração Pública Federal.⁵⁸

O USC relaciona taxativamente os casos que se caracterizam como nepotistas. Em suma, conforme o USC é proibido o favorecimento de parentes do funcionário da Administração Pública Federal detentor de autoridade em tomar, recomendar ou aprovar decisões quanto à indicação, promoção e contratação de funcionários, na agência em que labora ou possua qualquer influência. É possível, no entanto, parentes atuarem na mesma agência, a menos que tal não seja na mesma linha de comando. É permitido também que parentes que atuem em uma mesma linha de comando, desde que o funcionário detentor de autoridade não venha a ter autoridade sobre os atos que venham a atingir algum parente.⁵⁹

Nos termos do USC considera-se como parente: pai, mãe, filhos, irmãos, tios, primos primeiros, sobrinhos, marido, esposa, sogros, cunhados, enteados, madrasta, padrasto e meios-irmãos. Quanto ao nepotismo cruzado não há vedação expressa no USC, porém há a proibição de concessão de preferências ou vantagens não autorizadas por lei ou regulamento, em prol de funcionário ou candidato a um cargo público federal. E o órgão responsável pelo recebimento e pela investigação dos casos de práticas nepotistas é o Office of Special Counsel (OSC). No

⁵⁵ Ibid., p. 27.

⁵⁶ CGU. Por ASCOM (Assessoria de Comunicação Social). *Experiências Nacionais e Internacionais. Órgãos nacionais e internacionais têm legislações específicas para combater o nepotismo*. Publicado em 03 fev.2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/nepotismo/outras-experiencias#ESTADOS_UNIDOS>. Acesso em: 10 mai.2016.

⁵⁷ Office of the Law Revision Counsel. *United States Code: the United States Code is a consolidation and codification by subject matter of the general and permanent laws of The Unites States*. Is is prepared by the Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives. Gabinete do Conselho de Revisão de Lei. Código dos Estados Unidos: o Código dos Estados Unidos é uma consolidação e codificação por assunto das leis gerais e permanentes dos Estados Unidos. Ele é preparado pelo Gabinete do Conselho de Revisão de Leis, da Câmara dos Representantes do Congresso dos Estados Unidos. (tradução nossa) Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em 12 mai.2016.

⁵⁸ CGU. Op. Cit. Acesso em: 10 mai. 2016.

⁵⁹ Ibid.

caso desse órgão concluir pela incidência de violação ao USC, existe a possibilidade de ser sugerida uma determinação de sanção disciplinar ao sujeito praticante do nepotismo, caso esse que segue para um juiz administrativo, que delibera uma decisão passível de recurso.⁶⁰

No que tange às penalidade impostas no caso de violação à proibição dos casos de nepotismo, essas podem ser configuradas como reprimenda, suspensão, rebaixamento ou exclusão do sujeito violador, do cargo do governo, além da possibilidade de impedimento de trabalho no âmbito do governo federal por um período de até cinco anos e a fixação de uma multa.⁶¹

1.4. O marco teórico adotado: A proibição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal sob o enfoque da doutrina de Ronald Dworkin e do Prescritivismo Universal de Richard Mervyn Hare

O trabalho aborda a possibilidade de fundamentação das decisões judiciais, amparadas exclusiva e diretamente pela aplicação dos princípios constitucionais, quando da ausência de norma regulamentadora específica, como ocorreu com a proibição do nepotismo pelo STF. Este posicionamento do STF ocorreu pela aplicação direta dos princípios da Administração Pública elencados no *caput*, do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

A posição adotada é a de Ronald Dworkin, no sentido de que o direito é composto pelas regras e pelos princípios, e assim na ausência de regras específicas aplicáveis a determinados casos concretos deve-se julgar com base nos princípios. Ao mesmo tempo, não prospera a ideia de discricionariedade no processo decisório, quando da utilização de princípios como fundamentos das decisões judiciais, pois estes não ampliam a discricionariedade de julgamento, mas de modo contrário, a limitam. Tal ocorre tendo-se em vista que a decisão está vinculada a determinados padrões, consubstanciados em princípios.

Neste sentido, é relevante a questão da forma de aplicação dos princípios como fundamentos de decisões judiciais, haja vista que os mesmos são caracterizados pela sua amplitude e indeterminação dos seus significados, observando-se que estas características também podem incidir nas regras jurídicas. Assim, necessária a análise de que forma se dá a aplicação dos princípios, de modo que não haja uma manipulação dos mesmos, a partir da mera vontade e posição subjetivista dos julgadores. E ainda, os princípios são dinâmicos, logo, a sua aplicação não é automática, ou auto-evidente e necessita, portanto, de

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

fundamentações adequadas e coerentes. E é esta justificação racional dos juízos e princípios morais que permite a racionalidade das decisões morais.

Aborda-se neste sentido, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, em conformidade com o art. 93, IX, da Carta Magna de 1988, de forma que cabe ao julgador, especificar os caminhos percorridos para chegar à sua conclusão, pois esta não se apresenta por uma dedução lógica. E ainda se faz necessária a devida relação entre a norma apontada como cabível para a situação apresentada com o caso em concreto.

O presente trabalho adota ainda a teoria da linguagem moral de Richard Mervyn Hare, que consiste em uma teoria ética denominada de Prescritivismo Universal. Esta teoria trabalha com as propriedades lógicas e semânticas da prescritividade e da universalidade das palavras de valor. E neste âmbito, os princípios, que são expressos com palavras de valor (como a moralidade) para a sua devida aplicação em um determinado caso concreto, demanda um maior esforço hermenêutico pelos julgadores, quando comparados às regras, pois o seu aplicador deverá expor o sentido descritivo dos princípios expressos com palavras de valor. E assim, o autor distingue de forma lógica, as palavras de valor e as palavras descritivas, que permite a apreciação da densificação semântica ou a ausência das palavras utilizadas.⁶²

A devida explicitação dos elementos descritivos, quando da utilização de normas expressas com palavras de valor permite a coerência e transparência das decisões judiciais, além de permitir o controle da racionalidade destas. No caso de não haver uma devida justificação dos argumentos decisórios, haverá um déficit de fundamentação, comprometendo assim, a sua racionalidade.

No que tange à universalizabilidade, esta consiste no impedimento de que o julgador chegue a conclusões diversas quando diante de situações semelhantes, criando assim, uma previsibilidade das decisões judiciais. Assim, por esta propriedade, há uma obrigatoriedade de aplicação de uma regra decisória em outros casos semelhantes, pois caso contrário há uma perda da racionalidade da aplicação, transformando a decisão em arbítrio.

⁶² A distinção entre as palavras de valor e as descritivas está na função lógica delas em determinado discurso. As palavras descritivas são aquelas que não têm um sentido prescritivo e não têm um significado relativo à qualidade de um determinado objeto ou situação. Já as palavras de valor, ao contrário, têm a função de qualificar um determinado objeto, não sendo, portanto, estáveis semanticamente, o que torna necessária a indicação, na motivação da decisão judicial, das circunstâncias descritivas presentes no caso. Como exemplo, pode-se citar o termo: “bom automóvel”, que pede uma justificação sobre a avaliação feita a respeito da qualidade atribuída ao referido objeto. In: FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de Análise de Decisões*. Univ. JUS, Brasília, n. 21, jul./dez. 2010, p. 14. Disponível em: < file:///C:/Users/ADM/Downloads/1206-6606-1-PB%20(11).pdf >. Acesso em: 04 out. 2015.

Em suma, para que os critérios de juízos morais não decorram de preferências subjetivas e discricionárias do julgador, impõe-se a adoção dos critérios que permitam um controle da racionalidade das decisões judiciais baseadas em escolhas valorativas. Tais critérios, pela teoria de Hare, são os da prescritividade e da universalizabilidade.

Logo foi realizada uma coleta dos dados das principais decisões do STF no caso do nepotismo, pela análise dos elementos narrativos, com os quais os julgadores construíram seus argumentos de decisão, de forma a buscar os conceitos utilizados, e assim, ser possível a identificação da prática decisória. E ainda, se ocorreu a devida justificação dos juízos utilizados como base dos fundamentos decisórios, de modo a ser possível um controle da sua racionalidade. Para tanto, foi utilizado o instrumento denominado Metodologia de Análise de Decisões (MAD), que permite a verificação dos parâmetros avaliatórios e descritivos utilizados pelos Ministros, em suas decisões.

2. Os modelos normativos e relatório das decisões analisadas de proibição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal

2.1. A crise do direito e a linguagem normativa

2.1.1. A linguagem jurídica e os modelos normativos

Nas últimas duas décadas houve uma mudança no contexto da atividade legislativa, no sentido de se privilegiar o modelo de normas mais apto a se amoldar e ser aplicável à uma sociedade complexa e dinâmica, com variadas relações jurídicas. E assim ocorreu uma mudança de preferência do modelo de normas casuísticas para as normas abertas (onde se inserem os princípios, as cláusulas gerais, e os conceitos jurídicos indeterminados), que possuem, no entanto, conceitos jurídicos indeterminados. Esta mudança no âmbito da técnica legislativa culminou numa maior relevância dada aos princípios jurídicos, na seara do discurso do direito, pela doutrina jurídica.⁶³

Logo, na doutrina tem se dado uma preferência, também, pelo modelo de normas mais abertas, que são mais imprecisas, indeterminadas, e com maior aplicabilidade e incidência em uma maior gama dos casos concretos, em oposição ao modelo fechado de sistema codificado de leis, ou modelo casuístico.⁶⁴

No âmbito do Poder Judiciário tem ocorrido uma flexibilização crescente dos parâmetros legais e constitucionais, em prol de uma suposta independência judicial e poder normativo dos juízes. Tal é consequência da incidência de textos normativos, expressos com termos com mais de um significado, o que confere uma pretensa liberdade aos juízes em suas decisões, podendo neste sentido, decidir entre as possíveis interpretações cabíveis, ao caso em concreto.⁶⁵

Deste modo, é certo o novo papel que o Poder Judiciário passou a desempenhar nas sociedades contemporâneas, haja vista que passou de mero reprodutor passivo do conteúdo das leis, ou tradutor de textos jurídicos, em que se afastava de todo tipo de subjetividade, para um agente ativo na efetivação dos direitos sociais.⁶⁶

⁶³ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos de aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 19.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 20, 27.

⁶⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

⁶⁶ ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde*. Scielo, Revista de Saúde Coletiva, v.20, n.1, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:

E esta nova percepção da função jurisdicional do juiz envolve a questão da legitimidade do juiz constitucional, no sentido de que a Constituição Federal passaria a ser cada vez mais, aquilo que o juiz entende o que deve ser.⁶⁷ No entanto, é certo que o Direito não é o que os juízes o entendem ser, pois a sua função consiste em aplicá-lo e não em modificá-lo ou criá-lo, conforme o que Dworkin bem preconiza. Assim, quando da ausência de regra específica para solução de um caso concreto, cabe ao julgador descobrir o direito já existente, ainda que esse esteja presente de forma implícita. Essa questão será tratada posteriormente, em tópico específico, quando da abordagem da teoria de Dworkin.

Destaque-se que esta mudança é consequência da crise do direito, e sua incapacidade em se adequar à atual sociedade brasileira, diante de suas transformações no perfil da distribuição social, que culminaram em conflitos coletivos e consequentes demandas judiciais.⁶⁸ O modelo de direito e a cultura jurídica brasileira tradicionais são baseados em um sistema de normas vigente em prol da resolução de problemas inseridos em uma sociedade em que os conflitos e as partes são consequência das discordâncias entre pessoas padronizadas. Além disso, esse modelo jurídico versa sobre matérias contratuais e patrimoniais característicos do direito privado e quando do âmbito do direito público, se refere aos casos de indivíduos contra manifestações injustas e arbitrárias do Estado. E esse modelo jurídico tradicional não se mostrou apto para o devido fornecimento de soluções para as reivindicações da sociedade, a partir da segunda metade do século vinte, diante das mudanças das funções estatais e das discussões levadas ao Judiciário, e sua função social teórico-funcional.⁶⁹

E neste contexto, a cada dia tem ocorrido uma absorção da política pelo direito, de modo a existir uma comunicação entre os subsistemas jurídico e político, ocasionando assim, no que Teubner denomina de juridificação das relações sociais. E esta judicialização da política faz parte do cenário de direito sistêmico autopoiético e pós-positivista, no âmbito de uma nova hermenêutica constitucional.⁷⁰

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100004&script=sci_arttext>. Acesso em 24 set.2015 e 02 dez.2015.

⁶⁷ XIMENES, Julia Maurmann. *A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico*. RIDB, Ano 1, 2012, n. 11, p. 7095. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em 29 nov.2015.

⁶⁸ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 21.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 24.

⁷⁰ Gunther Teubner observou o fenômeno da juridificação na Europa, quando do período do *Welfare State*, em que se percebia uma ingerência externa no sistema jurídico, de modo que as transformações da sociedade refletiam na evolução do sistema autopoiético do direito. In: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 71. Destaque-se que para Gunther Teubner, o

E deste modo, através da judicialização, o Direito incorpora ao sistema jurídico, elementos externos, como os instrumentos políticos, em prol da realização social.

Neste sentido, a judicialização da política tem ocorrido pelo fato de que os tribunais são chamados a se pronunciarem quando o funcionamento do Poder Legislativo e do Poder Executivo se apresentam falhos, insuficientes ou insatisfatórios, ao passo que nestas condições há uma proximidade entre Direito e Política, e em muitos casos, torna-se problemática a identificação do direito e do interesse político.⁷¹

E neste contexto, atribuiu-se ao Direito, e em especial ao Poder Judiciário, um novo papel para a concretização da democracia e da cidadania, eis que a figura do juiz surge como um recurso, ou como o guardião último dos ideais das sociedades democráticas incapazes da administração de suas complexidades e diversificações, em decorrência da crise de legitimidade do Estado.⁷² E assim neste âmbito insere-se a expansão da atuação do Supremo Tribunal Federal, que é chamado muitas vezes a decidir sobre questões de natureza política, moral ou econômica,⁷³ ao passo que este enaltecimento do STF como nova autoridade no arranjo institucional brasileiro, Vilhena denomina de supremocracia.⁷⁴

E a consequência destas mudanças na sociedade é que este modelo de direito e da cultura jurídica tradicionais já não são mais suficientes para fornecer respostas satisfatórias para a sociedade, diante da complexidade dos conflitos existentes.

Prova disso é o excessivo número de processos que envolvem domínios da sociedade que até então não demandavam uma regulação jurídica, destacando-se neste sentido, o âmbito

direito consiste em um subsistema social autopoietico aberto que interage com outros sistemas, como o político, de forma a gerar um hiperciclo gradativamente, ao contrário do que preconizou Niklas Luhmann, que compreendeu o direito como um sistema auto-referencial fechado. In: *Ibid.*, 58- 67.

⁷¹ CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Brasília: UNB, trabalho apresentado para apresentação no GT03 “Direitos, identidades e ordem pública.” XX Encontro anual da ANPOCS, Caxambu/MG, out. 1996, p. 3. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361>. Acesso em 24 set. 2015, 06 dez. 2015.

⁷² XIMENES, Julia Maurmann. *A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico*. RIDB, Ano 1, 2012, n. 11, p. 7099. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em 29 nov. 2015. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. São Paulo: Revista Jurídica GV, jul./dez. 2008, p. 443. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 24 set.2015, 29 nov.2015.

⁷³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. São Paulo: Revista Jurídica GV, jul./dez. 2008, p. 442. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 24 set.2015, 29 nov. 2015.

⁷⁴ Oscar Vilhena. *Supremocracia*. São Paulo: Revista Jurídica GV, jul./dez. 2008, p. 444. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015 e 29 nov. 2015. XIMENES, Julia Maurmann. *A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico*. RIDB, Ano 1, 2012, n. 11, p. 7100.

constitucional, em que esta mudança é mais significativa, pois a constitucionalização envolve todo o ordenamento jurídico de uma sociedade, e, portanto, com consequências mais amplas.⁷⁵

Além disso, a ideia de mera adequação dos fatos às normas, pelo aplicador de direito torna problemático o discurso acerca da correta atuação deste operador.⁷⁶

É de se tratar ainda que o entendimento jurídico majoritário é no sentido de que Kelsen, com a sua Teoria Pura, o direito é livre de todos os valores, haja vista que jamais afirmou que a aplicação do direito não pode se dar com a consideração dos mesmos. Logo, a cultura jurídica brasileira professou uma percepção formalista e reducionista do direito, porém, de modo contrário, a posição de Kelsen é que a aplicação das normas depende da valoração, não sendo, portanto, tal atividade, matéria de investigação científica.⁷⁷

Em síntese, as mudanças na forma legiferante e de posição jurídico-doutrinária é no sentido de que a adoção por um modelo de normas abertas, isto é, de princípios, de cláusulas gerais, e de conceitos jurídicos indeterminados permitem uma maior mobilidade do aplicador, no que se refere à determinação de seus sentidos quando do momento de aplicá-las aos casos concretos. O fundamento para a adoção das normas abertas é que ao mesmo tempo, há a preservação na norma e da aplicabilidade prospectiva, ou seja, a novas formas de relação não previstas na ocasião de sua positivação.⁷⁸

E as normas abertas são constituídas por palavras de valor, conforme a teoria da linguagem moral de Richard Hare. E a função destas palavras avaliatórias, quando inseridas em uma construção argumentativa ou textual é de avaliação de um fato ou de uma conduta, diversamente da denominada função descritiva.⁷⁹

No que tange à construção da decisão judicial quando da aplicação das normas abertas, é de se destacar que esta é diversa das normas casuísticas, pois neste primeiro caso é necessário que o julgador especifique nos fundamentos de sua decisão, os elementos que

⁷⁵ XIMENES, Julia Maurmann. *A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico*. RIDB, Ano 1, 2012, n. 11, p. 7094/7095. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em 29 nov.2015.

⁷⁶ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 22.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 22-23.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 28.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 20.

constituem a regra, haja vista que neste tipo de norma não há o seu sentido descritivo expresso no seu texto.⁸⁰

2.1.2. A questão da imprecisão da linguagem

Uma das funções da linguagem é o seu uso prescritivo ou diretivo, que ocorre quando o emissor pretende dirigir o comportamento do receptor ou induzi-lo a uma ação. O uso prescritivo é inerente à linguagem da moral e à linguagem do direito, eis que as expressões destes dois campos são aplicações da razão, ao permitir a decisão acerca da melhor ação quando diante de alternativas.⁸¹

A dificuldade está na atividade de interpretação e aplicação quanto ao tipo de linguagem e texto prescritivo das normas abertas. E as normas operadas por símbolos linguísticos implicam a interpretação, havendo a necessidade de atribuição de seu significado.⁸² E esta determinação do significado não consiste em um procedimento lógico e nem científico.⁸³

Assim, é de se depreender que o processo interpretativo das normas não consiste em um processo lógico, não podendo considerar deste modo, que a função judicial se limita à verificação da hipótese prevista na lei e a aplicação dos efeitos jurídicos nela previstos. Tal ocorre tendo-se em vista que não se pode acatar que a lei possua somente um sentido, a ponto de existir apenas um significado verdadeiro e completo do texto normativo.⁸⁴

Quanto ao processo interpretativo e de aplicação das normas é certo que não existe para tal um controle absoluto, mas que pode ser racional, pois como ele é realizado por meio de argumentos, tal permite uma maior tecnicidade, que possibilita as análises críticas posteriores.⁸⁵

Como bem afirma Roger Leal, as decisões judiciais teriam de ser na medida do possível, mais técnicas, para que se fizesse prevalecer os princípios da igualdade (para que os

⁸⁰ Ibid., p. 28-29.

⁸¹ HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 3-17. FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 29.

⁸² Ibid., p. 30.

⁸³ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 30.

⁸⁴ LEAL, Roger Stifelmann, *A Judicialização da política*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em 10 jul. 2015.

⁸⁵ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 31.

casos iguais não sejam decididos de formas diversas), da segurança jurídica (para ser possível uma certa previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais) e da unidade do direito (para que o direito seja aplicado de forma uniforme no território vigente). E assim, há a necessidade de novos instrumentos para disciplinar os processos decisórios nos órgãos judiciais, pois estas regras de aplicação de tecnicidade na produção das decisões judiciais e o dever de fundamentação não têm predominado, ao passo que a limitação da criatividade judicial é positiva para a democracia e o Estado Democrático de Direito.⁸⁶

2.2. Considerações preliminares: justificativa da pesquisa e definição do método de análise das decisões do STF

O presente trabalho terá como estudo, a análise das principais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que culminaram na vedação do nepotismo no âmbito dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, através da Súmula Vinculante nº 13 deste Egrégio Tribunal. Neste sentido, o trabalho analisa as decisões da MC na ADC 12-6/DF, a ADC 12-6/DF, em que o STF decidiu pela proibição da atividade nepotista no Poder Judiciário; o RE 579.951-4/RN, momento em que o Egrégio Tribunal estendeu esta vedação aos demais Poderes; e por último, a Súmula Vinculante nº 13 do STF, em que restou firmado o posicionamento assentado no RE, de proibição do nepotismo na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios.

E neste sentido, se objetiva analisar a possibilidade de uma criação normativa pelo Poder Judiciário, através da utilização de princípios constitucionais como fundamento decisório, diante da inexistência de uma norma específica para o caso concreto, como ocorreu com a proibição do nepotismo pelo STF.

Além disso, se faz necessário avaliar os argumentos utilizados pelos Ministros, com o intuito de revelar se estes atenderam aos critérios de universalizabilidade, necessários para uma fundamentação racional dos enunciados jurídicos. Tal se dá haja vista que os princípios muitas vezes consagram valores morais, e assim, há que se justificar tais juízos, para ser possível a racionalidade decisória, e o alcance da devida universalizabilidade para os casos semelhantes. Isto ocorre porque um juízo proferido em determinado caso deve ser aplicável aos demais quando houver identidade de circunstâncias situacionais.

⁸⁶LEAL, Roger Stiefelmann, *A judicialização da política*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

E ainda, o trabalho abordará a necessidade de o julgador em suas fundamentações, determinar devidamente os significados dos termos, ou expressões, das normas aplicadas nos casos concretos, de modo a explicitar os seus elementos descritivos.

A relevância desta posição reside no fato de que a coerência das decisões está na análise das sentenças sintéticas, por meio dos vocábulos utilizados pela comunidade que as enunciam, e não porque são analisáveis através da contradição de seus termos. Logo, a determinação dos termos das normas jurídicas, e as suas devidas explicitações consiste em uma condição preliminar a análise lógica das decisões. A relevância desta postura reside no fato de que se houver um déficit de explicitação dos elementos descritivos dos termos e expressões, que constituem a norma aplicada, haverá um prejuízo ou impedimento da possibilidade de apreciação lógica das decisões proferidas.⁸⁷

Por último, há que se fazer valer pelo aplicador, a demonstração dos caminhos percorridos para alcançar a conclusão, de forma a relacionar a norma eleita e o caso concreto, mesmo nos casos de aplicação de regras detentoras somente de expressões descritivas.

No caso da proibição do nepotismo, as principais decisões do STF são três: a primeira foi a MC na ADC 12/DF (2006), ADC 12/DF (2008), em que restou assentado o entendimento de proibição ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. E a última, o RE 579.951-4/RN (2008), em que o Egrégio Tribunal entendeu que apesar de a resolução nº 7/2005 ter vedado o nepotismo apenas no âmbito do Poder Judiciário, esta prática também é estendida aos demais Poderes. E por fim se deu com a edição da Súmula Vinculante nº 13 do STF (2008), em que confirmou a última decisão, restando assentada a vedação à prática nepotista no âmbito dos três Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios.

A opção pela análise tão somente destas três decisões do supremo Tribunal Federal se dá em decorrência de que estas são as principais que culminaram no entendimento final de vedação do nepotismo, assentado pelo STF, ao passo em que a primeira decisão se deu no âmbito tão somente do Poder Judiciário e a última estendeu a vedação a todos os Poderes Estatais.

Neste sentido, importante deixar claro que o presente estudo não visa realizar uma crítica à vedação ao nepotismo, mas como já dito anteriormente, pretende analisar a forma

⁸⁷ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 153.

como tal se deu, a partir da análise destas três decisões do STF, no que concerne às fundamentações dos Ministros da Corte Constitucional. Isto porque o entendimento assentado pelo STF se deu no sentido de que é cabível a vedação ao nepotismo diante da violação dos princípios consagrados pela Constituição Federal da Administração Pública, elencados no caput do seu art. 37. Deste modo, é possível dizer que ocorreu uma criação normativa a partir da aplicação direta dos princípios constitucionais, sendo relevante, portanto, a análise das fundamentações destas decisões, para entender como se deu o seu desdobramento e a relação entre os princípios e a proibição da atividade nepotista.

E para a análise destas decisões do Supremo Tribunal Federal será utilizada a Metodologia de Análise de Decisões (MAD), que será abordada a seguir, em tópico específico.

2.3. A Metodologia de Análise de Decisões (MAD)

A Metodologia de Análise de Decisões, também identificada por MAD consiste em um instrumento teórico, de organização e apreciação de práticas decisórias, dos mais variados tipos de conflitos, de aspecto lógico-formal, que permite realizar a distinção entre as palavras de valor e as palavras descritivas utilizadas nos argumentos das decisões judiciais.⁸⁸

A MAD se caracteriza pela investigação por meio da teoria da linguagem, na qual se podem identificar os usos das palavras e das expressões com as quais as decisões judiciais são construídas, permitindo o alcance de resultados apreciáveis e se possível, comparáveis.⁸⁹

Para uma melhor compreensão da MAD, necessário trazer algumas explicações. Primeiramente, importante esclarecer que a Análise de Decisões tem como objetivos: a organização de informações de decisões judiciais manifestadas em um dado contexto; a apuração da coerência decisória no contexto determinado previamente e a elaboração de um esclarecimento do sentido das decisões, por meio da interpretação do processo decisório, da forma das decisões e dos argumentos produzidos.⁹⁰

⁸⁸ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de Análise de Decisões*. Disponível em: <file:///C:/Users/ADM/Downloads/1206-6606-1-PB%20(14).pdf>. Acesso em 05 fev. 2015, p. 14.

⁸⁹ *Ibid.*, 2010, p.6.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 7.

No que se refere ao procedimento da Análise de Decisões, a MAD possui três momentos: a) a pesquisa exploratória, para o conhecimento das discussões do problema jurídico, com a seleção de uma bibliografia básica. Esse momento possibilita a identificação dos elementos narrativos de texto, das discrepâncias argumentativas e os conceitos, os princípios ou os institutos sobre os quais existem maiores controvérsias; b) o recorte objetivo, em que há a identificação de uma questão-problema e a seleção do campo discursivo no qual se encontra o problema. Nesse ponto, o caso sob análise no trabalho foi o exame da forma como ocorreu a aplicação dos princípios da Administração Pública, nas decisões que entenderam pela proibição do nepotismo, através do exame dos fundamentos utilizados pelos Ministros do STF e quais os conceitos dados para as os termos que compõem os princípios, de modo que esses constituam em impedimento para a prática nepotista; c) o recorte institucional, em que diz respeito aos órgãos decisores que serão analisados, a partir da pertinência temática e relevância decisória.⁹¹

Quanto aos resultados obtidos a partir da utilização da MAD, esses são: a) a coleta de dados das decisões analisadas; b) a compreensão acerca da forma como os decisores tratam os conceitos, os valores, os institutos e os princípios utilizados nas narrativas decisórias, por meio da apuração da ocorrência dos elementos narrativos que os decisores constroem os seus argumentos; c) a análise crítica sobre a prática decisória, buscando o exame dos conceitos, valores, institutos e princípios no grau desconstrutivo e lógico-formal, em prol da identificação da prática decisória.⁹²

Em suma, melhor explicitando, o problema discutido neste trabalho está na análise e identificação da interpretação sobre os conceitos adotados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em suas fundamentações nas principais decisões judiciais do nepotismo, dos princípios constitucionais da Administração Pública, que são violados quando da prática nepotista. Isto quer dizer que resta imprescindível entender quais foram os entendimentos dos Ministros acerca do que significam para os mesmos, como a moralidade, a impessoalidade e a eficiência administrativa, a ponto de tais conceitos ensejarem a proibição do nepotismo.

Assim, será possível a verificação de como os Ministros utilizaram os conceitos, valores e princípios nas suas narrativas de suas decisões, possibilitando assim vislumbrar os elementos narrativos que os mesmos construíram seus argumentos. A partir daí é possível

⁹¹ Ibid., p. 7-12.

⁹² Ibid., p. 12-13.

realizar uma reflexão crítica sobre a prática decisória dos Ministros, buscando a análise dos conceitos, valores e princípios no nível desconstrutivo e lógico-formal, para que se possa identificar o sentido da prática decisória, a partir da narrativa de justificação das suas decisões.

Destaque-se a relevância da configuração do sentido linguístico das palavras através de instrumentos da teoria da linguagem, como a teoria da linguagem moral de Richard Hare, denominada de Prescritivismo Universal, que será utilizada neste trabalho. A teoria do Prescritivismo Universal consiste em um instrumento que permite realizar uma distinção lógica entre as palavras de valor ou avaliatórias e as palavras descritivas, no sentido de possibilitar a análise do significado das palavras utilizadas ou não nas decisões judiciais.⁹³

Em breve síntese, as palavras descritivas não possuem sentido prescritivo, no sentido de não possuírem significado de qualidade, ao passo que as palavras de valor possuem função qualificadora, sendo, portanto, instáveis semanticamente. Neste sentido, na motivação das decisões judiciais se faz necessária a indicação das características descritivas do caso, isto é, as circunstâncias fáticas, senão haverá uma falta de justificação plena, ou um déficit de justificação e o discurso acaba sendo proveniente de motivações e opiniões pessoais.⁹⁴

2.4. A análise das decisões no caso da proibição do nepotismo pelo STF: Votos dos Ministros na ADC 12 MC/DF, ADC 12/DF, no RE 579951-4/RN e a Súmula Vinculante nº 13 do STF

2.4.1. A Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/DF

Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), com pedido de liminar, quanto à Resolução nº 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina sobre o exercício dos cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges, companheiros dos magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário. Para tanto, a AMB faz o pedido sob os argumentos: I. de que o Conselho Nacional de Justiça possui competência constitucional para zelar pela observância do art. 37, da Constituição Federal e de apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário; II. A vedação ao nepotismo decorre dos princípios constitucionais da impessoalidade, igualdade, moralidade e eficiência administrativa, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, CF/88; III. O poder

⁹³ Ibid., p. 14.

⁹⁴ Ibid., p. 15.

Público está sujeito à legalidade formal e também à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui os comandos diretamente veiculados pela CF; IV. A Resolução nº 7/2005 do CNJ não afeta o equilíbrio necessário entre os Poderes do Estado, pois não subordina um ao outro e nem ofende o princípio federativo, posto que não estabelece um vínculo de sujeição entre as pessoas estatais de base territorial.

Assim, o STF declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005 do CNJ, acatando o pedido de liminar, entendendo que a mesma não viola a liberdade de provimento de cargos em comissão e funções de confiança, pois as suas restrições são as mesmas da CF/88, depreendidas dos princípios republicanos da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade. O STF entendeu inclusive que não há desrespeito ao princípio da separação dos poderes e federativo, pois o CNJ é órgão do Poder Judiciário e no caso não está submetendo este Poder aos demais. E assim, concedeu interpretação conforme a CF para deduzir a função de chefia do termo “direção”, nos incisos II, III, IV e V, art. 2º, da referida Resolução. A seguir passo aos votos dos Ministros, para a análise das suas fundamentações.

2.4.1.1. A Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF - Relator Ministro Carlos Ayres Britto, Julgamento: 16/02/2006, órgão Julgador: Tribunal Pleno

A Associação dos Magistrados do Brasil solicita quanto ao mérito, o pedido de procedência da referida ADC, requereu liminarmente a suspensão: a) do julgamento dos processos que envolvessem a aplicação da Resolução nº 7/2005 do CNJ até o julgamento definitivo da ação, ficando impedidos de proferir nova decisão que impedisse ou afastasse a eficácia da mesma; b) com eficácia “*ex tunc*” dos efeitos de qualquer decisões proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação da Resolução em comento.

2.4.1.1.1. Votos

Ministro Carlos Ayres Britto (Relator)

O Ministro entende que é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de toda a atividade administrativa de toda a atividade administrativa do Estado. E assim, princípios como:

I- Da impessoalidade: é consistente no descarte do personalismo; na proibição do marketing pessoal ou da auto-promoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as

obras, os serviços e campanhas de natureza pública; na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e administrador. Estes são conceitos que se opõem à cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam com a prática nepotista. E este é traduzido no persistente costume de nomeação ou designação de parentes não-concursados para trabalhar, em comissão ou em função de confiança, sob a aba familiar de seus nomeantes. E isto ostensivamente ou de modo cruzado.

II. O princípio da eficiência, a postular recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, especialmente em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho, um fiel compromisso com a assiduidade e constante oportunidade de manifestação de espírito social, numa compreensão de que o servidor público é servidor do público.

III. O princípio da igualdade, tendo-se em vista que o acesso facilitado de parentes e de familiares para os cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os sinais de prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional, mesmo que tal não seja sempre assim. E esta cultura de convocação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carregar para os núcleos domésticos favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social.

E estas práticas também podem passar para a zona proibida da imoralidade administrativa e para o Ministro este declínio para o ilícito moral é quase sempre uma consequência da inobservância deliberada dos três princípios acima citados, e assim, deixa de atribuir ao mesmo, no âmbito do nepotismo, a mesma importância que vislumbra nos princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade.

Logo, ele entende que a resolução densifica os citados princípios do art. 37, CF, e assim, o CNJ fez adequado uso da sua competência outorgada pela Constituição Federal. Assim, as restrições do ato normativo do CNJ são as mesmas impostas pela CF, dedutíveis dos princípios republicanos da impessoalidade, eficiência, e da igualdade, sobretudo. O que já era constitucionalmente proibido permanece como tal, porém, mais positivado.

Ao mesmo tempo, ele entendeu que não houve violação ao princípio da separação dos poderes e do princípio federativo, tendo-se em vista que o CNJ é órgão do Poder Judiciário e no caso não está a submeter tal Poder aos demais, pois o primeiro possui singular composição de âmbito nacional, compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte

dele. O CNJ não invadiu seara reservada ao Legislativo Federal e Estadual, mas exerceu as competências que lhes foram outorgadas constitucionalmente.

Por último, o Ministro tece dois ajustes sobre a resolução: I. A resolução, como ato normativo de natureza primária poderia, como assim o fez, fazer do terceiro grau de parentesco consanguíneo, um critério de inibição ao nepotismo. Mas não poderia criar novo grau de parentesco, por afinidade, pois tal matéria é de caráter civil, de competência do Legislativo Federal. E a resolução incluiu os parentes de terceiro grau por afinidade, ultrapassando o instituto do cunhadio. Assim, necessário emprestar a interpretação conforme, para restringir o parentesco por afinidade da linha colateral “aos irmãos do cônjuge ou companheiro”.

II. A CF vinculou os cargos em comissão e as funções de confiança às atribuições de direção, chefia e assessoramento (V, art. 37,), mas a resolução deixou de mencionar o termo chefia, ao que é necessário emprestar a interpretação conforme, incluindo-o ao art. 2º da resolução.

E assim, o Ministro entendeu pela concessão do pedido de liminar, com eficácia vinculante, para suspender os processos que questionem a resolução até o julgamento do mérito da ADC; obstar que se profiram decisões que afastem a mesma; e suspender com eficácia ex tunc os efeitos das decisões proferidas que afastem a aplicação da resolução.

Ministro Eros Grau

O Ministro entendeu pela concessão da medida liminar e afirmou a constitucionalidade da Resolução do CNJ, que coíbe o nepotismo. Para tanto, afastou os argumentos de violação à separação dos poderes e princípio federativo, haja vista que o CNJ é um dos órgãos do Poder Judiciário, conforme definido pela CF, em seu art. 92, reportando o seu voto quando do julgamento da ADI 3.367. Afirmou ainda que o rompimento da relação de trabalho daqueles nomeados para o exercício de cargos em comissão e aos contratados por tempo determinado, em situações excepcionais atenderá às imposições de moralidade e impessoalidade, que abrangem todos os contratos celebrados com a Administração. E assim, a Resolução não restringe direitos de servidores públicos e de terceiros e de relações contratuais, de modo a criar modalidade de rescisão contratual não contemplada nos contratos já celebrados com a Administração.

Acerca da questão da legalidade, o Ministro considera que não há impedimento de atribuição explícita ou implícita, ao Executivo e Judiciário, para no exercício de função normativa definir obrigação de fazer e de não fazer que se imponha aos particulares, e os vincule, considerando-se que o princípio da legalidade, do art. 5º, II, CF expressa uma reserva de lei em termos relativos. Isto porque, conforme tal artigo existe distinção entre vinculação às reservas de lei e vinculação às definições decorrentes, ou seja, fixadas em virtude de lei. O primeiro caso de trata de reserva de lei e o segundo de reserva da norma (que pode ser legal, regulamentar, ou regimental). E este segundo caso, mesmo que as definições operem em atos normativos não legislativos, mas decorrentes de previsão explícita ou implícita de lei, o princípio da legalidade continua a ser respeitado.

Em suma, ele entende que o dispositivo constitucional consagra o princípio da legalidade em termos relativos, e afirma que prova disto está em outros três artigos da CF (art. 5º, XXXIX, 150, I e § único, art. 170), que retomam o referido princípio, mas o adotando em termos absolutos, pois o termo lei nestes dispositivos se refere ao tipo específico de ato legislativo.

Por último, o Ministro entendeu que não se opera no caso, a delegação de função legislativa ao CNJ, reportando para tanto, o seu voto proferido no HC 85.060, de que já é tempo de afastarmos as concepções de que os liberais do século XIX nutriam acerca dos regulamentos, das quais muitos publicistas ainda hoje fazem praça. E a classificação das funções estatais conforme critério material, de funções normativa, jurisdicional e administrativa ainda não chegou aos ouvidos destes, fazendo-se crer que não há ninguém mais conservador que um liberal. Ademais, a CF, I, § 4º, art. 103-B atribui ao CNJ, o exercício da função normativa regulamentar. E assim, concedeu a medida liminar.

Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro entendeu ser constitucional a Resolução do CNJ, tecendo algumas observações sobre a questão. Primeiramente, quanto ao fato de a resolução ter sido expedida com fundamento diretamente na Constituição, sem fundamento em lei, ele diz que a princípio inexistente regulamento autônomo no direito brasileiro e que é vedada qualquer inovação normativa pela via infralegal. Mas tais dogmas foram excepcionados pela EC 32/2001 (previu a possibilidade de extinção, por decreto, de funções e cargos públicos criados por lei, quando vagos – art. 84, VI, b, CF) e pela EC 45/2007, art. 103-B, §4º, I, CF (atribui ao CNJ a

competência para zelar pela observância do art.37). Quanto à esta última exceção, o constituinte derivado outorgou os meios práticos de exercê-la, por meio de atos administrativos, como a Resolução.

Assim inexiste vício formal que contamine a resolução do CNJ.

Quanto ao mérito, a legitimidade é inquestionável, de modo que a resolução do CNJ vedou o nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Judiciário, ao zelar pelo art. 37 CF, haja vista que este poder é uno. E a vinculação a todos os seus órgãos na esfera estadual e federal não implica violação do princípio federativo, pois o CNJ é órgão nacional.

E as regras estabelecidas na resolução, no exercício do dever que lhe foi constitucionalmente imposto, busca dar efetividade aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade é o próprio princípio da igualdade ou isonomia, de que é aplicação concreta o ingresso em cargo, função ou emprego público mediante concurso público. Assim, a resolução não discrimina parentes, pois seu § 1º, art. 2º excepciona os ocupantes de cargo de provimento efetivo nas carreiras judiciárias admitidos por concurso público e, portanto, obedecido o princípio da igualdade.

Entendeu ainda que no caso impõe-se com mais ênfase o princípio da moralidade, por aplicação direta da CF sem necessidade de intermediação legislativa. Assim, para ele, a resolução observa o princípio da moralidade, pois é em si ato que prima pelos preceitos éticos e a par disso impõe sejam estes obedecidos. Para melhor explicar este princípio, o Ministro traz as lições de José dos Santos Carvalho Filho, que diz: “impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto...Tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.” “Somente quando os administrados estiverem realmente imbuídos do espírito público é que o princípio será efetivamente observado.”

E para ele, caso o STF declarasse a constitucionalidade da resolução, o STF estaria expressando a função corretiva e restauradora de uma moral coletiva. Isto, pois o Direito não

pode dissociar-se da Moral, ou seja, da moral coletiva, pois ele reflete um conjunto de crenças e de valores profundamente consolidados, que emanam da autoridade soberana do povo. E assim, quando em uma sociedade existem sinais de dissociação entre os valores comunitários e certos padrões de conduta de algum seguimento do aparelho estatal há um grave sintoma de anomalia que requer a intervenção da justiça constitucional, como uma força intermediadora e corretiva.

Diante das considerações apontadas, o Ministro entendeu pela concessão da medida cautelar pleiteada.

Ministro Cezar Peluso

Se a CF atribui ao CNJ o dever de zelar pela observância do art. 37 e de controlar a validade dos atos administrativos, lhe deu implicitamente o poder de regulamentar a aplicação desses princípios, sobretudo o da impessoalidade.

O núcleo da causa está em responder se o nepotismo ofende ou não, entre outros, o princípio da impessoalidade. Se sim, a questão da competência estará excluída, pois se cabe ao CNJ velar pela aplicação deste princípio, cabe-lhe coibir, de modo genérico, as práticas que o violem. E assim, ele tem o poder jurídico de explicitar o alcance do princípio na matéria, de remediar os danos causados pela prática em si e de prevenir os riscos que esse dano venha a atualizar-se, o que pode ser feito somente pela edição de ato com caráter normativo e em sentido geral. Remete ainda o art. 103-B, § 4º, I, CF, que confere poder jurídico ao CNJ para expedir atos regulamentares, que para ele não estão restritos à hipótese inicial do inciso I.

O Ministro diz que não vê porque o CNJ não poderia regulamentar a matéria sob o pressuposto de que a prática do nepotismo ofende os princípios constitucionais, regulamentar a matéria, tipificando hipóteses. E também não vislumbra, na situação dos servidores, ofensa ao direito subjetivo, e nem tampouco pensar em termos de isonomia, diante da prática ofensiva à CF.

Ele ainda remete ao voto do Relator que tratou sobre os embaraços do administrador de lidar com o interesse público, quando tem sob sua autoridade, parentes ou pessoas próximas, que faz-nos pensar sobre a realidade desta causa, de que o nepotismo nasceu com o hábito de alguns Papas que nomeavam sobrinhos e outros parentes, fato este que nos veio

como legado desde a colonização até a CF de 1824, que instituiu a obrigatoriedade do concurso público, em resposta ao privilegiamento escandaloso da nomeação de servidores públicos. E assim considera significativa uma lei de 1828, que proibia Vereador de votar em negocio de seu interesse particular ou de seus descendentes ou ascendentes, irmãos ou cunhados, até que dure o cunhadio. Assim, desde muito a prática de nepotismo é prática perniciosa ao interesse público.

A atitude de favorecer parente para atender interesse de cunho pessoal e privado frustra a escolha dos mais competentes e, portanto, o fim público da discricionariedade em prover cargos de confiança, e possui relação direta com a eficiência da Administração Pública. Há quem argumente pela necessidade de lei que regule a matéria, esquecendo-se, porém, de supor acerca da licitude da prática.

A questão poderia ser discutida à luz de vários princípios constitucionais, mas o ministro se limita ao da impessoalidade expresso na CF, o qual registram-se dificuldades teóricas de conceituá-lo e identificá-lo, especialmente pelas afinidades e vinculações com outros princípios relevantes, como o da legalidade, moralidade, igualdade, imparcialidade e da eficiência. Quanto ao da eficiência, o Ministro entende que sequer se trata de um princípio.

O Ministro trata do princípio da impessoalidade trazendo algumas posições doutrinárias, como a de Livia Maria Zago, de que ele aparece diretamente relacionado com o controle jurídico do exercício do poder político, que por definição é mantido sempre por minorias. E este dado justifica a posição de Fábio Comparato de que “mais importante do que a titularidade é o controle do exercício desse poder”.

E na concepção de Weber, o princípio da impessoalidade está ligado à ideia de eficiência, pois constitui condição ou requisito indispensável da eficiência operacional da administração pública. E continua dizendo que o princípio da impessoalidade atua como limitação do poder discricionário de nomear funcionários em cargo de confiança. E o que limita o poder discricionário do administrador, em prol da garantia das necessidades e interesses públicos é o princípio da impessoalidade, pelo qual deve ser guiar para a escolha dos quadros.

Em outras palavras, Weber assevera que o caráter da fidelidade ao cargo moderno é no sentido de que ela não estabelece uma relação de dominação patrimonial, mas se destina a

uma finalidade impessoal, objetiva.⁹⁵ Assim, sob a perspectiva social, a dominação burocrática denota uma inclinação a uma seleção de cargos, a partir daqueles com uma maior qualificação profissional; e de forma a respeitar a impessoalidade, sem hajam, portanto, considerações pessoais.⁹⁶

A impessoalidade apresenta duas dimensões em relação ao exercício desse poder: diz respeito à titularidade em si e ao exercício do poder discricionário jungido ao interesse público e ao bem comum. E seus traços estão em coibir o poder voltado em favorecer ou prejudicar pessoas e de impedir o personalismo por atos de promoção pessoal, que a CF proíbe. O princípio da impessoalidade no primeiro aspecto sublinha o dever de preenchimento dos cargos públicos, significando vedação de privilégios e de perseguições pessoais e no segundo de autopromoção.

Em suma, o Ministro entendeu pela vedação ao nepotismo por ofensa ao princípio da impessoalidade, que é objeto do poder regulamentar do CNJ.

E acompanha o voto do Relator, concedendo a liminar conforme o pedido e suspendendo os atos conforme requerido.

Ministro Gilmar Mendes

A CF (art. 103-B, §4º) autoriza a expedição de atos regulamentares pelo CNJ, no âmbito de sua atuação, estando entre suas atribuições o dever de observância dos princípios do art. 37 da CF, não havendo, portanto, que se falar em extrapolação de sua competência.

A ideia de submissão da Administração à lei não se refere somente à lei em sentido formal, pois a legalidade não se refere a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo, ao que Hariou chamava de bloco de legalidade.

Assim, para ele, não somente a lei em sentido formal, mas também a CF emite comandos normativos para a atividade administrativa. Tais comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou de princípios. E a CF ao atuar por meio de princípios,

⁹⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, 1999, p. 200-201.

⁹⁶ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v.1, 2014, p. 147.

determina os fins sem indicar explicitamente os meios. E neste sentido, não há dúvidas de que o nepotismo ofende diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade.

O Ministro utiliza-se da doutrina de Maurice Hauriou, entendendo que o princípio da moralidade traduz a ideia de que sob o ato jurídico-administrativo deve existir um substrato moral, que se torna essência de sua legitimidade e em certa medida, condição de validade. Esta moralidade não é elemento do ato administrativo, na posição de Gordillo, mas compõem-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente.

E complementemente afirmando que a indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não constitui obstáculo para a determinação de regra de proibição do nepotismo. Isto, pois, como bem anota García de Enterría, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um “núcleo fixo” ou “zona de certeza”, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. E assim, a vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Diz ainda que o CNJ em nada inovou ou avançou com a resolução, pois esta apenas explicitou de modo declarativo, o que já resultava da normatividade da CF e, ainda o fez em observância ao que algumas decisões legislativas fundamentais já externavam nos âmbitos federal e estaduais, de repúdio ao nepotismo (exemplos: Leis federais 9.241/96, art. 10; e 8.112/90, art. 117, VIII). Não há deste modo, violação ao princípio da legalidade.

O Ministro também não vislumbra incompatibilidade da resolução com o Código Civil, no que tange à caracterização de parentesco, ao passo que esta primeira deve ser interpretada à luz do segundo.

A resolução também não afronta o princípio federativo, pois o CNJ reafirma tal preceito.

Diante do exposto, o Ministro entendeu pelo deferimento da medida liminar com eficácia *ex tunc* e efeito vinculante.

Ministra Ellen Gracie

A Ministra deferiu o pedido de medida cautelar.

Em seu entendimento compete ao CNJ, o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º, CF). E este controle não está adstrito à fiscalização, monitoramento ou acompanhamento.

E a intervenção do CNJ sobre a atividade administrativa no âmbito do Judiciário se dá pelo rol de competências prescritas nos incisos do §4º, art. 103-B, CF, podendo entre outras ações, expedir atos regulamentares, apreciar e desconstituir atos administrativos. Neste rol destaca-se o de zelar pela observância do art. 37 (II, §4º, art. 103-B) que proclama os princípios constitucionais essenciais para a probidade e transparência na gestão da coisa pública. No exercício da verificação e guarda da constitucionalidade dos atos administrativos dos tribunais, que o CNJ considerou a nomeação de parentes por magistrados, como atentatória ao princípio da moralidade. A vedação ao nepotismo da Lei de âmbito federal (Lei 9.421/96) foi superada, quando do surgimento do, que fortaleceu a ideia trazida pela CF de unicidade do Judiciário.

No que tange à questão do nepotismo ofender a moralidade administrativa, ela traz o voto do Ministro Celso de Mello quando da decisão de cautelar da ADI 1.521, em que asseverou que quem possui em suas mãos, o poder e a força do Estado, não tem o direito de exercer em seu benefício, a autoridade que lhe é conferida. E que o nepotismo reflete um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e moralidade administrativa.

Ministro Marco Aurélio

Para ele, o § 4º, art. 103-B CF revela que o CNJ não possui poder normativo, haja vista que não há base constitucional para este órgão normatizar de forma abstrata, substituindo-se ao Congresso. Reporta para tanto, o seu voto na ADI 1.521-4/RS. E denega a medida acauteladora.

O Ministro afasta a possibilidade de declaração de constitucionalidade de ato administrativo ou regulamentar, deixando de deferir a liminar.

Ministro Celso de Mello

O CNJ possui competência para constitucional para formular de forma legítima a resolução. A resolução traduz a emanção direta da CF, notadamente o §4º, II, art. 103- B e os

postulados da moralidade e impessoalidade, que representam valores essenciais nas atividades de poder. A atividade estatal está subordinada aos parâmetros ético-jurídicos que refletem a consagração do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder.

A partir da CF de 88, a observância ao princípio da moralidade passou a constituir pressuposto de validade dos atos fundados ou não em competência discricionária emanados de autoridade ou órgãos do Poder Público. Ele destaca o alto significado que o princípio da moralidade assume em nosso sistema constitucional.

O nepotismo traduz a antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa na moralidade administrativa que não tolera porque incompatível com o espírito republicano e a essência da ordem democrática.

Não há transgressão à separação dos poderes e ao princípio federativo, vez que o CNJ é órgão da estrutura institucional do Judiciário, de caráter nacional, investido constitucionalmente de poderes normativos de controle legítimo da atividade administrativo e financeiro do Judiciário.

A Resolução foi fiel aos grandes princípios fundados na ética republicana e consagrados na Carta Política. E a concepção republicana é incompatível com a prática governamental que restaure a Teoria do estado patrimonial.

O Estado, no exercício de suas atividades não pode ignorar os princípios essenciais, que proclamam que as funções governamentais no âmbito dos três Poderes devem ser exercidas com observância dos postulados da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativa. Estes princípios são diretrizes essenciais que dão significado e substância à repulsa que busca prevalecer o sentido real da ideia republicana de intolerância às práticas e costumes administrativos de confusão do espaço público e a dimensão pessoal do governante, de desvio de caráter ético-jurídico.

Assim, o Ministro entendeu que o CNJ, através da resolução, objetivou proteger os valores fundamentais da transparência, igualdade, moralidade e impessoalidade, definindo normas em conformidade com a CF, para obstar a formação de grupos familiares que patrimonializam o poder governamental, de forma a atuar em prol da satisfação de conveniências pessoais e realizações de aspirações particulares, ao invés de servir ao interesse

público e bem comum. Trata ainda sobre a dualidade público/privado (de ideia de respeito aos indivíduos, e de limites de domínio público de atuação estatal, apartados do espaço privado) como pressuposto da cidadania e do pluralismo político, que representam alguns dos fundamentos em que se estrutura o Estado republicano e democrático.

Acompanhou o voto do Ministro Carlos Britto.

Ministro Sepúlveda Pertence

Acompanha integralmente o voto do Relator.

Quanto ao mérito, a questão mais grave é a da competência normativa do CNJ, ao que ele entendeu que um dos vetores da discussão da criação deste órgão central foi sempre a necessidade de uniformidade do Judiciário.

E ao caber ao CNJ zelar pela observância do art. 37, cabe concretizar os princípios fundamentais da Administração Pública ali enumerados, aos quais entre eles, o Ministro fica com o da impessoalidade.

Não vislumbra ofensa ao princípio da isonomia, mas ao contrário, a resolução é alicerçada na impessoalidade e é derivação da ideia de República e da igualdade, que é um dos valores fundamentais da República.

Acompanha ainda a evolução do Relator acerca da extensão do terceiro grau de afinidade das atribuições veiculadas na resolução. Não há conceito constitucional de parentesco ou de extensão de parentesco e assim, uma norma infraconstitucional válida é dada a atribuir, para determinados efeitos, conceitos diversos do Código Civil.

Ministro Nelson Jobim

O Ministro diz que o problema da reserva legal na matéria do nepotismo já é há muito tempo discutida e que a iniciativa de leis desta natureza é do Tribunal de Justiça, mas que nenhum salvo do RN providenciou a emissão de sua iniciativa. E que a resolução importou na declaração normativa vedada na CF. O Ministro acompanha o Relator em sua integralidade.

2.4.2. Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/DF - Relator: Ministro Carlos Britto – Julgamento: 20/08/2008, Órgão julgador: Tribunal Pleno

2.4.2.1. Votos

Ministro Relator Carlos Ayres Britto

Primeiramente, o Ministro afirma que a matéria constitucional da ADC foi tratada quando do pedido de liminar. Quanto ao mérito, entendeu pela legitimidade da AMB para a propositura da ação declaratória. A Resolução do CNJ tem como finalidade debulhar os princípios constitucionais de atividade administrativa do Estado, em especial da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade. E os condicionamentos da Resolução não violam a liberdade de livre nomeação e exoneração dos cargos em comissão e de função de confiança elencados nos incisos II e V do art. 37 CF. A interpretação destes incisos não pode se desapegar dos princípios do caput do art. 37.

Para ele, as restrições constantes da Resolução são as mesmas impostas pela Constituição Federal de 1988, a partir da dedução dos princípios republicanos da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade. Assim, o que já era constitucionalmente proibido permanece com tal tipificação, mas mais positivado.

Ademais, a referida Resolução não ofende o princípio da separação dos Poderes e do princípio federativo, haja vista que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário e não está a submeter tal poder à autoridade dos dois demais poderes. O Judiciário tem compostura de âmbito nacional, compatível com o caráter estadualizado de uma parte dele. E o art. 125 da CF fornece aos Estados a competência para organização de sua Justiça, não sendo menos certo que tal artigo junte esta organização aos princípios por ela estabelecidos, incluídos os do art. 37.

Ministro Menezes Direito

O Ministro vislumbra duas questões a serem enfrentadas neste caso: da competência do CNJ em editar uma Resolução com o tema do nepotismo e o questionamento se o conteúdo da mesma colidiria com alguma dificuldade de natureza constitucional.

Assim, primeiramente, para ele, os princípios do *caput*, do art. 37 CF têm uma eficácia própria, são dotados de força própria, podendo, portanto ser aplicados imediatamente.

Isto, pois hoje na perspectiva da Suprema Corte, os princípios revestem-se da mesma força das normas. Logo, o princípio pode ser aplicado diretamente sem a necessidade de existência de uma lei formal.

É de se admitir que dentro das atribuições do CNJ está a de preservar os princípios do caput, art. 37 CF, e assim depreende-se a pertinência temática da Resolução. Logo, é competência do CNJ disciplinar os princípios que se referem ao poder administrativo que detém no âmbito do Judiciário.

No que tange à segunda questão, o Ministro entende que o conteúdo da Resolução do CNJ não esbarraria em alguma dificuldade de natureza constitucional, pois o que está disposto nesta é um pouco o senso comum, que vem sendo aplicados coerentemente no Poder Judiciário Federal e Estadual.

Em suma, o Ministro entendeu pela procedência da ação. E finaliza afirmando ser desnecessário fazer complementação à resolução (com relação à inclusão dos cargos de chefia), pelo princípio da interpretação conforme: a resolução possui alcance sistemático ampliado, incluindo no rol os cargos de chefia (dos cargos em comissão e de função gratificada).

Ministra Cármen Lúcia

A Ministra concordou com o Relator, afirmando que inexistente mácula de juridicidade que retire a validade constitucional da Resolução. Para tanto, afirma que:

- a) O CNJ possui competência constitucional para zelar pela observância do art. 37 em apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Judiciário;
- b) A proibição ao nepotismo advém do princípio da impessoalidade, sendo de se acoplar o princípio da moralidade administrativa;
- c) A juridicidade que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios emana dos comandos constitucionais e não de norma infraconstitucional e os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da União, dos Estados, DF e Municípios

Logo, os fundamentos constitucionais não permitem o parentesco como fonte ou critério de admissão no serviço público, sequer em cargo de confiança (a confiança aí se trata

da qualificação do candidato e não da qualidade do nome ostentado). Ademais, não se faz necessário princípio expresso (quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa) para se chegar ao reconhecimento da constitucionalidade da proibição da contratação de parentes para cargos públicos. Isto porque é suficiente ter-se em mente a ética democrática e a exigência republicana do art. 1º CF para imposição definitiva, direta e imediata, desta proibição a todos os Poderes da República.

E por último, o CNJ possui competência em fiscalizar a efetividade dos princípios constitucionais da Administração Pública, conforme o art. 103-B, § 4º, II, CF.

Ministro Marco Aurélio

O Ministro votou pela constitucionalidade da Resolução, sem qualquer acréscimo e sem interpretação conforme, de acordo com a colocação do Ministro Menezes Direito.

Ministro Ricardo Lewandowski

Para o Ministro, os princípios do caput do art. 37 CF, sobretudo da impessoalidade, da moralidade e da eficiência são auto-aplicáveis no que diz respeito à vedação ao nepotismo.

Acerca da competência do CNJ, a edição da resolução insere-se no seu rol, diante do que prescreve o art. 103, § 4º, I, CF. E a resolução nada mais fez do que regulamentar no âmbito do Judiciário, o que contém nos princípios do art. 37, caput.

O CNJ não extrapolou sua competência, pois conforme o art. 103, §4º, II, é competência do CNJ zelar pela observância do art. 37, logo ele nada mais fez que exercer seu poder regulamentar.

O Ministro acompanhou integralmente o voto do Relator.

Ministro Eros Grau

O Ministro acompanhou o voto do Ministro Relator.

Ministro Cezar Peluso

O Ministro acompanhou o voto do Relator, acrescentando que seria bom contar da Resolução, os termos direção, chefia, ou assessoramento, em relação ao servidor que é fonte de incompatibilidade, tendo-se em vista que a mesma trata apenas de servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento.

Ministro Celso de Mello

Para o Ministro, o CNJ possui competência para formulação da resolução e esta traduz a emanção direta do que prescreve a Constituição Federal, além da regra de competência do art. 103- B, § 4º, II e os postulados da impessoalidade e da moralidade que representam valores essenciais na conformação das atividades do poder.

E a atividade estatal está subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa.

O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do poder público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes do governo, não importando que instância de poder eles se situem. Tal se deu a partir da CF 88, no sentido de que a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a constituir pressuposto de validade dos atos emanados de autoridade ou órgãos do Poder Público, fundados ou não de competência discricionária.

Além do mais, o princípio da moralidade assume um alto significado em nosso sistema constitucional, e o caso do nepotismo, como repellido pela Resolução do CNJ traduz a oposição de valores, cujo fundamento constitucional repousa na moralidade administrativa.

Diante destas posições, para ele não há também transgressão ao princípio da separação dos poderes e o princípio federativo.

Em suma, o seu entendimento é no sentido de que a resolução preserva a força normativa da CF de 1988. E para tanto, o Ministro versa sobre o denominado bloco de constitucionalidade que atua como parâmetro constitucional, cujo significado projeta-se para além da totalidade das regras constitucionais escritas e dos princípios contemplados no corpo normativo da Constituição, chegando a compreender normas de cunho infraconstitucional,

desde que desenvolvam em sua plenitude a eficácia dos postulados e preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando assim, a concretização da ordem constitucional global.

Ministro Gilmar Mendes

O Ministro acompanhou o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, em especial no que concerne à interpretação conforme.

2.4.3. Recurso Extraordinário 579.951-4/RN - Julgamento: 20/08/2008 – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Quanto ao Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, esse foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que julgou a apelação em ação declaratória de nulidade de ato administrativo, que entendeu não haver inconstitucionalidade ou ilegalidade na nomeação de dois irmãos do Vereador e o outro do Vice- Prefeito de um Município do Rio Grande do Norte, para o exercício de cargo em comissão de Secretário Municipal de Saúde e de motorista. O acórdão atacado entendeu pela inaplicabilidade da Resolução do CNJ para o Executivo e Legislativo, pois a vedação ao nepotismo necessita de edição de lei formal, ao passo que a nomeação de parentes de agentes políticos para exercício de cargos de confiança ou em comissão não violaria preceitos constitucionais.

Assim, neste RE restou assentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos sentido de que apesar de a Resolução 7/2005 do CNJ restringir a vedação ao nepotismo no âmbito do Judiciário, tal prática é ilícita também nos demais Poderes. E assim, a vedação do nepotismo não exigiria, portanto, a edição de lei formal, pois a sua proibição advém diretamente da aplicação dos princípios do art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988. O Recurso Extraordinário foi conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor aparentado com o agente político, ocupante de cargo em comissão.

2.4.3.1. Votos

Ministro Ricardo Lewandowski

Primeiramente o Ministro diz que no julgamento da ADC 12- MC/DF, o STF reconheceu a constitucionalidade da Resolução do CNJ. E nesta ocasião, o pronunciamento de vários Ministros foi no sentido de que a força normativa da resolução deriva diretamente dos princípios do caput, do art. 37 CF, tendo a mesma apenas disciplinado mais detalhadamente,

aspectos da vedação ao nepotismo, próprios à atuação dos órgãos jurisdicionais. E o Plenário do STF já se pronunciou acerca da proibição ao nepotismo antes do advento da Resolução do CNJ, quando do julgamento do MS 23.780/MA, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

E apesar da existência de diplomas federais que vedam o nepotismo, inclusive no âmbito do STF, não significa que apenas leis em sentido formal ou diplomas regulamentares sejam aptos a coibir tal prática. Os princípios constitucionais consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, superiores às demais e positivamente vinculantes.

Os princípios, como se reconhece atualmente são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, diversamente da atribuição recente por muitos, de sua natureza meramente programática. E assim admitir que somente o Executivo e o Legislativo podem exaurir por meio de ato formal o conteúdo dos princípios constitucionais é mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da CF/88.

Ademais, não se pode dar uma interpretação equivocada ou abusiva aos incisos II e V do art. 37, CF, de forma a buscar uma finalidade diversa do interesse público. E para tanto, o Ministro cita Di Pietro, no que se refere à *res publica*, no sentido de que a atuação do Administrador ainda que em conformidade com o sentido literal da lei, caso ofensiva à moral, aos bons costumes, ao poder-dever de probidade, ideias de justiça e equidade, e ao senso comum da honestidade estará em desacordo com o princípio da moralidade administrativa.

E ainda, além de ofender o princípio da moralidade administrativa, a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigem concurso público fere o princípio da impessoalidade e da isonomia, prevalecendo o popular “quem indica”.

A atividade de nomeação de parentes fere ainda o princípio da eficiência diante da inapetência destes para o trabalho e seu completo despreparo para o exercício das funções que exercem, o que evidencia o desvio de finalidade, diante do prevalecimento do interesse privado sobre o coletivo.

Logo, as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados contidos no dispositivo da CF são auto-aplicáveis, pois trazem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo ao Judiciário o controle dos atos que ofendem os valores fundantes do texto constitucional. E o respeito a tais postulados, em especial o princípio da moralidade, pelo administrador público, configura pressuposto de validade de seus atos.

O Ministro traz um trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento da ADC 12/DF: “ O direito não pode dissociar-se da moral, isto é, de um amoral

coletiva, pois ele reflete um conjunto de crenças e valores profundamente arraigados, que emanam da autoridade soberana, ou seja, do povo.”

E como dito, não é razoável que a interpretação literal dos incisos II e V, art. 37 contrariem o sentido lógico e teleológico do *caput* do mesmo artigo, em flagrante dissonância com a unidade que se deve orientar a hermenêutica constitucional.

E por tudo que foi dito não é plausível falar que o nepotismo é permitido, pois inexistente lei formal que o proíba.

O Ministro não deu provimento integral ao pedido do recorrente, em especial no que tange ao pedido de que o Município se abstenha de contratar ou nomear qualquer pessoa física parente do ocupante de mandato eletivo ou cargo em comissão, estendendo tal vedação às pessoas jurídicas, cujos sócios mantenham relação de parentesco com as referidas pessoas. Isto porque entendeu que não cabe ao STF, conforme pacífica jurisprudência, atuar como legislador positivo, sendo-lhe vedado inovar o sistema normativo, função esta reservada ao Legislativo, pois tal configuraria em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Deste modo, o Ministro reconheceu o pedido para excluir a nomeação das duas pessoas, mas não para o pedido de aplicação para o futuro.

Ministro Menezes Direito

O Ministro inicia afirmando que a parte inaugural ficou bem assentada e delineada na ADC 12/DF, no sentido de que não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade, referido no *caput*, do art. 37, pois este princípio decorre diretamente da Constituição. E acompanhou o voto do Ministro Ricardo Lewandowski nessa perspectiva.

Quanto ao recurso extraordinário propriamente dito, no que versa sobre a nomeação do irmão do Vereador do Município para o cargo de Secretário Municipal de Saúde entendeu que não cabe a aplicação do princípio, pois não se trata de nepotismo. O seu entendimento se deu conforme as restrições feitas pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, no sentido de que os princípios do *caput*, do art. 37 da CF/88 vêm num contexto de Administração Pública, ou seja, para o exercício da atividade administrativa, e não de governo ou de poder político. E a Administração Pública é segmento do governo e o governo é mais do que a Administração Pública, e aqui é segmento do governo e o governo é mais que a Administração Pública, porque incorpora um ingrediente político.

Quando o art. 37 se refere a cargo em comissão e função de confiança está tratando de cargos e funções administrativas e não de cargos políticos. Assim os cargos políticos

estariam fora do alcance da decisão da ADC 12, pois o próprio capítulo do art. 37, que é o VII, se refere à Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E os cargos políticos, como o de secretário municipal são de agentes do poder, e fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do art. 37. Em suma, somente os cargos e funções administrativos são alcançados pelo art. 37 e seus princípios. Assim, há que se excluir da decisão anterior, os secretários municipais, que correspondem a secretários do Estado e os Ministros de Estado, no âmbito federal).

E para ele, o mesmo não ocorre com o cargo de motorista contratado para o gabinete do vice-prefeito, que não é suscetível de contratação por via de cargo de direção e assessoramento superior.

Ministra Cármen Lúcia

A Ministra deu provimento parcial ao Recurso Extraordinário, tendo acolhido integralmente a fundamentação do Relator apenas com relação a uma das pessoas, que o Ministério Público considerou que teria sido nomeada e não contratada, porque é cargo de Secretário e acompanha a divergência suscitada.

A definição do STF é no sentido de que o *caput*, do art. 37 da CF, quanto aos seus princípios, tem aplicação imediata e não depende de legislação infraconstitucional, alcançando todos os Poderes. Porém, não é possível avançar para projetar tal para novas situações para o Município do caso.

Quanto à matéria suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, quanto ao membro de poder ou o cargo que não compõe a estrutura (que ela não diria da Administração Pública: pois alguns cargos de governo são da Administração Pública, como cargos de direção e assessoramento) até compõe o governo, mas quem ocupa não é um membro de Poder; o Secretário é. Assim neste caso específico, ela segue a divergência, diante da situação das contratações cruzadas.

Reconhece que num Município do interior, às vezes, é de se verificar que não haja alguém que possa substituir ou que não tenha parentesco. E por tal exclusiva razão essas contratações cruzadas constituem fórmulas de nepotismo, que são vedadas constitucionalmente. Neste caso não há dado concreto para afirmar tal ocorrência.

Ministro Eros Grau

O Ministro acompanhou as ressalvas e faz uma ponderação com relação à extensão do princípio da moralidade, no sentido de que ele não concebe a moralidade como uma substituição da eticidade, da ética da legalidade.

Ministro Carlos Ayres Britto

O Ministro diz que quando introduziu a discussão a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, acerca da distinção entre cargo em comissão e função de confiança de um lado, e do outro, de cargo de cargo de Secretário Municipal, Secretário de Estado e Ministro de Estado, assim cargos de natureza política, não quis dizer que os princípios do art. 37 (de legalidade e moralidade) não são aplicáveis aos dirigentes superiores de toda a Administração Pública. Os cargos do inciso V, art. 37 são administrativos, são cargos criados por lei e não nominados pela Constituição Federal.

O Chefe do Executivo é livre para a escolha de seus quadros de governo, mas não para os seus quadros administrativos, pois dentro destes últimos estão os cargos em comissão, os cargos de provimento efetivo e as funções de confiança. O *locus* jurídico dos auxiliares de governo é constitucional.

O que foi decidido na ADC 12, no STF, acerca da proibição do nepotismo deriva diretamente dos princípios do art. 37, que são princípios extensíveis a toda a Administração Pública de todos os Poderes, de qualquer das pessoas federadas, no âmbito dos cargos em comissão e de funções de confiança de caráter administrativo e não político.

Ministro Cezar Peluso

O Ministro afirma que tem dúvida ainda se o princípio se aplica para os agentes políticos. Mas para ele, o ponto fundamental está em ligar o princípio da impessoalidade à relação que se estabelece entre o nomeado e a autoridade nomeante. E o caso é do Prefeito que nomeou o irmão de um Vereador. E assim, a menos que se tratasse de um favor cruzado haveria característica de nepotismo cruzado, que seria alcançado pela regra da impessoalidade, o que não é o caso. Assim, não há dado objetivo para confronto com a hipótese com o princípio da impessoalidade.

Por fim, o Ministro acompanhou a divergência para excluir o provimento em relação ao Secretário de Saúde.

Ministro Celso de Mello

Para o Ministro, a partir da CF 88, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qualificar-se como pressuposto de validade dos atos, que fundados ou não em competência discricionária tenham emanado de autoridade ou órgãos de Poder Público. E assim, o princípio da moralidade assume alto significado em nosso sistema constitucional, como o próprio Supremo Tribunal Federal já enfatizou.

A prática do nepotismo traduz a antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que também é incompatível com o espírito republicano e com a própria essência da ordem democrática. E assim, o STF ao reconhecer a vedação ao nepotismo no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independente de previsão em lei formal, e estendendo tal proibição a todos os órgãos estatais, reafirmou a força normativa da Constituição Federal e preservou a supremacia que revestem as normas e os princípios constitucionais.

E a concepção republicana de poder é incompatível com qualquer prática governamental tendente a restaurar a inaceitável teoria do Estado patrimonial. Deste modo, a atividade nepotista é incompatível com o sistema constitucional, impondo-se por isso, a sua vedação no âmbito de todos os Poderes da República, em todos os níveis em que se estrutura o Estado Federal brasileiro. O nepotismo infringe a ética republicana e transgride os postulados constitucionais da igualdade, impessoalidade, transparência e moralidade administrativa.

O Ministro acompanhou o voto proferido pelo Relator.

Ministro Gilmar Mendes

O Ministro acompanhou a manifestação do Ministro Relator, com os ajustes devidos, de ressalva em relação às funções de natureza política.

2.4.4. A Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal⁹⁷

Posteriormente, o STF amplificou os efeitos do entendimento assentado no RE 579.941/RN, expedindo a Súmula Vinculante n. 13, com o seguinte teor:

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.

2.5. Organização dos fundamentos das decisões sob o aspecto da coerência e consistência interna dos discursos

Após a análise das decisões e dos fundamentos utilizados pelos Ministros do STF cabível neste ponto, a devida organização dos discursos, do ponto de vista da sua lógica interna. E neste ponto é de se assinalar a importância da análise dos conceitos utilizados pelos julgadores, que serão tratados em tópico posterior, haja vista que a identidade conceitual consiste em critério crítico para a devida apreciação do discurso jurídico. Assim, o princípio da isonomia rege a coerência e consistência do discurso jurídico, do ponto de vista lógico.⁹⁸

Richard Hare defende a adesão ao princípio da isonomia, que ele denomina de universalizabilidade, ao afirmar que este consiste em condição de racionalidade do discurso. Logo, um juízo proferido em um determinado caso deverá ser aplicado também em relação a outros onde incidirem identidade de circunstâncias.⁹⁹

O princípio da isonomia é relevante, pois no direito, para que um discurso de um mesmo emissor seja reputado como válido, há que se utilizar sentidos iguais para o mesmo conceito.¹⁰⁰ E neste sentido, os julgamentos devem ser fixos, em prol da preservação da segurança jurídica, para que seja possível haver uma certa previsibilidade das decisões judiciais, partindo-se do princípio da igualdade (para que os casos iguais não sejam

⁹⁷ BRASIL. STF. *Súmula Vinculante n. 13*. Sessão Plenária de 21 ago. 2008 – Publicação: DOU e DJe n. 162 em 29 ago. 2008, p. 1.

⁹⁸ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 130.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 149.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 130.

solucionados de forma distinta) e do princípio da unidade do direito (para que o direito seja aplicado de modo uniforme no território vigente).¹⁰¹

No caso tratado no presente trabalho, de análise da vedação ao nepotismo pelo STF, é de se vislumbrar a relevância da análise dos conceitos utilizados pelos Ministros em suas fundamentações, para que em casos concretos futuros, estes sejam tratados de forma isonômica, a partir dos conceitos dados pelos julgadores e da indicação dos fatos relevantes que envolvem os casos concretos.

Pela análise das fundamentações das decisões ora analisadas, do STF, acerca da proibição da atividade nepotista, é plausível supor que nas referidas decisões, que se utilizaram das normas abertas, que no caso foram os princípios da Administração Pública, como argumentos dos julgamentos, houve a incidência de igual modelo de aplicação de fundamentação decisória das normas fechadas. Isto quer dizer que não houve a observância do devido dever de fundamentação das decisões judiciais, eis que houve a simples menção dos referidos princípios, como se os seus conceitos e conseqüentes adequações aos casos concretos fossem auto-evidentes.

E como neste caso da proibição do nepotismo houve a aplicação de princípios jurídicos, e sendo estas normas abertas, ou normas semanticamente abertas, elas expandem a subjetividade do julgador, quando de sua aplicação ao caso concreto em exame, de modo que demandam deste, a formulação da regra que destes se pode extrair. E assim, os tribunais devem se empreender em um esforço hermenêutico em prol da determinação do sentido dos conceitos dos termos expressos nos referidos princípios (da Administração Pública), e ao dar concretude aos seus sentidos, eles estão estabelecendo decisões que servem como exemplos para novos casos, de forma a criar regras, a partir de normas abertas. Destaque-se que esta criação é plausível, eis que elaborada adequadamente, de forma elaborada e racional, a partir de critérios lógicos, que permite a apreciação e análise crítica dos discursos jurídicos de fundamentação empregados.

Assim, nas decisões ora analisadas neste trabalho, as fundamentações dos Ministros em sua maioria, se limitaram a alegar que a proibição do nepotismo decorre da violação dos princípios da Administração Pública, sendo que os princípios recorrentemente citados são especialmente, os da impessoalidade, moralidade e eficiência administrativas. Deste modo,

¹⁰¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em 27 jul. 2015.

trago neste ponto uma breve síntese, dos apontamentos mais relevantes dos votos dos Ministros, para a devida análise sob o enfoque deste trabalho, da normatividade dos princípios seguindo a doutrina de Ronald Dworkin e da Teoria do Prescritivismo Universal de Richard Mervyn Hare. Os votos não comentados abaixo, logo, foram sucintos e genéricos, de modo a meramente aduzir que a prática nepotista ofende os referidos princípios. Sigo para as fundamentações e comentários das referidas decisões.

No que se refere à MC na ADC 12/DF, inicialmente, destaco que o Ministro Marco Aurélio foi o único a denegar a medida cautelar na ADC 12/DF, sob o argumento de que não há base constitucional para o CNJ normatizar de forma abstrata, de modo a substituir o Congresso Nacional. No entanto, quando do seu voto, na análise do mérito, na ADC 12/DF, ele decidiu pela constitucionalidade da resolução do CNJ.

O Ministro Carlos Britto, Relator da Mc na ADC 12/DF, que diversamente dos demais votos ora analisados, trouxe a explicitação dos sentidos dos princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade, afirmando que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de toda a atividade administrativa do Estado. E assim, em suma, o Ministro esclareceu que o princípio da impessoalidade consiste na proibição do marketing pessoal ou auto-promoção para com cargos, funções, e empregos de natureza pública, de modo a rejeitar o personalismo. Quanto ao princípio da eficiência, este objetiva o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, no que se refere a capacitação técnica, vocação para atividades estatais, disposição para trabalhar com compromisso de assiduidade e manifestação de espírito social. O princípio da igualdade, é consistente no não acesso facilitado a familiares para os cargos e funções públicas, de modo a fazer prevalecer o critério doméstico sobre a capacitação profissional, ou trazer consigo super-afetação de renda, poder político e prestígio social. E por último, o Ministro esclareceu que quanto ao princípio da moralidade, a imoralidade administrativa ocorre quando da inobservância dos três citados princípios.

A problemática no voto do Ministro reside no ponto em que ele afirma que as restrições impostas pela resolução são as mesmas da Constituição Federal, pois são dedutíveis dos princípios republicanos da impessoalidade, eficiência e da igualdade. E ainda acrescenta pronunciando que o que era constitucionalmente proibido, permanece como tal, porém mais positivado. Neste ponto, não prospera a alegação de que é possível a aplicação direta dos princípios, como fundamento decisório sem uma adequada demonstração das motivações e

descrição dos seus sentidos semânticos, eis que como já bem demonstrado neste trabalho, quando da aplicação de normas abertas, faz-se necessário um maior empenho hermenêutico, para devidamente delimitar os sentidos dos termos indeterminados, de forma a demonstrar a sua pertinência, aplica e adequação aos fatos do caso concreto.

Destaco ainda o voto do Ministro Joaquim Barbosa, que asseverou que as regras da Resolução busca efetivar os princípios da moralidade e impessoalidade administrativa. E o princípio da impessoalidade é o da igualdade, de que é a aplicação de ingresso em cargo, função ou emprego público através de concurso. Para ele, impõe-se ainda, e com mais ênfase, o princípio da moralidade, por aplicação direta da CF. E pelo princípio da moralidade, impõe-se ao administrador público, que os seus atos sejam evitados de preceitos éticos, observando a conveniência, oportunidade e justiça em suas ações. Cabe à ele também distinguir o honesto e o desonesto. Por último, o Ministro aduz que a declaração da constitucionalidade da resolução do CNJ expressa a função corretiva e restauradora da moral coletiva, observando que o direito não está dissociado da moral, que é a moral coletiva, que reflete as crenças e valores consolidados pela autoridade soberana do povo.

Quanto ao Ministro Cesar Peluzo, para ele, o núcleo da questão é responder se o nepotismo ofende o princípio da impessoalidade, dentre outros. E a prática do nepotismo desde muito tempo, inclusive no Brasil é prática perniciosa ao interesse público. E ainda, o Ministro alega que esta questão poderia ser discutida à luz de vários princípios constitucionais, o que é plausível, pois as normas abertas semanticamente permitem uma maior incidência aos casos concretos, ou seja, são mais aptas a se amoldarem a variadas relações jurídicas.

E a ideia assentada no presente trabalho, de que a aplicação de um princípio não pode ocorrer de forma direta, eis que a sua aplicação não é auto-evidente, nem é, portanto, dedutível, pois como estas normas abertas são expressas com termos mais amplos, genéricos e indeterminados, quando comparados às normas casuísticas, é possível serem empregados em uma gama de situações distintas. E assim, quando da utilização de normas abertas semanticamente, como fundamento de decisões judiciais, é necessário, pelo dever de fundamentação, a produção de um juízo bem definido, e técnico, de modo a tecer os elementos descritivos dos seus termos indeterminados, além de apontar a correspondência da norma, e seus elementos descritivos, com o caso sob análise.

O Ministro, no entanto, se limita a abordar o princípio da impessoalidade, ao que ele entende ser de difícil conceituação e identificação, haja vista especialmente, pela sua afinidade com outros princípios relevantes, como da legalidade, moralidade, igualdade, imparcialidade e eficiência, sendo que este último, para ele, não se trata nem de um princípio. Apesar disso, ele entende que os seus traços estão na coibição do poder de favorecimento ou prejuízo de pessoas, de modo a impedir o personalismo por atos de promoção pessoal, logrando entendimento de que o nepotismo ofende tal princípio.

Há ainda o voto do Ministro Gilmar Mendes, que é interessante para fins da análise deste trabalho. Para ele, a CF emite comandos normativos para a atividade administrativa, que podem ser do tipo de regras ou princípios. E a CF ao atuar através dos princípios, determina os fins sem indicar de forma explícita os meios, não havendo dúvidas, porém, que o nepotismo ofende os princípios da moralidade e impessoalidade. E a moralidade é composta pelos valores éticos culturais de uma comunidade, fazendo, portanto, parte da ordem jurídica vigente. Por fim, ele entendeu que a indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não constitui obstáculo para a determinação da regra de proibição do nepotismo, pois na estrutura de todo conceito indeterminado se identifica um núcleo fixo ou zona de certeza, configurada por dados prévios e seguros, dos quais se pode extrair uma regra aplicável ao caso concreto. E assim, a vedação ao nepotismo consiste em regra constitucional que se encontra na zona de certeza dos princípios da moralidade e impessoalidade. E assim, o CNJ somente explicitou o que a CF já normatizou.

Já o Ministro Celso de Mello entendeu que os princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativa são valores e diretrizes que dão significado de intolerância às práticas e costumes administrativos de confusão entre o espaço público e a dimensão pessoal do governante.

E o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que cabe ao CNJ zelar pela observância do art. 37, da CF, de forma a concretizar os princípios da Administração Pública, ao passo que no seu entendimento, no caso do nepotismo, ele restringe à violação ao princípio da impessoalidade, que deriva do princípio da igualdade, um dos valores fundamentais da República.

Passando para os votos, da decisão de mérito da ADC 12/DF, segue uma síntese dos votos mais relevantes, para a análise do trabalho. Quanto ao Ministro Carlos Britto, ele entendeu que as restrições da resolução do CNJ são as mesmas da Constituição Federal de 88,

a partir da dedução dos princípios da impessoalidade, eficiência e moralidade. e conforme seu entendimento, o que já era constitucionalmente proibido permanece com a mesma tipificação, só que mais positivado. É relevante o voto do Ministro, haja vista que não prospera a sua fundamentação decisória, pois como bem já abordado anteriormente, os princípios necessitam de especificação dos seus elementos descritivos, em decorrência da indeterminação dos seus conceitos, além da especificação dos fatos sob análise, para que seja possível deste modo, tornar como exemplos, ou precedentes de casos semelhantes futuros. Assim, os princípios não são, portanto, dedutíveis, logo, a sua aplicação não pode ser automática, como ocorre nas normas casuísticas.

De igual modo, é de se refutar o voto do Ministro Menezes Direito, pois em seu voto, ele afirma que os princípios do caput, art. 37, da CF de 1988 possuem eficácia própria, sendo dotados de força própria, podendo deste modo, ser aplicados imediatamente e diretamente. E completa afirmando que atualmente, a compreensão do STF é que os princípios são dotados da mesma força das normas.

Acompanhando a linha de raciocínio de aplicabilidade direta dos princípios, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que os princípios da Administração Pública são auto-aplicáveis no que se refere à proibição do nepotismo.

Quanto à análise dos votos do RE 579.951-4/RN, destaco que estes em sua maioria se limitaram a reportar os votos assentados quando da ADC 12/DF, porém neste momento a proibição do nepotismo foi estendida aos demais Poderes, além do Poder Judiciário. Outra questão distinta discutida foi com relação à aplicação da proibição aos agentes políticos, o que em suma teve como entendimento, daqueles que sobre tal comentaram, foi de que a proibição do nepotismo se restringe aos cargos e funções administrativos e não aos cargos políticos. Assim, somente trago a breve síntese do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, neste RE, haja vista que seu entendimento foi no sentido de que os princípios constitucionais consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, sendo superiores às demais e positivamente vinculantes. E assim, os princípios possuem eficácia, não sendo admissível limitar ao Legislativo e Executivo à atividade de exaurir o conteúdo dos mesmos. E sobre tal já houve comentário, quando da análise de outros votos.

2.6. A aplicação da MAD e a teoria da linguagem moral de Richard Hare na vedação ao nepotismo pelo STF

O caso da vedação ao nepotismo se deu em três momentos, e, portanto, o presente trabalho se limitou à análise destas, por meio da MAD (Metodologia de Análise de Decisões), quais sejam: MC em ADC 12-6/DF, ADC 12-6/DF, RE 579.951-4/RN, e por último com a edição da Súmula Vinculante nº 13 do STF. E a principal decisão se deu quando do julgamento da MC em ADC 12-6/DF, momento em que foi deferido o pedido de liminar.

A posição firmada pelo STF ocorreu já quando do julgamento da medida cautelar da ADC 12-6/DF, em 2006, sendo que as demais decisões posteriores acompanharam o entendimento já firmado naquela primeira manifestação.

No julgamento da MC na ADC 12/DF, a maioria dos Ministros decidiu pela concessão da medida cautelar, e somente o Ministro Marco Aurélio a denegou, por entender que o § 4º, art. 103-B, da CF/88 revela que o CNJ não possui poder normativo, haja vista que não há base constitucional para este órgão normatizar de forma abstrata, substituindo-se ao Congresso, afastando, portanto neste sentido, a possibilidade de declaração de constitucionalidade de ato administrativo ou regulamentar.

A liminar foi deferida, com efeito vinculante, para: a) emprestar a interpretação conforme, para incluir o termo chefia, nos incisos II, III, IV e V, do art. 2º, da resolução; b) suspender até o mérito da ADC, o julgamentos dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da referida resolução; c) obstar que juízes e Tribunais profiram decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma; d) suspender com eficácia *ex tunc*, os efeitos das decisões que já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.

Os demais Ministros entenderam em suma, que as restrições impostas na Resolução são CNJ são as mesmas impostas pela CF/88, dedutíveis dos princípios republicanos nela esculpidos, em seu caput, art. 37. Destaque-se que os Ministros dão uma maior ênfase a princípios diferenciados, sendo que os mais citados são os da moralidade e da impessoalidade. Neste sentido, destaca-se o voto do Ministro Cesar Peluzo, que afirma que a questão poderia ser discutida à luz de vários princípios constitucionais, mas se limita ao da impessoalidade expresso na CF/88, o qual registram-se dificuldades teóricas de conceituá-lo e identificá-lo,

especialmente pelas afinidades e vinculações com outros princípios relevantes, como o da legalidade, moralidade, igualdade, imparcialidade e da eficiência.

Relevante também aqui neste ponto de análise dos conceitos, o voto do Ministro Gilmar Mendes, que afirma que a indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não configura impedimento para a proibição de regra de vedação ao nepotismo. Isto porque na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um núcleo fixo ou uma zona de certeza, configurada por dados prévios e seguros, pelos quais é possível extrair uma regra aplicável ao caso. Logo, a vedação ao nepotismo constitui uma regra constitucional, que está inserida na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Apesar deste entendimento do Ministro, ele aduz que o princípio da moralidade traduz a ideia de que sob o ato jurídico-administrativo deve haver um substrato moral, que se torna essência de sua legitimidade, e em certa medida, condição de validade. E que esta moralidade compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente por uma comunidade e por isso, fazem parte da ordem jurídica vigente. Já quanto ao princípio da impessoalidade, por ele citado, não faz menção mais específica. De qualquer modo, não houve devida explicitação dos conceitos dos princípios e a demonstração da sua incompatibilidade com a prática nepotista, pelo Ministro, de acordo com a linguagem de Richard Hare.

Outro Ministro que aborda a determinação semântica dos princípios é Carlos Ayres Britto. Primeiramente ele afirma que o *spiritus rectus* da resolução é debulhar os conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de toda a atividade administrativa do Estado. E assim, ele aborda os princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade, de modo a explicá-los.

Quanto ao princípio da impessoalidade, para o Ministro Carlos Ayres Britto, este é consistente no descarte do personalismo; na proibição do marketing pessoal ou da autopromoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública; na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e administrador. Estes são conceitos que se opõem à cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam com a prática nepotista. E para ele, este é traduzido no persistente costume de nomeação ou designação de parentes não-concursados para trabalhar, em comissão ou em função de confiança, sob a aba familiar de seus nomeantes. E isto se dá ostensivamente ou de modo cruzado.

Já o princípio da eficiência consiste em postular recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, especialmente em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho, um fiel compromisso com a assiduidade e constante oportunidade de manifestação de espírito social, numa compreensão de que o servidor público é servidor do público.

E por último, versando sobre o princípio da igualdade, ele afirma que o mais facilitado acesso de parentes e de familiares para os cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os sinais de prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional, mesmo que tal não seja sempre assim. E esta cultura de convocação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carregar para os núcleos domésticos favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social.

E por último, o Ministro entendeu que as práticas administrativas podem passar para a zona proibida da imoralidade administrativa, ao passo que este declínio para o ilícito moral é quase sempre uma conseqüência da inobservância deliberada dos três princípios acima citados (impessoalidade, eficiência e igualdade).

É de se destacar aqui também a posição do Ministro Cesar Peluzo, que entendeu que a questão poderia ser tratada sob o enfoque de vários princípios constitucionais, se limitando a abordar, no entanto, o da impessoalidade, sobre o qual repousam dificuldades teóricas para conceituá-lo e identificá-lo, especialmente pelas suas afinidades com outros princípios relevantes, como da legalidade, moralidade, igualdade, imparcialidade e eficiência.

Em suma, para ele, a resolução densifica os citados princípios do art. 37, caput, CF.

Outros Ministros, como Cesar Peluzo, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim acompanharam o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto.

E em suma, os Ministros apenas afirmam que a resolução do CNJ traduz e dá efetividade aos princípios da Administração Pública, elencados no caput, art. 37, CF/88, não versando sobre o que entendem como moralidade, impessoalidade, eficiência nem a relação esmiuçada destes para com a incompatibilidade com a prática nepotista. Os Ministros que mais se aproximaram desta determinação semântica foram Carlos Ayres Britto e Gilmar Mendes, mas mesmo assim, de forma generalizada e pouco detalhada e trabalhada. E o Ministro Gilmar mesmo assim, ainda entendeu que esta determinação semântica dos princípios não é relevante, a ponto de impedir a vedação ao nepotismo.

Já em 2008, quando da decisão da ADC 12-6/DF é de se destacar o Ministro Marco Aurélio, que mudou sua posição, quando do voto da MC da ADC 12, em 2006, passando a entender pela constitucionalidade da Resolução do CNJ, de modo que todos os Ministros, agora neste momento votaram, em unanimidade, pela concessão do pleito.

Em suma, os Ministros não abordaram a questão principiológica, que envolve a questão da vedação ao nepotismo, de modo que não houve o devido tratamento da determinação semântica dos mesmos.

Em breve síntese, os seus votos ficaram assim definidos na ADC 12/DF: 1. O Ministro e Relator Carlos Ayres Britto entendeu que a resolução objetiva debulhar os princípios da Administração Pública, especialmente impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade; 2. Ministro Menezes Direito: os princípios são dotados de força própria, podendo ser aplicados imediatamente; 3. Ministra Cármen Lúcia: a vedação ao nepotismo advém do princípio da impessoalidade, sendo se acoplar a moralidade administrativa; 4. Ministro Marco Aurélio: votou pela constitucionalidade da resolução, sem qualquer acréscimo, e seguindo o voto do Ministro Menezes Direito; 5. Ministro Ricardo Lewandowski: entendeu que os princípios do art. 37 são auto-aplicáveis, sobretudo o da impessoalidade, moralidade e eficiência, seguindo integralmente o voto do Relator; 6. Cezar Peluso: acompanhou integralmente o Relator; 7. Ministro Celso de Mello: a resolução preserva a normatividade da CF, ao passo que a impessoalidade e a moralidade preservam a os valores essenciais na conformação das atividades do poder; 8. Ministro Gilmar Mendes: acompanhou integralmente o voto do Relator.

No RE 579.951-4/RN de igual modo, os Ministros fundamentaram suas decisões no sentido de entenderem, em suma, que os princípios do caput, do art. 37 CF/88 têm aplicação imediata, mas agora no âmbito dos Três Poderes. No que tange à determinação semântica dos princípios nada foi abordado. Em breve síntese, o entendimento dos Ministros foi o seguinte: 1. Ministro Relator Ricardo Lewandowski: os princípios são sempre dotados de eficácia, e são auto-aplicáveis. E a nomeação de parentes fere o princípio da moralidade administrativa, da impessoalidade, da isonomia e da eficiência; 2. Ministro Menezes Direito: não é necessária lei formal para a aplicação do princípio da moralidade administrativa do art. 37, pois este decorre diretamente da CF; 3. Ministra Cármen Lúcia: os princípios do art. 37 têm aplicação imediata, não dependendo de legislação infraconstitucional, sendo aplicáveis a todos os Poderes; 4. Ministro Carlos Ayres Britto: reporta o que foi decidido na ADC 12, acerca da proibição do

nepotismo, que deriva diretamente dos princípios do art. 37, extensíveis a toda a Administração Pública, de todos os Poderes, de qualquer das pessoas federadas, dos cargos em comissão e função de confiança, de caráter administrativo e não político; 5. Ministro Cezar Peluso: se limitou a tratar do caso em concreto, de modo a excluir do provimento, o Secretário de Saúde; 6. Ministro Celso de Mello: o nepotismo transgride os postulados constitucionais da igualdade, impessoalidade, transparência e moralidade administrativa; 7. Ministro Gilmar Mendes: acompanhou o voto do Relator.

E por último, a Súmula Vinculante n. 13 do STF, os seus debates se limitaram a abordar o seu texto definitivo.

2.7. Análise da linguagem e os conceitos utilizados nas decisões analisadas do Supremo Tribunal Federal

Neste tópico serão analisados os conceitos dos princípios definidos nos votos dos Ministros, ou o modo como tais foram abordados pelos mesmos, no caso da vedação ao nepotismo. Nesse âmbito serão examinados os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, que são os mais abordados nos votos dos Ministros, além do da igualdade, brevemente abordado pelos Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence.

Será vislumbrada a abordagem dos Ministros quanto aos conceitos dos princípios esclarecidos, considerando que na maioria das vezes, os votos apenas mencionaram os referidos princípios sem, no entanto, tecer maiores explicitações sobre os mesmos, ou tecer um vínculo entre os mesmos e a questão do nepotismo.

Desse modo, inicialmente trago três tabelas, elaboradas para fins de melhor visualização dessas informações, quais sejam, quais princípios foram citados; quantas vezes foram invocados e quais Ministros os mencionaram, nos votos analisados, nas três decisões examinadas. Posteriormente passo, para os comentários dos votos mais relevantes para a pesquisa desenvolvida nesse trabalho, conforme mencionado acima.

Acerca da primeira tabela, necessário informar que o voto da Ministra Ellen Gracie, ela reportou o voto do Ministro Celso de Mello para tratar sobre a ofensa ao princípio da moralidade, na decisão de Medida Cautelar na ADI 1.521, considerando assim, que o nepotismo desrespeita os postulados da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativa. O Ministro Marco Aurélio indeferiu o pedido de liminar. E o Ministro Nelson

Jobim acompanhou o voto do Ministro Relator, portanto, entendeu pela ofensa aos princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade. E quanto ao princípio da moralidade esse consistiria em uma consequência dos três anteriores.

MC na ADC 12/DF						
	Legalidade	Impessoalidade	Moralidade	Publicidade/ Transparência	Eficiência	Isonomia
Carlos Ayres Britto (Relator)		x	x		x	x
Eros Grau		x	x			
Joaquim Barbosa		x	x			x
Cezar Peluso	x	x	x		x	x
Gilmar Mendes		x	x			
Ellen Gracie		x	x			x
Marco Aurélio						
Celso de Mello		x	x			x
Sepúlveda Pertence		x				
Nelson Jobim		x	x		x	x

Na segunda tabela, informo que o Ministro Menezes Direito faz menção aos princípios do *caput*, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, portanto, considere todos os nele elencados, como vislumbrados como violadores por ele, no caso do nepotismo. O Ministro Marco Aurélio votou conforme o entendimento do Ministro Menezes Direito, portanto, que o nepotismo ofende todos os princípios elencados no *caput*, do art. 37, da CF/88. O Ministro Eros Grau acompanhou o voto do Ministro Relator, assim considere os princípios da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade. De igual modo, os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes acompanharam o voto do Ministro Relator.

ADC 12/DF						
	Legalidade	Impessoalidade	Moralidade	Publicidade/ Transparência	Eficiência	Isonomia
Carlos Ayres Britto (Relator)		x	x		x	x
Menezes Direito	x	x	x	x	x	
Cármen Lúcia		x	x			
Marco Aurélio	x	x	x	x	x	
Ricardo Lewandowski		x	x		x	
Eros Grau		x	x		x	x
Cezar Peluso		x	x		x	x
Celso de Mello		x	x			
Gilmar Mendes		x	x		x	x

Na terceira tabela informo que no voto da Ministra Cármen Lúcia, considerei todos os princípios elencados no *caput*, do art. 37, pois ela somente declara que o entendimento do STF é que os mesmos têm aplicação imediata. O Ministro Carlos Ayres Britto fez menção somente aos princípios da moralidade e legalidade. O Ministro Celso de Mello afirmou que o nepotismo transgride os postulados constitucionais da igualdade, impessoalidade, transparência e moralidade administrativa. Assim, considerei a transparência como um desdobramento do princípio da publicidade elencado no *caput*, do art. 37, da CF/88. E por último, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Relator, logo considerei os mesmos princípios por esse segundo abordados.

RE 579.951-4/RN						
	Legalidade	Impessoalidade	Moralidade	Publicidade/ Transparência	Eficiência	Isonomia
Ricardo Lewandowski (Relator)		x	x		x	x
Menezes Direito			x			
Cármen Lúcia	x	x	x	x	x	
Eros Grau			x			
Carlos Ayres Britto	x		x			
Cezar Peluso		x				
Celso de Mello		x	x	x		x
Gilmar Mendes		x	x		x	x

Passo para a análise dos princípios abordados pelos Ministros, em seus votos.

2.7.1. O princípio da impessoalidade

Quando da análise da MC na ADC 12/DF, o princípio da impessoalidade foi definido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto, que entendeu que este é consistente no descarte do personalismo, a proibição do marketing pessoal, ou a auto-promoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública. E ainda, a absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e administrador. O Ministro afirmou ainda que tais conceitos se opõem à cultura do patrimonialismo e se vulnerabilizam com a prática nepotista, traduzida no persistente costume de nomeação ou designação de parentes não-concursados para trabalhar, em comissão ou em

função de confiança, sob a aba familiar de seus nomeantes, seja ostensivamente ou de modo cruzado.

Nesta mesma ação, o Ministro Joaquim Barbosa discorreu sobre o princípio da impessoalidade, utilizando-se da posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende que este princípio é o próprio princípio da igualdade ou isonomia, no sentido de que tal preceito configura a aplicação concreta do ingresso em cargo, função ou emprego público, mediante concurso público.

O Ministro Cesar Peluzo nesta decisão entendeu que o núcleo da questão está em saber se o nepotismo ofende o princípio da impessoalidade, não informando, no entanto, em que consiste este princípio. E esta posição ele justifica afirmando que a questão poderia ser discutida sob o enfoque de vários princípios, mas se limita ao da impessoalidade, ao que diz que registram-se dificuldades teóricas para conceituá-lo e identificá-lo, especialmente pelas suas afinidades e vinculações com princípios relevantes, como o da legalidade, da moralidade, da igualdade, da imparcialidade e da eficiência.

Ao mesmo tempo, o Ministro trata do princípio da impessoalidade, abordando algumas posições doutrinárias, como da Prof^a Livia Maria Zago, no sentido de que ele aparece diretamente relacionado com o controle jurídico do exercício do poder político, que por definição é mantido sempre por minorias. E este dado justifica a posição de Fábio Comparato de que “mais importante do que a titularidade é o controle do exercício desse poder”. E na concepção de Weber, o princípio da impessoalidade está ligado à ideia de eficiência, pois constitui condição ou requisito indispensável da eficiência operacional da administração pública. E continua dizendo que o princípio da impessoalidade atua como limitação do poder discricionário de nomear funcionários em cargo de confiança. E o que limita o poder discricionário do administrador, em prol da garantia das necessidades e interesses públicos é o princípio da impessoalidade, pelo qual deve ser guiado para a escolha dos quadros.

Para ele, a impessoalidade apresenta duas dimensões em relação ao exercício desse poder: diz respeito à titularidade em si e ao exercício do poder discricionário jungido ao interesse público e ao bem comum. E seus traços estão em coibir o poder voltado em favorecer ou prejudicar pessoas e de impedir o personalismo por atos de promoção pessoal, que a CF proíbe. O princípio da impessoalidade no primeiro aspecto sublinha o dever de preenchimento dos cargos públicos, significando vedação de privilégios e de perseguições pessoais e no segundo, de autopromoção.

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto nesta ação entendeu que a vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Quanto ao princípio da impessoalidade, nada disse, além disso, explanando para tanto, como será também abordado a seguir (no tópico do princípio da moralidade), que a imprecisão semântica dos princípios (no caso, da moralidade e impessoalidade) não impede o regramento de proibição ao nepotismo. Isto porque a estrutura de todo conceito indeterminado é identificável ao que ele chama de núcleo fixo ou zona de certeza, formados por dados prévios e seguros, dos quais extrai-se uma regra adequada ao caso.

Já o Ministro Sepúlveda Pertence vislumbrou que a resolução é alicerçada especialmente no princípio da impessoalidade, não tecendo maiores comentários sobre o mesmo.

Passando para os votos da ADC 12/DF, a Ministra Cármen Lúcia apenas disse que a proibição do nepotismo advém do princípio da impessoalidade, sendo de se acoplar o princípio da moralidade administrativa.

O Ministro Carlos Ayres Britto afirmou que a Resolução do CNJ tem como finalidade debulhar os princípios constitucionais de atividade administrativa do Estado, em especial da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade. E as restrições da Resolução são as mesmas impostas pela Constituição Federal de 1988, a partir da dedução dos princípios republicanos da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade. Assim, o que já era constitucionalmente proibido permanece com tal tipificação, mas mais positivado.

2.7.2. O princípio da moralidade

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto, em seu voto na MC na ADC 12/DF, entendeu que as práticas da Administração Pública podem passar para a zona proibida da imoralidade administrativa e este declínio para o ilícito moral é quase sempre uma consequência da inobservância deliberada dos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade. Deste modo, o Ministro vinculou o princípio da moralidade administrativa aos outros três, tendo-se em vista que este primeiro ocorrerá quando da inobservância dos demais princípios.

Na mesma ocasião, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que a Resolução obedece ao princípio da moralidade, que é em si um ato que prima pelos preceitos éticos, impondo que tais sejam obedecidos. E utilizando-se das lições de José dos Santos Carvalho Filho, para explicar o princípio da moralidade, afirma que se impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos, que devem estar presentes em sua conduta. E para tanto, este deve averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, além de distinguir o que é honesto do que é desonesto, sendo que tal forma de conduta deve existir nas relações entre a Administração e os administrados em geral, e também internamente, isto é, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram. Logo, somente quando os administrados estiverem realmente imbuídos do espírito público é que o princípio será efetivamente observado.

Diz ainda que no caso de o STF declarar a constitucionalidade da Resolução do CNJ, estaria expressando a função corretiva e restauradora de uma moral coletiva, pois o Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, da moral coletiva, pois ele reflete um conjunto de crenças e de valores profundamente consolidados, que emanam da autoridade soberana do povo. E quando existem sinais de dissociação entre os valores comunitários e certos padrões de conduta de algum seguimento do aparelho estatal há um grave sintoma de anomalia que requer a intervenção da justiça constitucional, como uma força intermediadora e corretiva.

Quanto ao Ministro Gilmar Mendes, ele entendeu que o nepotismo ofende o princípio da moralidade, ao que ele afirma que sob o ato jurídico-administrativo deve haver um substrato moral, e tal moralidade compõe-se dos valores ético compartilhados culturalmente pela comunidade e por isso, fazem parte da ordem jurídica vigente. E como demonstrado no tópico do princípio da impessoalidade, ele afirma que a indeterminação semântica dos princípios (da moralidade e impessoalidade) não pode obstar a determinação de regra que vede o nepotismo, pois na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um núcleo fixo ou zona de certeza, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode-se extrair uma regra aplicável ao caso.

A Ministra Ellen Gracie entendeu que o nepotismo reflete um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e moralidade administrativa. E apenas trata da moralidade, remetendo o voto do Min. Celso de Mello, quando da decisão da cautelar na ADI 1.521, em que asseverou que

quem possui em suas mãos, o poder e a força do Estado, não tem o direito de exercer em seu benefício, a autoridade que lhe é conferida.

Passando para a ADC 12/DF, o Ministro Celso de Mello entendeu que a atividade estatal está subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa.

O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do poder público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes do governo, não importando que instância de poder eles se situem. Tal se deu a partir da CF 88, no sentido de que a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a constituir pressuposto de validade dos atos emanados de autoridade ou órgãos do Poder Público, fundados ou não de competência discricionária.

Além do mais, o princípio da moralidade assume um alto significado em nosso sistema constitucional, e o caso do nepotismo, como repellido pela Resolução do CNJ, traduz a oposição de valores, cujo fundamento constitucional repousa na moralidade administrativa.

Já quando da decisão do RE 579.951-4/RN, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a atuação do Administrador ainda que em conformidade com o sentido literal da lei, caso ofensiva à moral, aos bons costumes, ao poder-dever de probidade, ideias de justiça e equidade, e ao senso comum da honestidade estará em desacordo com o princípio da moralidade administrativa.

Ele reporta o voto do Ministro Joaquim Barbosa quando do julgamento da ADC 12/DF, em que afirmou: “O direito não pode dissociar-se da moral, isto é, de um amoral coletiva, pois ele reflete um conjunto de crenças e valores profundamente arraigados, que emanam da autoridade soberana, ou seja, do povo.”

Por último, o Ministro Eros Grau Ministro fez uma ponderação com relação à extensão do princípio da moralidade, no sentido de que ele não concebe a moralidade como uma substituição da eticidade, da ética da legalidade.

2.7.3. O princípio da eficiência

Na MC na ADC 12/DF, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto vislumbrou o princípio da eficiência como o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, especialmente em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho, um fiel compromisso com a assiduidade e constante oportunidade de manifestação de espírito social, numa compreensão de que o servidor público é servidor do público.

E no RE 579.951-4/RN, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a atividade de nomeação de parentes fere o princípio da eficiência, em decorrência da inapetência destes para o trabalho e seu completo despreparo para o exercício das funções que exercem, o que evidencia o desvio de finalidade, diante do prevalecimento do interesse privado sobre o coletivo.

2.7.4. O princípio da igualdade

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto, na MC na ADC 12/DF trouxe ainda à baila, o princípio da igualdade, no sentido de que o acesso facilitado de parentes e de familiares para os cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os sinais de prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional, mesmo que tal não seja sempre assim. E esta cultura de convocação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carregar para os núcleos domésticos favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social.

O Ministro Sepúlveda Pertence nesta ação entendeu que a resolução do CNJ é derivação da igualdade, que é um dos valores fundamentais da República, não tecendo mais comentários.

2.8. Análise dos aspectos fáticos que envolvem a vedação ao nepotismo

É de se destacar a relevância da análise dos aspectos fáticos que envolveram a decisão do STF de vedação ao nepotismo, pois não resta passível de controle racional, as soluções proferidas sem que sejam consideradas as circunstâncias que importam para a

determinação de uma regra.¹⁰² Deste modo, não seria possível apreciar a coerência de uma solução dada, em outro caso concreto semelhante, que mereça um tratamento igual.¹⁰³ Neste sentido, neste tema serão abordadas as circunstâncias histórico-social e política, que vislumbro terem sido relevantes na decisão de vedação ao nepotismo pelo STF, a seguir especificadas.

2.8.1. A circunstância histórico-social

Como abordou o Ministro Cezar Peluso, em seu voto, na MC na ADC 12/DF, a atividade nepotista desde há muito, configura em prática perniciosa ao interesse público, no sentido de que existirem grandes incidências de nomeações sobre pessoas desprovidas de reconhecida competência, o que basta para pôr em risco grave a Administração Pública.¹⁰⁴

O nepotismo configura como ocorrência antiga nas sociedades, assim como no Brasil, trata-se de uma realidade de incidência histórica, que nos veio como legado do período da colonização, contra o qual se rebelou inicialmente a Constituição de 1824, quando instituiu a obrigatoriedade do concurso público, em resposta ao privilegiamento escandaloso da nomeação de servidores públicos.¹⁰⁵

Deste modo, leis de âmbito estadual e federal vedaram o nepotismo, a exemplo de regimentos Internos de Tribunais, como do STF, das Leis nº 1.416, de 15 de dezembro de 2006, em seu art. 6º, que revogou o art. 10, da Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996 (no âmbito do Poder Judiciário da União); e a Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006, que revogou o art. 22 da Lei nº 9.953, de 4 de janeiro de 2000 (no âmbito do Ministério Público da União), dentre outras, mas de incidência limitada para destinatários específicos, não aplicáveis portanto, de forma geral.

E assim, a vedação ao nepotismo configurava em questão a ser devidamente coibida, diante dos anseios da sociedade, como assim fez o STF, sem tecer críticas sobre o modo como tal se deu. Como reportou em notícia do sítio do STF, a decisão de proibição do nepotismo foi histórica, e aplaudida por toda a sociedade brasileira, ao pôr fim à esta prática no âmbito dos

¹⁰² FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 130.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 131.

¹⁰⁴ STF. *MC na ADC 12/DF*. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 58.

¹⁰⁵ STF. *MC na ADC 12/DF*. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 57.

Três Poderes da República e assim, cessar a cultura patrimonialista que vigora há muitos anos no Estado brasileiro.¹⁰⁶

Utilizando-se das palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no RE aqui analisado 579.951-4/RN: “Não se ignora que a sociedade brasileira padece do mal da descrença em suas instituições, reflexo, sobretudo, das recorrentes manchetes da imprensa escrita, falada e televisionada sobre corrupção, desvios de verbas públicas, tráfico de influências, utilização dos cargos públicos para favorecimento pessoal etc.

Mas a sociedade, em contrapartida, dispõe, atualmente, de toda sorte de informações, cada vez mais acessíveis ao conjunto dos cidadãos, que lhes permite acompanhar e fiscalizar os agentes responsáveis pelo trato e gestão da coisa pública.

É bem verdade que não é de hoje o consenso social acerca da reprovabilidade do nepotismo e de todas as condutas que, mesmo travestidas de uma aparência de legalidade, contrariem o direito público subjetivo dos cidadãos ao trato honesto dos bens que a todos pertencem...

... Essa mesma sociedade, com o progressivo amadurecimento da democracia registrado no País, sobretudo nas duas últimas décadas, exige hoje dos administradores públicos uma conduta inequivocamente ilibada e, sabendo-os ímprobos, não mais aceita contemplá-los com qualquer condescendência.”¹⁰⁷

2.8.2. A circunstância política

É possível considerar como uma circunstância política, para a decisão do nepotismo pelo STF, a questão de que alguns Ministros consideraram que a sua vedação não incide sobre os cargos de natureza política, mas tão somente aos de caráter administrativo.

Tecendo análise acerca do que foi abordado nos votos, tem-se que esta questão de inaplicabilidade da proibição do nepotismo aos agentes políticos foi discutida quando da decisão do RE 579.951-4/RN. Para uma melhor compreensão, este RE foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que julgando apelação em ação declaratória de nulidade de ato administrativo entendeu não haver inconstitucionalidade ou

¹⁰⁶ STF. Notícias. Terça-feira, 10 nov. 2009. *ADC 12: decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>>. Acesso em 06 ago. 2015.

¹⁰⁷ STF. *RE 579.951-4/RN*. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 21-22.

ilegalidade na nomeação do irmão do Vereador para o cargo em comissão de Secretário Municipal de Saúde e do irmão de um Vice-Prefeito para o cargo de motorista, ambos de um Município do Rio Grande do Norte.¹⁰⁸

O Ministro Marco Aurélio, no RE 579.951-4/RN afirmou que não estende a cabeça do art. 37, de início, ao agente político, e no exame do caso desta decisão o Secretário Municipal de Saúde é.¹⁰⁹ Ele afirmou que afirmou que o caso em exame não se referia a parentesco com o titular, nem com o vice-prefeito, nem com alguém ligado ao Executivo, como servidor ou agente político, mas com um Vereador. E ainda, não foi dito e nem esclarecido no acórdão que houve nomeação por indicação do Vereador, para a Câmara dos Vereadores, visando a atender o troca-troca. E assim ficou com a tese de que não cabe a glosa, o provimento quanto ao agente político.¹¹⁰

O Ministro Carlos Ayres Britto, no RE afirmou que quando proferiu seu voto na ADC 12/DF, entendeu, e a Corte concordou, que os princípios do art. 37 eram extensíveis a toda a Administração Pública, ao passo que teve em conta a expressão Administração Pública, porque esses princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, etc, vêm num contexto não de governo, não de poder político, mas de Administração Pública, ou seja, para o exercício da atividade administrativa. E para ele, a Administração Pública parece ser segmento do governo. E o governo é mais do que a Administração Pública, porque incorpora ingrediente político. Logo, quando o art. 37 se refere a cargo em comissão e função de confiança está tratando de cargos e funções administrativos, e não de cargos políticos.

E seguiu afirmando que, portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que foi tomada pelo STF na ADC 12, porque o próprio capítulo VII é da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E os cargos políticos, como os de Secretário Municipal são de agentes de Poder, fazem parte do Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do art. 37, da CF/88. Somente os cargos e funções administrativos, o Ministro Britto entende são alcançados pela imperiosidade do art. 37, com seus princípios. Logo, para ele, essa distinção é relevante para no caso do RE excluir no âmbito da decisão anterior, os Secretários Municipais, que correspondem a Secretários do Estado, no âmbito do Estados, e Ministros de Estado, no âmbito federal.¹¹¹

¹⁰⁸ STF. RE 579.951-4/RN. Relatório, p.2.

¹⁰⁹ Ibid., Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 33.

¹¹⁰ Ibid., p. 36.

¹¹¹ Ibid., Voto Ministro Carlos Britto, p. 37-38.

O Ministro Carlos Ayres Britto, afirma ainda que quando introduziu a discussão, a partir do Voto do Ministro Marco Aurélio, sobre a distinção entre cargo em comissão e função de confiança de um lado, e do outro, cargo de Secretário Municipal, Secretário de Estado, Ministro de Estado, portanto, cargos de natureza política, não quis dizer que os princípios do art. 37 (legalidade e moralidade) não se aplicam aos dirigentes superiores de toda a Administração Pública. E os cargos do inciso V, art. 37 são administrativos, cargos criados por lei, não são denominados pela Constituição.

Os cargos de Secretário do Estado, Secretário Municipal têm por êmulo ou paradigma federal os cargos de Ministro do Estado cuja natureza é política e não administrativa. E a CF ao tratar do Executivo diz que ele é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, e logo, estes são ocupantes de cargos de existência necessária, política, porque componentes do governo. Assim, o Chefe do Executivo é livre para nomear seus quadros de governo, mas não o é para a escolha dos cargos quadros administrativos, pois dentro dos quadros administrativos estão os cargos em comissão, os cargos de provimento efetivo e as funções de confiança. A própria CF sentando praça neste caráter constitucional, eminentemente político, dos Ministros de Estado- e isto vale no âmbito dos Estados- membros e dos Municípios- além de dizer os requisitos deles- os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos- diz o que lhes compete basicamente. Portanto, o lócus jurídico dos auxiliares do governo é constitucional, a CF a atestar o caráter político do cargo e do agente.

Desse modo, a proibição do nepotismo decidida no âmbito da ADC 12 e agora servindo de fundamento para a nova decisão deriva dos princípios do art. 37, princípios extensíveis a toda a Administração Pública, de qualquer dos Poderes, de qualquer das pessoas federadas, na perspectiva dos cargos em comissão e funções de confiança, que têm caráter administrativo e não político.¹¹²

O Ministro Eros Grau nada mencionou sobre estes fatos.

Já a Ministra Cármen Lúcia, quanto à matéria suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, afirmou que pode ocorrer a circunstância de o membro de Poder ou cargo que não compõe a estrutura, ela não diria da Administração Pública, porque alguns cargos do governo são da Administração Pública, por exemplo, cargos de direção e assessoramento, até compõe

¹¹² Ibid., p. 47-48.

o Governo, mas quem ocupa não é membro de Poder; o Secretário é. E neste caso específico e nesta situação narrada nos autos, ela seguiu a divergência do Ministro Lewandowski. A Ministra deu provimento apenas com relação ao Secretário de Saúde do Município, que conforme o MP foi nomeado e não contratado. Para ela, no caso em exame não existem dados concretos no processo para afirmar que houve contratação cruzada, que é vedada pela CF.¹¹³

O Ministro Lewandowski concordou com a tese de Britto, mas afirmou ter ficado receoso em redigir o voto, pois ficou impressionado com a inicial, em que foi demonstrado um tráfico de influência, uma relação promíscua entre a Câmara e o Executivo. Além do mais, para ele, cada caso concreto deverá ser analisado à luz da proibição do nepotismo, pois fica receoso de ser assentado pelo STF, que quando se tratar de Secretário Municipal, que é um cargo político de livre nomeação, de confiança do Prefeito, tal atitude seria lícita. E questionou a licitude à luz da proibição do nepotismo, de colocar a esposa de um cargo chave, como Secretária de Governo, haja vista que tal ocorre no cotidiano do Brasil. E assim, o Ministro excluiu a nomeação das duas pessoas, mas não para a aplicação para o futuro, de contratação de qualquer pessoa física parente de ocupante de mandato eletivo ou cargo em comissão, estendendo tal vedação às pessoas jurídicas, cujos sócios mantenham relação de parentesco com as referidas pessoas.¹¹⁴

Neste ponto, a Ministra Cármen Lúcia discordou com Lewandowski, pois entendeu que teria que haver limites, não havendo liberdade absoluta em espaço algum, senão o governante poderia escolher apenas familiares para todos os cargos. E assim afirma que tal não seria permitido apenas por se tratar de agente político.¹¹⁵

O Menezes Direito asseverou que o cargo de Secretário Municipal é político, não fazendo parte dos cargos em comissão e função de confiança alcançados pelo *caput*, do art. 37. E o cargo de motorista também não consiste em contratação por via cargo de direção e assessoramento superior.

O Ministro Gilmar Mendes, asseverou que é tradição mundial e no próprio plano nacional, muitas vezes, parentes ou irmãos fazerem carreiras paralelas e estabelecerem um plano eventual de cooperação. E assim temos Governadores e Secretários de Estado, sem que

¹¹³ Ibid., Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 43- 45.

¹¹⁴ Ibid., p. 49-50.

¹¹⁵ Ibid., p. 50.

haja qualquer conotação de nepotismo. A vinculação há de ser com o titular ou titulares do cargo que se cuida na relação com a Administração.¹¹⁶

Esse posicionamento do STF em eximir os cargos de natureza política na proibição ao nepotismo não afastam de críticas razoáveis, pois é de se considerar que é de se prevalecer o entendimento de que nenhum ato, independente de sua categoria exclui-se da observância da CF, onde também se incluem os princípios da Administração Pública. E nesta linha de entendimento, não há porque excluir os cargos políticos da regra geral do nepotismo.

Apesar disso, mesmo se tratando de cargo de natureza política pode ocorrer a incidência do nepotismo quando for configurado o nepotismo cruzado. Acerca desta posição de incidência nepotista quando da ação cruzada, a Ministra Cármen Lúcia asseverou que ficou famosa no Brasil a situação das contratações cruzadas, no sentido de que se era vedado alguém, contrata-se para outro Poder, para outro cargo. E com isso, o nepotismo grassou depois da CF de 88, mudando-se inclusive e mantendo-se as mesmas pessoas num compadrismo inconstitucional.¹¹⁷

Mas ela reconhece que num Município do interior, às vezes, imagina não haver alguém que possa substituir ou que não tenha parentesco com um vereador, por exemplo, para exercer um cargo de Secretário da Fazenda. E essas contratações cruzadas são formas de nepotismo vedadas constitucionalmente. E no caso em exame do RE, há apenas o dado de que se trata de vereador, cujo irmão foi nomeado para o cargo de Secretário de Saúde, não havendo maiores informações para vislumbrar se houve nepotismo cruzado e que é possível que talvez este seja o único que possa exercer o cargo.¹¹⁸

O Ministro Ricardo Lewandowski disse que pela inicial do RE deu a entender que houve uma troca política e neste caso concreto, embora possa admitir em tese que o parente possa ocupar um cargo de Secretário, configurou-se o ilícito. E quanto a esta questão O Ministro Marco Aurélio disse que não foi dito e nem esclarecido no acórdão quem teria sido nomeado por indicação do vereador, para a Câmara de Vereadores, visando atender o troca-troca.¹¹⁹

¹¹⁶ Ibid., p. 64.

¹¹⁷ Ibid., p. 43- 45.

¹¹⁸ Ibid., p. 43- 45.

¹¹⁹ Ibid., p. 37.

O Ministro Celso de Mello não abordou a questão dos fatos do caso concreto, qual seja, dos cargos de Secretário de Saúde e de motorista, nem abordou a questão da incidência da vedação ao nepotismo aos cargos de caráter administrativo e dos cargos políticos.

Por último, o Ministro Cezar Peluso afirmou ter dúvida se os princípios da Administração Pública se aplicam ou não aos agentes políticos, mas que a questão chave está na ligação entre o princípio da impessoalidade e a relação entre o nomeado e a autoridade nomeante. Afirmou que o caso em exame se trata de Prefeito que nomeou o irmão de um Vereador, não havendo incidência de favor cruzado (diante da falta de dados objetivos), que é vedado pela regra da impessoalidade, tendo decidido pela exclusão do provimento do Secretário de Saúde. e que não existem dados suficientes e objetivos para saber se houve nepotismo cruzado.¹²⁰

¹²⁰ Ibid., p. 52-53.

3. Os Princípios e as Regras na perspectiva de Ronald Dworkin e o Prescritivismo Universal de Richard Mervyn Hare, no enfoque das Decisões Judiciais e a Teoria Linguística

3.1. Breves considerações sobre a distinção entre Regras e Princípios

O presente tópico objetiva tecer breves comentários gerais sobre o as espécies normativas, de forma a realizar uma análise da distinção entre os princípios e as regras, de modo objetivo e crítico. Neste sentido, não houve intenção em abordar as obras dos doutrinadores mais relevantes.

Inicialmente, a doutrina moderna classifica as normas em regras e princípios.¹²¹ Há uma preocupação da doutrina com a distinção entre os princípios e as regras, em decorrência da importância dada na atualidade, ao modelo de normas abertas.¹²² Acerca da distinção entre os princípios e as regras, a doutrina obteve relevante aporte doutrinário, de âmbito teórico e prático, de Ronald Dworkin e Robert Alexy.¹²³

A distinção entre as espécies normativas é relevante no processo interpretativo, eis que cada tipo normativo demanda diferentes formas de aplicações, quando da elucidação de problemas, nos casos concretos.

Conforme o positivismo tradicional, os princípios desempenham tão somente uma função complementar das normas jurídicas, de forma que a legitimidade da norma fundamental era reservada à política, vez que os valores constitucionais deveriam estar descritos por meio de regras jurídicas.¹²⁴ A fase atual do pós-positivismo é caracterizada, no entanto, pela normatividade dos princípios gerais de Direito.

E neste sentido, hodiernamente há um posicionamento significativo de que o tipo de norma apto a regular a complexa sociedade atual é o modelo normativo semanticamente aberto e de caráter avaliatório.¹²⁵

¹²¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

¹²² FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 209.

¹²³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73.

¹²⁴ APPIO, Eduardo. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 61.

¹²⁵ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 212.

Esta relevância principiológica é denominada por Streck, de “era dos princípios”, e representa uma postura no sentido de que as regras não seriam suficientes, acarretando discussões quanto à distinção entre as regras e os princípios¹²⁶

Destaque-se que muitas vezes, a doutrina faz menção às regras e aos princípios, de forma imprecisa e indistinta, não sendo raro haver uma confusão entre os tipos normativos. Assim, como bem aponta Roberto Freitas, não é incomum a referência imprecisa e indistinta aos princípios e às regras, como ocorre quando da utilização de um princípio tratando-o como uma regra, o que demonstra a incompreensão com relação às espécies normativas.¹²⁷

Streck também aborda essa problemática de confusão entre os modelos normativos quando trata sobre o que ele denomina de “hipossuficiência dos princípios” (problema existente ao lado da inflação principiológica), que ocorre quando há a negação da qualidade de um determinado princípio, no caso em que a própria Constituição assim o define como tal, conclamando-o como uma regra. E para exemplificar esta questão, o autor cita a contenção principiológica estabelecida no voto do Ministro Luiz Fux quando do julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADIn 4578, que versam sobre a adequação da Lei Complementar da Ficha Limpa à Constituição Federal. Neste voto, o Ministro vislumbrou como regra, a presunção de inocência trazida no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo lição de Humberto Ávila.¹²⁸

Deste modo, como dito, é certo que ainda existem dúvidas quanto à distinção entre os dois modelos normativos, sendo frequente a confusão entre ambos, quais sejam, as regras e os princípios.

Como dito, de uma forma geral, a doutrina diferencia as regras e os princípios, no sentido de que as primeiras são aquelas que determinam deveres ou condutas específicas, não se referindo diretamente a valores, e os segundos consistem em fundamentos da ordem jurídica, se referindo a valores.¹²⁹

¹²⁶ STRECK, Lênio Luiz. *A hermenêutica diante da relação regra- princípio e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma*. Legislação Penal Especial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim. Editora Revista dos Tribunais, ano 20, v. 98, set./out. 2012, p. 251.

¹²⁷ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 191.

¹²⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito*. Brasília, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 11. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>>. Acesso em 12 dez. 2015.

¹²⁹ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 211.

Deste modo, os princípios são expressões valorativas formadoras da base axiológica de sustentação da ordem jurídica. Eles manifestam valores, objetivos, ou um aspecto constituinte da estrutura ou organização de algum campo da experiência humana.¹³⁰

Streck aponta que os princípios não são valores, ao passo que para que estes possuam obrigatoriedade não podem se desprender da democracia, que se manifesta através das regras jurídicas. Assim, os princípios atuam como determinantes para a efetivação do Direito, e nos casos concretos os mesmos devem guiar para a determinação de uma solução mais adequada. Isto quer dizer que os princípios não solucionam os casos, mas consistem em condutores constituintes da legitimidade da solução, no sentido de que fazem com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do Direito.¹³¹

Appio assinala que os valores se expressam através dos princípios constitucionais, de forma que estes se apresentam como proposições jurídicas concretas sobre o modo como os valores devem ser protegidos.¹³²

Em suma, é certo que os princípios embora relacionados com valores, não se confundem com eles.¹³³

A ideia de que os princípios consagram valores é problemática, no entanto, pois em tese é possível a identificação de um extenso rol de valores, e ainda, há a questão de que os princípios, assim como os valores podem ser inexpressos, no sentido da possibilidade de uma diversidade de interpretações dos seus sentidos.¹³⁴

No entanto, esta natureza axiológica e aberta da Constituição Federal somente pode ser expressa pelo envio do intérprete a uma variedade de conceitos jurídicos indeterminados, como a moralidade administrativa, enunciada no caput, do art. 37, CF/88, dos quais decorre a necessidade de uma interpretação finalística.¹³⁵

É admissível, porém, a normatividade dos princípios inexpressos ou implícitos, sendo possível melhor vislumbrar tal situação no direito consuetudinário, em que os

¹³⁰ Ibid., p. 211.

¹³¹ STRECK, L., abr./jun. 2012, p. 15.

¹³² APPIO, Eduardo. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 63.

¹³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2006, p. 80.

¹³⁴ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 197, 200.

¹³⁵ APPIO, Eduardo. Op. Cit., p. 62.

princípios se consagram através das decisões proferidas, alcançando normatividade ao longo dos tempos de tradição do *common law*.¹³⁶

Segundo Barroso, está superada a ideia de diferença entre normas e princípios, ao passo que de acordo com a moderna dogmática, as normas jurídicas gerais e constitucionais compreendem as espécies das normas-princípios (ou princípios) e das normas-disposição (ou regras). Neste sentido, as regras possuem uma eficácia limitada às questões específicas, e os princípios possuem uma maior abstração, além de uma finalidade mais destacada no sistema jurídico, funcionando como um critério de interpretação e de integração do texto constitucional.¹³⁷

Destaque-se ainda que as regras possuem a forma disjuntiva “se-então”, diversamente dos princípios, que não estão voltados para a aplicação prática, não estando expressos na forma disjuntiva.¹³⁸ Qualquer texto pode ser escrito no modo disjuntivo, no entanto, quando isto ocorre, estaremos diante da transformação deste texto em uma regra, pois passará a existir a determinação de uma consequência, diante dos elementos presentes no antecedente.¹³⁹

Appio vislumbra que os princípios consistem em imposições dirigidas aos intérpretes da Constituição Federal, que não estão sujeitos à atividade subsuntiva, uma vez que os seus espaços serão preenchidos pela vontade de seu aplicador.¹⁴⁰

Esta questão da vontade do aplicador é de se destacar que é errôneo o entendimento de o interprete teria a sua atuação ampliada quando da aplicação de princípios, diante do seu fornecimento de direções gerais e não de soluções prontas.¹⁴¹ É certo que o esforço hermenêutico exigido quando do momento da aplicação nos casos concretos é maior quanto aos princípios do que no caso das regras jurídicas. E conforme já dito, as decisões amparadas nos princípios deve estar baseada em outros textos normativos ou precedentes. E conforme o dever de fundamentação elencado no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988, quando as decisões judiciais se utilizam destes modelos normativos mais ambíguos e abstratos, faz-se necessária a demonstração da motivação de sua incidência naquele fato específico, de modo a indicar os porquês de seus entendimentos.

¹³⁶ FREITAS FILHO, Roberto. Op.Cit., p. 208, 209.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151.

¹³⁸ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 219.

¹³⁹ Ibid., p. 211.

¹⁴⁰ APPIO, E. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 63.

¹⁴¹ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 219.

Saliente-se que ainda que a diferença aparente entre regras e princípios reside no fato de que estes últimos são expressos de forma mais genérica e abstrata, ao passo que as primeiras são mais específicas e precisas. E neste sentido, é possível afirmar que os princípios são normas que dão fundamento a outras normas.

E uma das dificuldades em sua aplicação dos princípios é que os mesmos não determinam o que fazer, mas somente um valor a ser respeitado, ou um fim a ser atingido.¹⁴² Ávila, em consonância afirma que os princípios são normas imediatamente finalísticas, eles estabelecem um fim a ser atingido.¹⁴³

E ainda, os princípios consistem em mandamentos, que diversamente das regras, são caracterizados por serem mais vagos, abstratos e indeterminados, havendo espaços livres para a atuação do seu aplicador.¹⁴⁴ Nesse sentido, os princípios seriam normas que necessitam de ingerências por parte do legislador, do juiz ou da Administração, para se concretizarem.¹⁴⁵ Saliente-se, no entanto, que esta liberdade não é irrestrita, pois não é possível haver uma criação normativa, baseada nos princípios, sem, no entanto, estar amparada em normas existentes ou, em posições doutrinárias e jurisprudenciais consolidadas.

As regras, ao contrário possuem uma menor abstração, de modo que prescrevem de modo direto e imperativo alguma conduta de obrigação, permissão ou proibição.¹⁴⁶ Assim, as regras consistem em normas aptas à uma aplicação direta, imediata.¹⁴⁷

Quanto à esta questão de normas com conceitos indeterminados, muitos sustentam que essas expressões possuem elevada carga valorativa, o que resulta em um subjetivismo significativo, mas é certo que existem também regras expressas com palavras polissêmicas, que demandam igualmente um considerado subjetivismo pelo aplicador.¹⁴⁸

Assim, as normas abertas, como os princípios são normas com característica mais inclinada à imprecisão semântica e abstração, e diante disso são mais flexíveis, ao que muitas vezes, são modificados os seus sentidos, no momento das decisões judiciais, apesar de as regras também serem passíveis de apresentar tais qualidades. Saliente-se neste contexto, que

¹⁴² Ibid., p. 200, 210.

¹⁴³ ÁVILA, H., 2006, p.79.

¹⁴⁴ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 212.

¹⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

¹⁴⁶ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 212.

¹⁴⁷ Branco, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 72.

¹⁴⁸ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 201.

as normas expressas com palavras de valor, sejam elas regras ou princípios manifestam significados indeterminados, ou imprecisos, e assim, o âmbito da palavra pode ser alterado, quando do momento de análise dos casos concretos, ao que demanda do julgador a explicitação dos seus sentidos.

Quanto à existência de hierarquia entre os princípios e as regras, é de se entender que não prospera a ideia de distinção entre os dois modelos normativos pelo seu grau de importância, diante da impossibilidade de verificação do grau de relevância entre ambos.¹⁴⁹ E apesar de inexistir a princípio, hierarquia entre os modelos normativos (quando sob parâmetro de validade de regra em desconformidade com o conteúdo de sentido normativo de um princípio) resta possível, de certo modo, uma hierarquia axiológica e teleológica entre ambos. Tal ocorreria quando uma regra é interpretada de forma contrária a um princípio constitucional, e assim, esta norma é dada como inválida.¹⁵⁰

E assim, os princípios consistem em referente obrigatório de validade das leis aplicadas pelos juízes, de modo que apenas por meio de uma fundamentação racional, a atividade judicial pode ser controlada.¹⁵¹

3.2. A doutrina de Ronald Dworkin

A seguir será abordada a doutrina de Ronald Dworkin, importante autor na questão da distinção entre normas que prescrevem condutas específicas e as de natureza mais aberta.¹⁵² Como afirma Humberto Ávila, reportando a Ronald Dworkin, foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição. E ainda, o estudo de Dworkin teve finalidade de atacar o Positivismo, especialmente no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele define como princípios.¹⁵³

O pensamento de Ronald Dworkin possui grande relevância para os constitucionalistas modernos, ao trazer o debate tradicionalmente contornado pela dogmática positivista, que concebeu uma divisão entre o Direito e a Moral.

E a discussão de Dworkin é baseada naquilo que os operadores jurídicos consideram como Direito, e neste sentido a sua doutrina não pode ser desconsiderada, dado que para ele, a

¹⁴⁹ Ibid., p. 214.

¹⁵⁰ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 215.

¹⁵¹ APPIO, E. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*, 2005, p. 136.

¹⁵² FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 223.

¹⁵³ ÁVILA, H., 2006, p. 36.

forma de decidir os casos pelos juízes determina o destino de uma comunidade. E assim, Dworkin baseia a teoria do Direito e da Democracia, com base na atividade judicial dos Estados Unidos da América.

Como o próprio Dworkin afirma, o seu estudo se baseia no argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a investigação do aspecto central e de exposição da prática jurídica. E a estrutura do argumento judicial é mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre demais formas de discurso legal.¹⁵⁴ Desse modo, Dworkin, como outros doutrinadores buscou na justificação e na racionalização do processo decisório dos julgadores, o elemento de manutenção dos princípios da democracia.

Serão abordadas no trabalho, acerca da doutrina de Dworkin, as questões da diferenciação entre as regras e os princípios, o poder discricionário e os casos difíceis (*hard cases*), e assim, fazer uma relação entre a sua doutrina e o caso da proibição do nepotismo. A sua obra está amparada na teoria de justiça de John Rawls, se opondo ao positivismo de Herbert L. A. Hart e sua obra “O conceito do direito”, ao que Dworkin intitula de teoria dominante, ao propor uma teoria liberal do direito.

Dworkin entende que o direito não consiste unicamente em norma posta e nem somente normas na forma de regras, argumentando que os princípios constituem partes integrantes do direito, ao passo que suas ideias desencadeiam discussões acerca da natureza dos princípios e especialmente da sua aplicação.

Em suma, Dworkin assenta que quando da ausência de regras específicas para determinados casos concretos, os julgadores podem e devem utilizarem-se dos princípios como fundamento decisório. Considere-se, no entanto, que o empenho de Dworkin é negar a discricionariedade no âmbito decisório, quando da falta de regra jurídica específica. Assim, os princípios não ampliam a discricionariedade dos juízes, mas a limitam, pois quando de sua aplicação, no ato decisório, há que se empenhar um maior esforço hermenêutico, quando comparado às regras jurídicas.

3.2.1 As Regras e os Princípios segundo Dworkin

Inicialmente, é de se entender que Dworkin denota a importância dada aos princípios, que podem ser vislumbrados como suporte e parâmetros que auxiliam os

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 2014, p. 19.

aplicadores do direito, quando estão diante de conflitos em casos concretos, quando há a incidência de regras e mesmo quando as regras são insuficientes.

Dworkin entende que especialmente quando da incidência de casos difíceis, os juristas recorrem ao que ele denomina de padrões, que operam como princípios, políticas e outros tipos de padrões e não como as regras.¹⁵⁵ Em outras palavras, ele identifica os princípios, como padrões decisórios, de modo que estes parecem atuar com uma maior força no âmbito das questões judiciais mais difíceis. Assim, são nos casos difíceis que os princípios desempenham um papel elementar nos argumentos que sustentam as decisões de direitos e obrigações particulares. Ele estabelece ainda diferenças entre os princípios e as políticas, posto que são os princípios que devem orientar os juízes em suas decisões, e não as estratégias políticas.

Isto quer dizer que Dworkin sustenta que a atividade judicial se funda no tipo de argumento de natureza principiológica, que deve prevalecer em relação aos argumentos de natureza política. E para tanto estabelece a distinção entre as decisões políticas (que se referem a questões sensíveis à eleição e à vontade da maioria) e as questões de princípios (que se não são sensíveis às eleições, e, portanto, permite a intervenção reguladora dos juízes).¹⁵⁶

E como dito, ele denomina princípio, um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque consiste em uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹⁵⁷

Segundo Dworkin, a diferença entre os princípios e as regras é de natureza lógica, no sentido de que os dois padrões normativos se diferenciam no que se refere à natureza da orientação que oferecem, apesar de ambos direcionarem para decisões particulares quanto à obrigação jurídica em situações específicas. Deste modo, as regras possuem aplicabilidade na forma do tudo-ou-nada, no sentido de que ou estas são válidas (a resposta fornecida por ela deverá ser aceita) ou são não válidas (caso em que nada contribuirá para a decisão).¹⁵⁸

Além disso, as regras podem ter exceções e se tais não forem enunciadas, o texto restará incompleto quando expressas somente as regras. E assim, quanto mais forem tais

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

¹⁵⁶ APPIO, E. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, 2005, p. 37.

¹⁵⁷ DWORKIN, R., 2010, p. 36.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 39.

ressalvas incluídas, mais preciso será o enunciado das regras. Tal significa que em tese, todas as exceções podem ser arroladas, e o fato de não enunciá-las pode acarretar na imprecisão ou incompletude das regras. Já quanto aos princípios, mesmo os que se assemelham às regras, não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem de forma automática quando as condições são apresentadas.¹⁵⁹

É de se destacar ainda, que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, que é a dimensão do peso ou da importância. Isto porque, quando os princípios se inter cruzam, há que se considerar a força relativa de cada um deles, quando da solução do conflito pelo aplicador do direito. E a mensuração por aquele que soluciona o conflito não é exata, ao passo que o julgamento determinante da relevância do princípio será objeto de discussões. Porém, tal não ocorre com as regras, pois quando as mesmas entram em conflito, a conseqüência é que uma delas não é válida. Isto significa que não resta possível uma regra ser mais relevante do que outra, enquanto integrantes do mesmo sistema de regras, de forma que quando da ocorrência de conflito entre duas regras, uma supera a outra. Logo, não é possível haver uma maior importância de uma regra em relação a outra, enquanto partes de um mesmo sistema de regras¹⁶⁰

E neste caso de conflito entre regras, Dworkin fornece duas saídas possíveis, informando que o sistema norte-americano utiliza as duas técnicas. A primeira é quando o próprio sistema jurídico tem a possibilidade de regulamentação destes conflitos, através de outras regras, e a segunda é quando o sistema jurídico prefere uma das regras, tomando-se por base os princípios mais importantes.¹⁶¹

Destaque-se que por vezes, as regras ou princípios desempenham papéis semelhantes, e assim, a distinção entre ambos é difícil de ser estabelecida. E neste caso a distinção entre os dois modelos normativos se restringindo à forma.¹⁶² Para tanto, Dworkin fornece o exemplo da primeira seção do *Sherman Act*, que prescreve a nulidade dos contratos que proíbam o comércio, o que ocorre em quase todos os contratos. A Suprema Corte decidiu, de forma a interpretar a disposição como uma regra, porém tratando-a como se contivesse o termo não razoável, ao proibir apenas a proibição do comércio não razoável. O autor afirma que tal decisão permitiu que a referida disposição funcionasse ao mesmo tempo, do ponto de

¹⁵⁹ Ibid., p. 39-40.

¹⁶⁰ Ibid., p. 42-43.

¹⁶¹ Ibid., p. 43.

¹⁶² Ibid., p. 44.

vista lógico, como uma regra (pois quando um tribunal considera uma proibição como não razoável é obrigado a considerar o contrato inválido. Assim, o texto será tido como regra se a decisão final se der nos próprios termos da própria formulação do texto em tela), e do ponto de vista substantivo, como um princípio (o tribunal deve considerar vários outros princípios e políticas para determinar se uma proibição particular em circunstâncias econômicas particulares é não razoável. Logo, será um princípio, se a decisão depender de políticas em vigor).¹⁶³

E prossegue afirmando que palavras como razoável, negligente, injusto e significativo desempenham tal função constantemente, a ponto de que quando uma regra conter um destes termos, a sua aplicação depende até certo ponto, de princípios e políticas que excedam a regra em si. E a utilização de tais princípios faz com que a regra aparente mais um princípio, não chegando, no entanto, a convertê-la no mesmo.

Nas questões judiciais difíceis, quando da inexistência ou insuficiência das regras jurídicas, os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicas particulares. E assim, o tribunal tem a possibilidade de citar os princípios para justificar a adesão e aplicação de uma nova regra. E nestes casos é de se vislumbrar a relevância do papel desempenhado pelos princípios na formulação de decisões jurídicas específicas, ao passo que poderá haver orientações diversas a serem seguidas.¹⁶⁴

Deste modo, a primeira orientação é no sentido de que os princípios podem ser tratados como as regras jurídicas, no que tange à sua obrigatoriedade, devendo ser levados em conta quando das tomadas de decisões pelos juízes e juristas. E sob esta perspectiva, o direito, como ocorre nos Estados Unidos da América, compreende as regras e os princípios.¹⁶⁵

A segunda orientação se dá quando o juiz vai além das regras obrigatórias, utilizando os princípios extrajudiciais, aos quais possui liberdade de aplicação, quando desejar. Por esta abordagem, é possível negar que os princípios, assim como algumas regras são obrigatórios.

166

¹⁶³ Ibid., p. 44-45.

¹⁶⁴ Ibid., p. 46.

¹⁶⁵ Ibid., p.46-47.

¹⁶⁶ Ibid., p. 47.

Em suma, a primeira opção vislumbra os princípios como obrigatórios para os juízes, ao passo que a não aplicação destes acarreta em um erro. Neste caso os juízes aplicam padrões jurídicos obrigatórios, além de obrigações e direitos jurídicos. Já a segunda opção ocorre quando os juízes devem ir além dos padrões aos quais estão vinculados, a partir de seu poder discricionário. Nesta segunda abordagem, os princípios são tidos como condensação do que os juízes em sua maioria aderem como um princípio de ação.¹⁶⁷

O ponto desta discussão é que Dworkin entende que a adoção pela primeira orientação ou pela segunda não implica que o juiz esteja agindo de forma errada, e deste modo não existe uma abordagem correta. A questão está em descobrir qual das duas posições prestará contas de um modo mais preciso na situação social, no sentido de que a abordagem escolhida tem impacto sobre outros problemas relevantes.¹⁶⁸

Diante do exposto neste tópico, conforme a teoria liberal de Dworkin, o Direito não pode ser entendido como uma norma posta tão somente, nem apenas normas na forma de regras jurídicas, porquanto que os princípios também são partes integrantes do Direito. O autor salienta que a representação do Direito como um sistema de regras exerce domínio sobre nós, em decorrência talvez, de sua simplicidade e se nos livrarmos deste modelo normativo estaremos aptos à construção de um modelo fiel à complexidade e sofisticação das nossas práticas.¹⁶⁹

3.2.2 O Poder Discricionário

Tratando do poder discricionário, Dworkin afirma que esta ideia se infiltrou na comunidade jurídica, porém ela estampa uma das perplexidades mais exasperantes que conduzem os filósofos a cuidarem da obrigação jurídica.¹⁷⁰

O poder discricionário, ou *judicial discretion*, Dworkin denomina como a decisão consistente, construída e formulada conforme as diretrizes do sistema jurídico, especialmente nos casos difíceis, em que os litigantes demandam algum direito que não é nítido, ou sobre o qual a lei é omissa. Ele acrescenta ainda que trata-se de uma decisão não arbitrária, que

¹⁶⁷ Ibid., p. 48-49.

¹⁶⁸ Ibid., p. 48.

¹⁶⁹ Ibid., p. 72.

¹⁷⁰ Ibid., p. 49.

objetiva alcançar de forma consciente, um resultado justo e para tanto, leva em consideração aquilo que seja equitativo e razoável, conforme as circunstâncias do caso em concreto.¹⁷¹

Esta questão de omissão legislativa, no entanto, é controversa, ao que Streck, que afirma que não se pode alegar a omissão legislativa, visto que a lei e o Legislativo não é capaz de antever todas as possibilidades de aplicação.¹⁷²

Dworkin afirma que para os positivistas, quando um caso não é regulado por uma regra clara, cabe ao juiz exercer o seu poder discricionário para a tomada de uma decisão, através da criação de um novo item de legislação. Mas a sua posição não está apoiada nos argumentos que os positivistas utilizam para defender a doutrina do poder discricionário, apesar desta ser relevante para o tratamento dos princípios. Destaque-se ainda, que para o autor existem confusões quanto ao conceito do poder discricionário e, principalmente uma incapacidade de distinguir os sentidos diversos nos quais ele é utilizado, fatos estes que justificam a sua popularidade.¹⁷³

A explicação para o conceito de poder discricionário pelos positivistas está no fato de tê-lo extraído da linguagem ordinária. E assim, faz-se necessário notar que o conceito está sempre deslocado, salvo quando em contextos especiais. Isto quer dizer que o conceito do poder discricionário somente se encontra precisamente à vontade quando do momento em que alguém se encontra incumbido de tomar decisões conforme padrões estabelecidos por determinada autoridade.¹⁷⁴

Os positivistas, no entanto, inferem que quando da existência de uma regra clara e estabelecida, os juízes não possuem um poder discricionário.¹⁷⁵ Para tal posição, Dworkin faz uma crítica, ao inferir que por esta linha de entendimento é possível dizer que apenas algumas vezes os juízes devem formar o seu próprio juízo, ao aplicar padrões jurídicos. E segue chamando atenção para o fato de que algumas regras do direito são vagas, como afirmado por Hart, que entende que todas as regras de direito possuem uma textura aberta. E assim, para os

¹⁷¹ Ibid., p. 49.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 165-166.

¹⁷³ Ibid., p. 49-50.

¹⁷⁴ DWORKIN, R., 2010, p. 50.

¹⁷⁵ Ibid., p. 54.

positivistas, em certos momentos, os juízes devem analisar lentamente certos pontos do direito, e que dois juízes estarão freqüentemente em desacordo.¹⁷⁶

O conceito do poder discricionário, no entanto, é relativo, posto que, de um modo geral, ele é dado conforme um contexto, no sentido de que em certos casos uma autoridade possui um poder discricionário a partir de um ponto de vista, mas não de outro. Logo, como quase todos os termos, a definição precisa de poder discricionário é afetada pelas características do contexto.¹⁷⁷

Para melhor elucidação da questão, Dworkin se utiliza de sentidos fracos e fortes. Primeiramente, pelo sentido fraco, o poder discricionário, algumas vezes é empregado quando os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser utilizados de forma mecânica, exigindo a capacidade de julgamento do seu aplicador. Tal ocorre quando o contexto não é esclarecedor. E o segundo sentido fraco ocorre quando existem diferentes padrões de autoridade, para os diferentes tipos de decisão.¹⁷⁸

O poder discricionário é utilizado no sentido fraco, para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar, e não para tratar da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem possui a palavra final na sua aplicação.¹⁷⁹ Para melhor explicar esta questão, Dworkin exemplifica com o caso do sargento que recebe ordem de escolher cinco homens mais experientes. Neste exemplo, o sargento não detém o poder discricionário no sentido forte da expressão, pois a ordem dada tem a pretensão de dirigir a sua decisão.

Esta relatividade do poder discricionário, Dworkin chama de poder discricionário limitado, e de modo inverso, o poder discricionário pleno, se dá quando do caso do exemplo, o sargento pode escolher entre os homens mais experientes, e também de tomar decisões com relação ao que mais levar em consideração.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Ibid., p. 54-55.

¹⁷⁷ Ibid., p. 51.

¹⁷⁸ Ibid., p. 51.

¹⁷⁹ Ibid., p. 52.

¹⁸⁰ Ibid., p. 52.

O sentido forte do poder discricionário significa que na maioria das situações em que age uma pessoa, ela leva em consideração certos padrões de racionalidade, equidade e eficácia.¹⁸¹

E esses padrões são não maior parte, princípios, incluindo ainda, a doutrina da supremacia do Poder Legislativo; um conjunto de princípios que demanda uma consideração limitada dos tribunais, pelos atos do Legislativo; a doutrina do precedente; o conjunto de princípios que exprime a equidade e a eficiência que procedem da consistência.¹⁸²

Em suma, o esforço de Dworkin é no sentido de opor-se à ideia de discricionariedade no processo decisório, quando da falta de regras, de modo a contrariar o entendimento majoritário doutrinário.¹⁸³ Isto porque os princípios não ampliam o poder discricionário no momento decisório, mas de modo contrário, o limita, na medida em que quando o julgador se utiliza de argumentos de princípios, espera-se que demonstre o sentido descritivo de uma regra que se extrai do princípio, ou que a ele se adeque.¹⁸⁴

De igual modo aponta Streck, ao afirmar que a “era dos princípios” não consiste em um componente a mais no âmbito axiológico-interpretativo capaz de transformar o juiz e os intérpretes do direito em figuras detentoras de super poderes, em prol da descoberta dos valores ocultos no texto, diante da ideia de uma maior liberdade garantida pelos princípios.¹⁸⁵ De forma contrária, como já dito, o neoconstitucionalismo principiológico não forneceu maior liberdade aos juízes e intérpretes, e os princípios não facilitam as atitudes decisionistas e/ou discricionárias.¹⁸⁶ E assim, para Streck o Direito não é aquilo que o intérprete deseja que ele seja e se os juízes tivessem o poder de ditarem os sentidos das leis, ou pudessem decidir discricionariamente os casos difíceis é de se questionar acerca de qual é a necessidade das leis.¹⁸⁷

Logo, quando da inexistência de regras específicas aplicáveis em determinados casos concretos, o juiz deve utilizar-se dos princípios para fundamentar suas decisões judiciais, mas esta decisão judicial é vinculada a determinados padrões, não sendo, portanto, discricionária.

¹⁸¹ Ibid., p. 53.

¹⁸² Ibid., p. 60.

¹⁸³ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 225-226.

¹⁸⁴ Ibid., p.226.

¹⁸⁵ STRECK, L., 2006, p. 145.

¹⁸⁶ Ibid., p. 145-146.

¹⁸⁷ Ibid., p. 165-166.

Ronald Dworkin, neste sentido compreende que toda pretensão jurídica corresponde a uma ideia original, e destarte não há espaço para a criação discricionária do juiz. Isto posto, as decisões judiciais devem ser concebidas a partir de uma estrita observância dos princípios constitucionais que conferem integridade ao ordenamento, sob pena de serem ilegítimas por afronta ao sistema representativo sobre o qual se assenta a democracia norte-americana. Portanto, há uma resposta correta, que pode e deve ser obtida a partir da prática interpretativa dos juízes, em combinação com os princípios e determinações de objetivos políticos do legislador.¹⁸⁸

Neste sentido, como bem afirma Celso Ribeiro, o Direito enquanto sistema aberto de normas consiste em uma incompletude completável. E o próprio direito traz soluções para os casos que eventualmente deixe de regular.¹⁸⁹

Logo, como aponta Klaus Gunther, a posição de Dworkin é no sentido de que não cabe aos juízes a criação de novos direitos, mas descobrirem os direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito.¹⁹⁰

Impende salientar que somente as regras ditam resultados, ao passo que os princípios inclinam as decisões em uma determinada direção, apesar de ser de uma forma não conclusiva. Ao mesmo tempo, não cabe concluir que os juízes que devem utilizar-se de princípios possuem um poder discricionário, pois um conjunto de princípios pode prescrever um resultado. O juiz possui liberdade para decidir de acordo com os princípios que entende estar obrigado a reconhecer, podendo deste modo, cometer erros em sua avaliação principiológica, mas os erros também ocorrem quando do seu juízo em relação a regras obrigatórias.¹⁹¹

Destaque-se, no entanto, que uma das dificuldades da utilização dos princípios consiste em que eles ao determinam o que se deve fazer, mas orientam um valor a respeitar ou um fim a atingir.¹⁹² Tal ocorre tendo-se em vista que os princípios possuem uma função dinamizadora, em decorrência de sua maior generalidade, indeterminação, imprecisão, ao passo que são detentores de força expansiva.

¹⁸⁸ APPIO, E. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*, 2005, p. 34-35.

¹⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: 3. ed. rev. ampl. Celso Bastos Editora, 2002, p. 114.

¹⁹⁰ GUNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 410.

¹⁹¹ DWORKIN, R., 2010, p. 57.

¹⁹² FREITAS FILHO, R., 2009, p. 200.

3.2.3 Os casos difíceis (*Hard Cases*)

Segundo a teoria positivista, quando em uma ação judicial não pode se submeter a uma clara regra de direito, instaurada previamente por uma instituição, o juiz tem o poder discricionário para decidir o caso. Este entendimento, porém, não passa de uma ilusão, pois na realidade o que ocorre é que o juiz legisla novos direitos jurídicos, para posteriormente aplicar os direitos retroativamente ao caso em exame, sendo, portanto, tal teoria inadequada. Assim, na concepção de Dworkin, os juízes têm o dever, inclusive nos casos difíceis, de descobrir os direitos, aplicando aqueles criados por outras instituições, e não de inventar novos retroativamente, não sendo garantido, porém que os mesmos ofereçam uma mesma resposta para as questões.¹⁹³

Tal concepção é o modelo ideal, porém muitas vezes, tal não pode ser concretizado na prática. Esta impossibilidade decorre do fato de que as leis e as regras do direito costumeiro, na maioria das vezes são vagas, devendo previamente ser interpretadas para serem aplicadas a novos casos. Há ainda o dilema de que alguns casos apresentam problemas novos, que são impossíveis de serem decididos mesmo quando da ampliação ou reinterpretação das regras existentes. Logo, nestes casos, cabe aos juízes criarem novos direitos, de forma dissimulada ou explícita, como se fossem delegados do Poder Legislativo.¹⁹⁴

E os juízes não são e nem deveriam ser legisladores delegados, pois há que se considerar a distinção na teoria política entre os argumentos de princípio e os argumentos de política. Os primeiros fundamentam uma decisão política, a partir da demonstração de respeito ou de garantia de um indivíduo ou de um grupo da decisão. Já os segundos fundamentam uma decisão política, a partir da demonstração de que a decisão promove ou protege um objetivo coletivo de uma comunidade.¹⁹⁵

O autor se aborda que quando diante de um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada por princípios ou por políticas. No entanto, ele defende a tese de que as

¹⁹³ DWORKIN, R., 2010, p.127-128.

¹⁹⁴ Ibid., p. 127-128.

¹⁹⁵ Ibid., p. 128.

decisões judiciais nos casos civis são e devem ser geradas por princípios e não por políticas.¹⁹⁶

Necessário trazer aqui neste ponto o questionamento de Dworkin acerca da atividade da interpretação. O autor indaga se quando duas pessoas divergem sobre a correta interpretação de alguma coisa, que pode ser um poema, uma peça, uma prática social, uma cortesia, ou uma justiça é razoável pensar se alguma delas é certa ou errada.¹⁹⁷

E neste contexto, a maioria das pessoas pensa que algumas interpretações são melhores que outras, mas ele conclui afirmando que a sua descrição abstrata do objetivo mais geral da interpretação pode reforçar para muitos leitores, a tese cética de que constitui um erro filosófico a suposição de que as interpretações são certas ou erradas, verdadeiras ou falsas. Assim, nos casos difíceis não existe uma resposta certa, mas apenas respostas diferentes, não sendo nenhuma melhor ou pior que as demais.¹⁹⁸

Acerca desta questão, tecendo alguns comentários é de se destacar que nos últimos tempos, a teoria do direito vem dando ênfase na abordagem da dicotomia entre *easy e hard cases*, no sentido de que é corrente o entendimento de que os primeiros seriam solucionados pela aplicação de uma regra e nos segundos, havendo insuficiência de regras são demandados os princípios.¹⁹⁹

O problema está na confusão que se faz com a era dos princípios e a abertura hermenêutica, no sentido de ser permitida uma manipulação dos princípios pelo julgador, em conformidade com a sua consciência pessoal. Neste sentido, necessário se faz entender que os princípios não representam justificativas teóricas com objetivo de superação dos problemas metodológicos decorrentes da hipossuficiência semântica das regras.²⁰⁰

E é equívoca a ideia de que apenas nos *hard cases* que surgem os maiores problemas de interpretação, no sentido de o objeto se referir a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo.²⁰¹

Streck considera que Dworkin busca nos princípios, os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio. E em suma,

¹⁹⁶ Ibid., p. 131-132.

¹⁹⁷ Id., 2014, p. 94.

¹⁹⁸ Ibid., p. 95-96.

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *A Hermenêutica diante da relação “Regra-princípio” e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim ano 20-98- set./out. 2012, Coordenação: Helena Regina Lobo da Costa. Editora Revista dos Tribunais, p.242.

²⁰⁰ Ibid., p.243.

²⁰¹ Ibid., p.244.

Dworkin aborda a noção dos *hard cases*, partindo da crítica ao positivismo de Hart. Mas ele não cinde os discursos de fundamentação dos discursos de aplicação, ao passo que é a integridade do Direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a solução correta nos casos difíceis.²⁰²

Em síntese, quando da ausência de regra específica para a elucidação de determinado caso concreto, os princípios podem ser buscados e aplicados como argumentos das decisões judiciais, mas tal não denota a ampliação do poder discricionário do juiz, pois estas estão vinculadas a determinados padrões, como textos normativos e posições já utilizadas e estabelecidas pelos Tribunais, ou por certas autoridades.

Assim, o fundamento de legitimidade da atuação dos juízes nos *hard cases* consistiria, portanto, mais na sua capacidade de deduzir princípios morais regentes do sistema jurídico, a partir da própria Constituição Federal. E destaque-se que Dworkin aborda a questão a partir da experiência norte-americana, de modo a utilizar os precedentes, nos quais a busca de um princípio substancial de democracia impunha uma atividade criadora, o que não presta para uma universalização plena desta experiência. E o Direito como integridade objetiva em última análise, gerar soluções judiciais que possam ser justificadas a partir de um modelo político fundado na igualdade.²⁰³

3.3. As decisões judiciais e a teoria linguística, conforme o Prescritivismo Universal de Richard Mervyn Hare

O presente tópico abordará o Prescritivismo Universal, que consiste em uma teoria moral proposta pelo filósofo da moral Richard Mervyn Hare, e a sua aplicação no discurso jurídico, a partir do exame dos argumentos utilizados nas decisões judiciais dos Tribunais.

O Prescritivismo Universal de Hare, apesar de consistir em regra lógica da linguagem da moral, é aplicável ao Direito. A aplicação do Prescritivismo Universal constitui relevante instrumento teórico de análise das decisões judiciais, que se utilizam de princípios em seus fundamentos, como o caso do nepotismo, visto que possibilita uma apreciação lógica dos argumentos sob o prisma da exatidão, e semelhança e da não contradição. Tal se dá, pois este instrumento permite examinar se a coerência dos sentidos empregados nos conceitos que

²⁰² Ibid., p.245.

²⁰³ APPIO, E. *Controle Judicial das Políticas Públicas*, 2005, p. 35.

fundamentam as decisões estão sendo respeitados, posto que é fundado nos preceitos da universalizabilidade e da prescritividade.²⁰⁴

A teoria de Hare é uma teoria ética, que tem como foco, o estudo lógico da linguagem da moral, eis que considera somente o significado das palavras.²⁰⁵ Assim, sua teoria possui como base a natureza, o significado e as propriedades lógicas de tais conceitos, sendo contrária ao intuicionismo.²⁰⁶ Ele tem como preocupação a possibilidade do controle do discurso através da coerência, com a utilização dos significantes das palavras morais.²⁰⁷ Para tanto se faz necessário o reconhecimento dos mandamentos ou a gramática dos argumentos utilizados, para ser possível a devida análise do discurso.²⁰⁸

Saliente-se que Richard M. Hare foi influenciado pela filosofia da linguagem de John Austin, e por Wittgenstein, pela filosofia utilitarista, e pelo pensamento de Immanuel Kant, ao passo que a sua metaética influenciou a teoria da linguagem na segunda metade do século XX. Saliente-se, no entanto, que quanto ao utilitarismo, Hare não acolheu o princípio da utilidade como fundamento das regras éticas, pois para ele, o indivíduo realiza alegações de cunho utilitarista quando da produção de julgamentos éticos.²⁰⁹

Conforme a teoria de Hare, as palavras morais possuem as propriedades lógico-semânticas denominadas de universalizabilidade e prescritividade. A universalizabilidade consiste em propriedade através da qual um julgamento moral deve ser expresso, de modo a conter um rol finito de termos universais. E através da universalizabilidade, um julgamento moral gera uma regra moral, que Hare denomina de princípio, e assim, pode ser expresso de tal forma.²¹⁰ Em outras palavras, a propriedade da universalizabilidade significa que para que haja um legítimo julgamento moral, a pessoa que propõe uma regra expressa de forma universal, deverá aceitá-la e obedecê-la.²¹¹ E ainda, pela universalizabilidade, aquele que fornece os proferimentos prescritivos deve adotá-los para si, mas também para os demais indivíduos inseridos em uma mesma situação.²¹²

²⁰⁴ FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria lingüística. O prescritivismo universal de Richard Hare*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 19-20.

²⁰⁵ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 165.

²⁰⁶ HARE, Richard Mervyn. *Ética: problemas e propostas*. São Paulo: UNESP, 2003, p. 1. FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 21.

²⁰⁷ Ibid., p. 21.

²⁰⁸ Ibid., p. 21.

²⁰⁹ Ibid., p. 20.

²¹⁰ Ibid., p. 20.

²¹¹ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 143.

²¹² Ibid., p. 144. FREITAS FILHO, R., 2008, p. 21.

Quanto à prescritividade, esta consiste na propriedade pela qual os agentes morais devem realizar a conduta que reputam como moralmente obrigatória, quando física e psicologicamente aptos em praticá-la.²¹³

Em suma, a prescritividade é a propriedade própria para a expedição de ordens, ou comandos normativos, para fins de regulação de comportamentos.

Hare reporta Kant, que para ele, talvez tenha sido o primeiro filósofo a considerar a relevância do raciocínio moral, sendo que este segundo se refere aos princípios morais como máximas que devem ser enunciados por meio de um imperativo categórico, classificando-se, desta forma, como um prescritivista. E assim, a função fundamental dos princípios e dos juízos morais está em dirigir as nossas ações, e as demais funções podem ser explicadas em termos desta função central.²¹⁴

E as duas principais propriedades das palavras morais em conjunto, da universalizabilidade e da prescritividade formam o Prescritivismo Universal.²¹⁵

E de acordo com o Prescritivismo Universal, a lógica dos enunciados morais é a lógica das prescrições morais, ao que seu foco se encontra na possibilidade de controle do discurso, por meio da apreciação da coerência da aplicação dos significantes e significados lógicos das palavras morais.²¹⁶

Em síntese, pela teoria de Hare, os princípios morais podem ser estabelecidos de forma objetiva, pois fundamentados na lógica e nos fatos, a partir da explicitação dos significados das palavras morais.²¹⁷ Tal ocorre, pois as teorias intuicionistas²¹⁸ não são confiáveis no nível crítico, ao passo que explicam adequadamente o pensar moral cotidiano, mas não com relação aos problemas morais difíceis.

3.3.1. A propriedade da prescritividade e a linguagem prescritiva

A teoria da linguagem da moral de Richard Hare, denominada de Prescritivismo Universal versa sobre os conceitos morais, ao passo que, como já dito anteriormente, as principais propriedades das palavras morais são a prescritividade e a universalizabilidade.

²¹³ FREITAS FILHO, R., 2008, p. 20.

²¹⁴ HARE, Richard Mervyn. *Ética: problemas e propostas*. São Paulo: UNESP, 2003, p. 8.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 21.

²¹⁶ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 147.

²¹⁷ HARE, R., 2003, p. 7, 8.

²¹⁸ Hare denomina teorias intuicionistas como as nossas convicções morais comuns, que fornecem respostas corretas no nível intuitivo. In: HARE, R., 2003, p. 10.

Hare anuncia que a função dos princípios morais é orientar a conduta, e que a linguagem da moral é uma espécie de linguagem prescritiva. E tal faz da ética algo que deve ser estudado, pois no caso de incidência de problemas de conduta será necessário o entendimento da linguagem na qual tais problemas são colocados e respondidos.²¹⁹

O sentido prescritivo das palavras denota que o seu emprego serve para a reflexão da ação humana, apesar de que nem todas as prescrições tenham um sentido moral, sendo que algumas destas consistem em meras ordens singulares.²²⁰

Como dito, a linguagem prescritiva objetiva a indicação da conduta humana quando da incidência de problemas de modo de atuação e comportamento, logo, o modo imperativo é aplicado em tais situações, sendo inclusive a parte principal do argumento do Prescritivismo Universal de Hare. Este modo imperativo é expresso através de comandos, e esta característica aproxima as linguagens da moral e jurídica.

Hare classifica de uma forma geral, a linguagem prescritiva em imperativos singulares e universais, e juízos de valor não-morais e morais, não sendo, porém tal classificação, exaustiva.²²¹

Neste sentido, o Prescritivismo Universal permite o exame dos comandos jurídicos, no sentido de tornar possível a distinção entre os comandos passíveis de ser aplicados diretamente, daqueles que demandam uma especificação prévia para proceder em aplicação no modo dedutivo.²²²

Ao inserir os imperativos na classificação da linguagem prescritiva, Hare aborda a distinção entre sentenças imperativas e indicativas. Como ele mesmo afirma, é certo que há uma diferença entre afirmações e comandos, mas é muito difícil apontar precisamente esta diferença. E esta distinção não é simplesmente do tipo gramatical, mas reside entre os significados que as diferentes formas gramaticais expressam.²²³

Hare vislumbra as sentenças indicativas como afirmações e as sentenças imperativas como comandos.²²⁴ Nas palavras do autor, a sentença indicativa é utilizada para contar a alguém que algo acontece, e a sentença imperativa é usada para dizer a alguém que faça algo acontecer.²²⁵

²¹⁹ HARE, Richard Hare. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 3, 4.

²²⁰ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p.144.

²²¹ HARE, R., 1996, p. 5.

²²² FREITAS FILHO, R., 2009, p. 144-145.

²²³ HARE, Richard. Op. Cit., p. 7.

²²⁴ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p.145.

²²⁵ HARE, Richard. Op. Cit., p. 7; FREITAS FILHO, R., Op. Cit., p.145-146.

E complementando, por mais que os comandos se difiram das afirmações, estes são semelhantes a elas, se classificando como prescrições, por dizerem algo a alguém, sem a intenção de influenciá-lo. Os comandos e as afirmações se destinam a responder questões apresentadas por agentes racionais, e, portanto, são regidos por regras lógicas e isto significa que os juízos morais também podem ser regidos deste modo.²²⁶

3.3.2. A propriedade da universalizabilidade

A universalizabilidade consiste em um princípio lógico, e não moral, visto que não aponta conduta moral prescritiva. O que esta propriedade preconiza é que não é possível a realização de um juízo moral distinto quando em caso de situações desenvolvidas em contextos similares. E para tanto, a constatação de possíveis contradições ocorridas nas diversas situações ocorrem através da análise dos discursos empregados para a indicação do comportamento correto a ser realizado. Assim, no caso das decisões judiciais, esta verificação se dá pelo discurso empregado pelo julgador em sua fundamentação.²²⁷

Logo, o Prescritivismo Universal de Hare é aplicável ao Direito, apesar deste versar sobre as regras lógicas da linguagem da moral. O próprio Hare discorre sobre esta aplicabilidade da universalizabilidade no âmbito do Direito.²²⁸ Este entendimento de aplicabilidade do Prescritivismo Universal ao Direito é certo, apesar da impressão contrária trazida quando de algumas de suas afirmações em sua obra *Freedom and Reason*, no que se refere à utilização do termo “ought” no Direito.²²⁹ Tal se dá haja vista que a propriedade da universalizabilidade está relacionada ao ponto de vista do falante, o que afasta a ideia de que os juízos morais seriam universais, e, portanto, aplicáveis a todo o meio do discurso moral dos humanos, enquanto que os juízos jurídicos se limitariam ao meio do discurso jurídico. Além do mais, a teoria de Hare não possui proposição de conteúdo moral, e assim, os diferentes conceitos de formas corretas de ação provenientes de diferentes culturas não invalida a mesma. Logo, o autor admite que existe mais de um sistema moral relativo ao conteúdo dos juízos.²³⁰

²²⁶ HARE, Richard. Op. Cit., p. 16-17.

²²⁷ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 148-149.

²²⁸ HARE, Richard Mervyn. *Moral Thinking: Its levels, method and point*. New York: Clarendon Press, Oxford, 1981, cap. 9: Rights and Justice, p. 147-168.

²²⁹ HARE, Richard Mervyn. *Freedom and Reason*. Oxford: editora Oxford University, 1964, p. 35- 36.

²³⁰ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 176-177.

E a verificação dos discursos empregados em determinado juízo é possível a partir da definição dos elementos descritivos presentes nos casos concretos, como por exemplo, no caso do nepotismo, a avaliação do que é a moralidade administrativa. Infere-se neste sentido, que o significado descritivo das palavras é variável, haja vista que os critérios de julgamento das situações variam, mas não a sua característica avaliatória.²³¹

É a partir do conceito da palavra descritiva que se verifica a característica da universalizabilidade, da teoria de Hare.²³²

Assim, a utilização destes padrões decisórios possibilita a ideia da segurança jurídica, relevante para o Direito.²³³ Tal ocorre, pois a adequada fundamentação decisória, por meio do significado descritivo das palavras de valor das normas jurídicas fornece uma maior tecnicidade às decisões. É necessário, portanto, que haja uma certa previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais, preservando assim a segurança jurídica, na medida que os casos iguais não sejam decididos indistintamente, respeitando o princípio da igualdade.

Neste contexto, a teoria de Hare atenta para a coerência do discurso, e assim para ser permitida uma crítica substantiva é necessária uma devida exposição lógica dos conceitos morais, para se demonstrar como estes suscitam regras que levam à adoção de um método de raciocínio moral normativo de natureza substantiva.²³⁴

E assim, para eu seja possível uma função lógica das sentenças, quando da utilização de palavras de valor nos discursos morais há que ser especificado o sentido destas, pois é a lógica prescritiva que permite a racionalidade no pensamento moral.²³⁵

E é a determinação dos critérios de avaliação de um objeto que permite a formulação de um juízo que pode ser universalizado.²³⁶

Sintetizando as ideias, quando se utiliza um sentido descritivo em uma determinada ocasião, isto quer dizer que quando diante de outras situações em que se encontrem presentes as mesmas particularidades relevantes, deverão ocorrer o mesmo juízo.²³⁷ E assim, a partir do conceito da palavra descritiva que se verifica a propriedade da universalizabilidade.²³⁸

E assim, o juiz deve obedecer ao princípio da universalizabilidade, de forma a aplicar a lei conforme suas determinações, além de não realizar diferenciações de juízos entre os

²³¹ Ibid., p. 158-159.

²³² HARE, Richard Mervyn. Op. Cit., p. 17; FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p.159.

²³³ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 158.

²³⁴ Ibid., p. 149.

²³⁵ Ibid., p. 150.

²³⁶ Ibid., p.157.

²³⁷ Ibid., p. 159.

²³⁸ HARE, R.,1965, p.17.

casos com circunstâncias semelhantes. E neste contexto, para Hare, o juiz deve possuir um compromisso moral para com a decisão proferida e o sistema legal.

3.3.3. As palavras descritivas e avaliatórias

Para tecer noções acerca das palavras descritivas e avaliatórias, utilizo-me das explicações de Roberto Freitas, que afirma que as palavras descritivas são aquelas que possuem o sentido prescritivo, não tendo significado relativo à qualidade de um objeto ou de uma situação, não necessitando de uma justificação para ser devidamente compreendida. Assim, as palavras descritivas têm a função lógica de designação de um objeto, e como exemplo ele traz um automóvel, o qual não necessita de maiores explicações para saber o que seja um automóvel, pois é de conhecimento geral o que seja tal objeto. Já quanto às palavras avaliatórias, diversamente, como por exemplo, um bom automóvel, necessita de uma justificação acerca da avaliação à esta qualidade atribuída ao objeto.²³⁹

E neste caso, as palavras de valor, como por exemplo, o termo bom tem função de qualificação do objeto, não sendo, portanto, estáveis semanticamente, ao que torna necessária a indicação na motivação da decisão, das circunstâncias descritivas presentes no caso.²⁴⁰

A diferença entre as palavras descritivas e avaliatórias é que os enunciados morais possuem um elemento diferenciador, que é o valorativo. A palavra de valor possui um sentido de recomendação moral. Saliente-se ainda que o sentido avaliatório é constante, enquanto que o sentido descritivo pode ser alterado, de acordo com a mudança das circunstâncias que envolvem o juízo.²⁴¹

Destaque-se que a polissemia, a vagueza ou a imprecisão não consiste em característica diferenciadora entre as palavras descritivas e avaliatórias. Considere-se que a doutrina freqüentemente erroneamente distingue as normas casuísticas das cláusulas gerais, pela composição semântica vaga ou imprecisa de seus textos normativos. Em ambos casos, no entanto, a linguagem é polissêmica, vaga e imprecisa, ao passo que a sua distinção reside na

²³⁹ FREITAS FILHO, R.; LIMA, T. M., 2010, p. 14. Disponível em: <file:///C:/Users/ADM/Downloads/1206-6606-1-PB.pdf>. Acesso em 07 nov. 2015.

²⁴⁰ HARE, R. M., 1996.

²⁴¹ HARE, R., 1965, p. 26; FREITAS FILHO, R., 2009, p. 160.

função lógica das palavras que a compõem.²⁴² Deste modo, existem sentidos imprecisos e rígidos tanto nas palavras de valor, como nas descritivas.²⁴³

E a compreensão da função lógica das palavras de valor se encontra na decomposição de seus sentidos descritivo e avaliatório. O significado avaliatório das palavras de valor é sempre conservado, independente do seu objeto de apreciação, e o sentido do significado descritivo da palavra pode modificar em decorrência do objeto o qual se refere.²⁴⁴

Em síntese, existem duas espécies de atos de fala, quais sejam, o descritivo e o prescritivo (ou avaliatório).²⁴⁵ E o significado descritivo das palavras de valor é variável, a depender da alteração dos critérios ou padrões de julgamento das situações, ao contrário da avaliatória, em que o seu sentido é sempre mantido.²⁴⁶ Para uma melhor elucidação, o termo “onerosidade excessiva”²⁴⁷, que do ponto de vista avaliatório será sempre uma avaliação negativa, e do ponto de vista descritivo haverá uma variação de seu sentido, a depender do critério situacional sob enfoque, como por exemplo, a compra e venda de medicamentos de uso contínuo e um contrato de leasing de um automóvel, casos diversos, que serão abordados, portanto, de formas diversas.²⁴⁸

3.3.4. Os princípios expressos com palavras de valor

Há uma problemática de caráter lógico quando as normas, os princípios são formulados com palavras de valor, ou avaliatórias, que expressam juízos, diante da complexidade de sua aplicação aos casos concretos e da impossibilidade de seu tratamento como um conceito analítico. E é certo que as decisões morais, assim como as jurídicas devem ser tomadas através da lógica e dos fatos.²⁴⁹

Para Hare, quase toda palavra pode ser utilizadas eventualmente como palavra de valor (que tem função especial na língua de aprovar, ou o contrário), de modo que somente interrogando detalhadamente o falante é que podemos saber se está usando a palavra de tal

²⁴² FREITAS FILHO, R., 2009, p. 152.

²⁴³ HARE, Richard. Op. Cit., p. 124.

²⁴⁴ Ibid., p. 152.

²⁴⁵ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 161.

²⁴⁶ Ibid., p. 153 e 159.

²⁴⁷ Exemplo dado por Roberto Freitas Filho. Ibid., p. 153.

²⁴⁸ Ibid., p. 153.

²⁴⁹ Ibid., p. 146-147.

modo.²⁵⁰ Assim, essa textura aberta das palavras e conseqüente caráter polissêmico torna complexa a aplicação das normas que regulam o seu uso.²⁵¹

E neste sentido, como já aqui dito, Hare objetiva a comprovação da possibilidade de uma racionalidade moral, através da exposição lógica dos conceitos morais, pela determinação dos elementos descritivos das palavras de valor.

Tal se dá tendo-se em vista que as palavras de valor expressam um juízo sobre algo, e assim, a análise das propriedades das palavras de valor é elemento relevante e essencial para prescrever algo na seara da linguagem.²⁵²

3.3.5. O significado das palavras

O significado das palavras está vinculado à utilização destas conforme determinadas regras, de modo que o tipo do significado é estabelecido pelo tipo de regras que regulamentam o seu uso. Assim, são as regras de utilização das palavras que fornecem coerência em seu uso prático, permitindo a inteligibilidade dos falantes.²⁵³

Em síntese, como existem tipos diversos de palavras, é certo que devem ser utilizadas diferentes tipos de regras para tais, a depender das características que diferenciam os diferentes tipos de palavras.²⁵⁴

Destaque-se, no entanto, que a problemática envolvendo o significado das palavras reside na diferença relativa à função lógica das palavras em um determinado proferimento. E neste sentido, saliente-se que as palavras funcionais comportam em sua descrição a referencia a uma função que venham a possuir.²⁵⁵ Em outras palavras, uma palavra é funcional se para explicar o seu significado completo tem-se que dizer para que serve determinado objeto a que se refere, ou o que espera-se que ele faça.²⁵⁶

E definir uma palavra descritiva sem a trazer a sua finalidade acarreta a possibilidade de omissão de aspectos relevantes para que haja uma devida avaliação de uma situação que a envolva.²⁵⁷

²⁵⁰ HARE, R., 1996, p. 85 e 97.

²⁵¹ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 154.

²⁵² Ibid., p. 147.

²⁵³ HARE, R., 1965, p. 5.

²⁵⁴ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 155.

²⁵⁵ Ibid., p. 150.

²⁵⁶ HARE, R., 1965, p. 107; FREITAS FILHO, R., 2009, p. 157.

²⁵⁷ HARE, R., 1965, p. 108; FREITAS FILHO, R., 2009, p. 157.

E ainda, há a questão de o valor positivo de um objeto ser identificado com a eficiência da sua função. Em suma, são os elementos do caso concreto que permitirão uma devida e completa avaliação do objeto.²⁵⁸

Versando sobre o significado avaliatório e descritivo, frise-se que o significado descritivo das palavras de valor é variável, tendo-se em vista que os critérios de julgamento das situações podem alterar, no entanto, o sentido da palavra avaliativa não sofrerá variação.²⁵⁹

Para melhor explicar, por exemplo, o termo “bom” quando se refere a determinado objeto está ligado a determinadas características. Assim, quando se diz que algo é “bom” é dizer que ele preenche determinado padrão, ou satisfaz determinados critérios. E esses critérios são o significado descritivo de “bom”. Logo, em suma, diversamente do significado valorativo, o significado descritivo pode mudar conforme o falante, o tema da conversa e a situação.²⁶⁰

Neste contexto, trago uma passagem da obra de Ávila, em que ele aborda o princípio da moralidade, reportando a posição de Paulo Modesto.²⁶¹

“Por exemplo, o princípio da moralidade exige a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação.²⁶² Para a realização desse estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos. Para a efetivação de um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para realizar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real uma situação de zelo é fundamental colaborar com o administrador e informá-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário expressar por que se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por conseqüência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio.”²⁶³

Ávila complementa a questão do princípio da moralidade em tópico separado posterior, asseverando que o princípio da moralidade contido no art. 37 da Constituição

²⁵⁸ FREITAS FILHO, Roberto. Op. Cit., p. 157.

²⁵⁹ Ibid., p. 158-159.

²⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 82.

²⁶¹ MODESTO, Paulo. *Controle jurídico do cumprimento ético da Administração Pública no Brasil*. Revista de Direito Administrativo – RDA 209/1997. Biblioteca digital FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47042/46027>>. Acesso em 11 dez. 2015.

²⁶² Ibid.

²⁶³ ÁVILA, H., 2006, p. 79.

Federal põe a moralidade como sendo um dos princípios fundamentais da atividade administrativa. E ainda, a CF atribuiu grande relevância à moralidade em vários de seus dispositivos, e assim, a sumária sistematização do significado preliminar de tais dispositivos manifesta que a CF se preocupou com padrões de conduta de vários modos.

Para tanto, Ávila traz uma série de artigos da CF (como por exemplo, os que elencam a dignidade, justiça, igualdade, impessoalidade, os requisitos para ingresso na função pública por concurso público, dentre outros) que para ele, estabelecem um rigoroso padrão de conduta para o ingresso e exercício da função pública, de modo que inexistindo seriedade, motivação e objetividade, os atos podem ser passíveis de revisão por meio de mecanismos internos e externos de controle.

E o autor finaliza sustentando que como se pode perceber, o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo não estando previstas em lei. E assim, constituem violação ao princípio da moralidade, a conduta exercida sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa idealizada pela Administração Pública.²⁶⁴

Neste contexto aponto que os princípios da Administração Pública elencados no caput, do art. 37, da Constituição Federal e utilizados pelos Ministros do STF como argumentos de suas decisões para a proibição do nepotismo são expressos com termos ou expressões avaliatórias, quais sejam, a moralidade, impessoalidade, eficiência e igualdade, e, portanto, ensejam uma dificuldade hermenêutica diante da necessidade de determinação dos seus sentidos descritivos no momento da aplicação a casos concretos.

Os referidos termos são avaliatórios, não definindo um objeto determinado, são avaliados como algo positivo, ao passo que a determinação de seus sentidos será caracterizada conforme as circunstâncias situacionais próprias de cada caso. Assim, os referidos termos não possuem um sentido único para toda e qualquer situação, sendo estável somente o sentido avaliatório dos termos. Em outras palavras, nenhuma norma expressa com estes termos e expressões pode ser aplicada sem um esforço hermenêutico prévio do seu aplicador e intérprete, de modo a explicitar, em face do caso concreto, as condições descritivas a serem implementadas para ser possível uma decisão específica. Logo, somente com a exposição dos elementos descritivos dos referidos termos é possível a aplicação de forma universal da decisão.

²⁶⁴ Ibid., tópico: Exemplo do princípio da moralidade, p. 94- 96.

Logo, as soluções apontadas por Ávila são não são plausíveis, eis que não ancoradas em critérios lógicos, passíveis de análise crítica racional, pois para ele, o princípio da moralidade exige condutas sérias e leais, o que não define devidamente o sentido do termo moralidade, até porque as suas próprias explicações e conceituações são expressas também com termos avaliatórios como seriedade, lealdade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e objetividade), que demandam também por devidas especificações descritivas.

É de se destacar, no entanto, a dificuldade na conceituação dos referidos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência administrativas. Primeiramente, acerca do princípio da moralidade, Celso Bastos afirma que não é fácil dizer em que consiste o princípio da moralidade, ao passo que aqueles que escreveram a respeito admitem que não se trata da moral comum ou geral, mas daquela que se extrai da disciplina interna da Administração Pública.²⁶⁵

Ainda sobre este princípio, Di Pietro registra que nem todos autores aceitam a existência deste princípio, pelo fato de que alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso, ou acaba por ser absorvido pelo conceito de legalidade. Além do mais, a moralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder, no sentido de que ocorre a imoralidade administrativa quando se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares, estando assim, a imoralidade presente na intenção do agente.²⁶⁶

Quanto ao princípio da impessoalidade, Celso Ribeiro Bastos afirma que a Administração Pública se sujeita ao princípio da igualdade, que ganhou referência expressa no caput, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, sob o matiz terminológico de impessoalidade.²⁶⁷ O autor aponta que o campo em que medra o atentado à impessoalidade é o da discricionariedade, sendo que ao moldar o comportamento do administrador, cabe a prática da escolha de um ato que melhor atenda a finalidade legal e nesta ocasião ele pode ser tentado a substituir o interesse coletivo pelo pessoal, que ocasiona o desvio de finalidade ou abuso de poder. E assim, o ato torna-se arbitrário. Para abordar este princípio, o autor reporta os comentários de Di Pietro.²⁶⁸

Di Pietro aponta que o princípio da impessoalidade apareceu pela primeira vez com esta denominação, no art. 37 da Constituição De 1988, e que ele dá margem a diversas

²⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 3. v. tomo III, arts. 37 a 43, 1992, p.36.

²⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77-78.

²⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. Cit., p.49.

²⁶⁸ Ibid., p.34-35.

interpretações, pois ao contrário dos demais, não tem sido cogitado pelos doutrinadores brasileiros. Assim, exigir a impessoalidade pode significar que este atributo deve ser observado em relação aos administrados, como à própria Administração.

Logo, no primeiro sentido, o princípio relaciona-se com a finalidade pública, que deve orientar toda a atividade administrativa. E tal significa que a Administração não pode agir de forma a prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas, pois é o interesse público que deve nortear o seu comportamento.

Já no segundo sentido, o princípio significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de modo que ele é o autor institucional do ato. Assim, as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública, em nome de quem as produziu.²⁶⁹

No que se refere ao princípio da eficiência, destaque-se que foi a Emenda Constitucional 19/98, que o inseriu entre os princípios constitucionais da Administração Pública. E este princípio está relacionado à imposição a todo agente público, na realização de suas atribuições, de modo a atingir resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros. Di Pietro aponta que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos, quais sejam, o modo de atuação do agente público (em que se espera dele o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados) e o modo de organização, estrutura e disciplina da Administração Pública (também com finalidade de atingir os melhores resultados, na prestação do serviço público).²⁷⁰

3.4. O Prescritivismo Universal e sua aplicação nas decisões judiciais e o caso da proibição do Nepotismo

Trazendo o caso da proibição do nepotismo pelo STF, a partir da análise da teoria do Prescritivismo Universal de Hare, ressalte-se que os fundamentos das decisões judiciais dos Ministros, aqui analisadas se limitaram, de uma forma geral, a afirmar que a vedação decorre da violação dos princípios da Administração Pública, do art. 37, caput, da CF de 1988. E neste sentido, os Ministros se referiram principalmente, aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, o que culminou na edição da Súmula Vinculante nº 13 do STF.

²⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 68.

²⁷⁰ Ibid., p. 83-84.

E o referido caput, do art. 37, da CF de 1988 assim dispõe:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...”

Destaque-se inicialmente que pelo referido dispositivo, não há como expressá-lo como uma sentença imperativa, forma esta mais apropriada para a análise lógica e completa, com termos que fornecem um melhor sentido para as condutas de agir da Administração Pública.

Importante dizer que a conduta determinada pela norma acima transcrita não está completamente exposta, ao passo que é certo que existem problemas hermenêuticos, pelo fato das normas não possuírem natureza de palavras descritivas, necessária para a devida análise lógica e racional dos juízos formulados nas fundamentações judiciais dos Ministros.

A problemática reside nas palavras que não possuem natureza descritiva, sendo de salientar neste âmbito, que estas palavras não necessitam ser especificamente uma palavra de valor, eis que algumas palavras descritivas algumas vezes, também possuem significados imprecisos, necessitando, igualmente, de serem devidamente especificadas.

E no caso em exame, há a necessidade de descrever os elementos descritivos dos princípios elencados na norma em comento, isto é, os termos impessoalidade, moralidade, e eficiência. E a determinação semântica destes termos é relevante, pois estas especificações precedem à devida aplicação aos casos concretos.

E quanto aos princípios jurídicos, Hare aponta Hart, o qual afirma que os princípios jurídicos são muitas vezes modificados pelas decisões judiciais, sendo que tais decisões concebem uma maior precisão à lei, e assim, o âmbito da palavra pode ser alterado ou se fazer mais precisa. E completa, afirmando que, esta transformação dos princípios provisórios em princípios precisos está em constante processo de desenvolvimento, em qualquer existência individual.²⁷¹

Neste contexto de especificação dos elementos descritivos das palavras, também há que se observar a necessidade da especificação completa do significado das palavras, de forma a identificar também a função do objeto referido, no sentido de explicitar para que serve o objeto referido, ou informar o que se espera que ele faça. Tal especificação quer dizer que, quando da definição de uma palavra descritiva, também há que inserir a sua finalidade,

²⁷¹ HARE, R. M., 1996, p. 55-56.

para que se torne possível a identificação das peculiaridades envolvidas no objeto, e conseqüentemente, haja uma correta avaliação da situação que envolve o caso. Além disso, é relevante, a especificação da valoração do objeto do caso concreto, a partir da eficiência de sua função.²⁷²

E o que se infere, em síntese, como já dito aqui, é que o significado descritivo das palavras é variável, uma vez que é possível haver a variação dos critérios ou padrões de julgamento das situações, porém, a característica avaliatória destas é a mesma.²⁷³ Tal significa que, trazendo o caso do nepotismo, a característica avaliatória dos termos impessoalidade, moralidade e eficiência serão sempre vislumbrados como uma qualidade positiva, de observância e em prol da Administração Pública. Mas os significados descritivos das mesmas variam, em conformidade com os contextos das situações dos casos concretos. Em outras palavras, as atitudes em conformidade com a moralidade, impessoalidade e eficiência serão sempre vislumbradas como positivas. A função de avaliação da expressão lingüística moralidade, impessoalidade e eficiência serão as mesmas. Mas para a aferição deste devido cumprimento é necessário tecer no contexto do caso concreto (que no caso é a atividade nepotista), o que significa agir conforme, ou de modo a violar a moralidade, a impessoalidade e a eficiência administrativa.

3.5. O dever de fundamentação das decisões judiciais

Como já abordado neste trabalho, nas últimas duas décadas tem-se priorizado o modelo de normas que possibilite a aplicação em circunstâncias que variam conforme a dinâmica da atual e complexa sociedade, caracterizada por diversificadas relações jurídicas. Assim, no direito brasileiro tem ocorrido uma transição no padrão normativo, de forma a se optar cada vez mais pelo modelo de normas abertas, ou semanticamente abertas, como os princípios, que são constituídos de palavras de valor, em oposição às normas casuísticas.

²⁷² FREITAS FILHO, Roberto., 2009, p. 180-181.

²⁷³ Ibid., p. 182.

Neste contexto, Lênio Streck aponta a dicotomia que se forma no âmbito da doutrina e da jurisprudência no Brasil, que é a expansão do uso dos princípios, o qual ele denomina de pamprincipiologismo e de modo inverso, o seu uso restringido.²⁷⁴

Streck aborda o tema, ao analisar a problemática da decisão judicial e a existência ou não do poder discricionário do juiz quando das soluções buscadas nos casos difíceis. Ele denomina como pamprincipiologismo, a patologia das práticas jurídicas brasileiras, que utilizam de forma sem limites, o que ele denomina de *standards* argumentativos, que são muitas vezes articulados para esquivar a legislação, sob alegação de busca por soluções, mediante álibis teóricos de realização de valores, como o do senso da justiça. Neste sentido há uma positivação dos valores, em que se anunciam princípios constitucionais, o que propicia a extração de diversos princípios, em prol da solução de casos difíceis ou para a correção de incertezas da linguagem.

E as decisões judiciais devem ser cada vez mais controladas, ao passo que cabem às mesmas uma fundamentação detalhada, sendo relevante neste âmbito, o papel da doutrina, a qual cabe doutrinar.²⁷⁵ Neste sentido, cabe à doutrina, a função de fornecimento de diretrizes e parâmetros delineadores da fundamentação judicial, de modo que esta seja adequada, racional e passível de controle. E mesmo não sendo possível o controle absoluto do processo de interpretação e aplicação das normas, a elaboração das decisões judiciais por meio de argumentos proporciona um caráter mais técnico, o que permite a sua análise crítica.

Assim, a possibilidade de controle ou apreciação das decisões se dá pela via crítica, posto que o conjunto de destinatários de uma decisão judicial constitui uma massa de críticos que, partindo do conhecimento desta, com suas razões e justificativas tem a possibilidade de apreciá-la e caracterizá-la como uma boa ou má decisão.²⁷⁶

E quanto aos juízos morais é fato que eles são passíveis de motivações e de fundamentações racionais, ao passo que é a fundamentação pública das decisões que permite a explicitação dos critérios, e assim a falta destes e da explicitação dos fatos acarreta no reconhecimento de uma decisão como irracional e inconsistente.²⁷⁷ Logo, a justificação

²⁷⁴ STRECK, L., abr./jun. 2012, p.8. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 mai. 2015.

²⁷⁵ STRECK, L. 2006, p. 145.

²⁷⁶ FREITAS FILHO, Roberto, 2009, p. 286.

²⁷⁷ Ibid., p. 165.

racionaliza as escolhas do julgador, evitando a produção de um discurso discricionário ou subjetivo do seu operador.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, IX dispõe sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais, porém a mesma não esclarece a forma de como se dá a motivação das decisões, cabendo, portanto, como dito, à doutrina e à jurisprudência abordar essa discussão. A Carta Magna, no entanto, comina uma pena de nulidade quando da incidência de decisões judiciais sem a devida motivação. Cabe ressaltar que Fredie Didier Júnior aponta que fundamentação deficiente e a inútil, isto é, aquelas que não justificam de forma racional a decisão, também invalidam o ato decisório, pois essas equivalem à ausência de fundamentação.²⁷⁸

Nesse sentido, a garantia de fundamentação das decisões judiciais constitui em direito fundamental, possuindo uma dupla amplitude, pois é dirigida às partes do caso concreto e também à coletividade. Esse primeiro ocorre, pois através das motivações do julgador, que é possível o vislumbramento de suas razões de decidir, e assim permitir o controle das mesmas no caso concreto, através dos instrumentos processuais cabíveis. O segundo se dá, pois através das fundamentações decisórias, que se torna possível a viabilização da formação de precedentes, e assim se possibilita a sua função em prol da coletividade.²⁷⁹

Assim, cabe ao julgador quando da análise de um caso concreto, indicar a norma jurídica aplicável àquela situação sob análise, explicando o motivo pelo qual essa é aplicável. E quando do caso de aplicação de princípios jurídicos, há que se demonstrar se e de que forma o fim buscado deve ser concretizado no caso concreto. Com isso, a simples reprodução ou menção do texto normativo resulta na inexistência da fundamentação. De igual modo, quando da incidência de um precedente, não resta possível também a sua mera referência ou transcrição, pois é necessária a realização da adequação entre esse e o caso concreto sob exame.²⁸⁰

Apesar de restar clara a necessidade de exame das alegações e argumentos suscitados pelas partes num processo, inúmeros são os casos de julgados dos tribunais que anulam decisões omissas quanto aos seus fundamentos. É de destacar especialmente neste sentido, as

²⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v.2. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 333-334.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 322-323.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 330-331.

decisões fundamentadas com base nos princípios, de forma que é possível afirmar que estamos vivendo em um momento de utilização recorrente de princípios, tanto no âmbito doutrinário, como pelos Tribunais, quando das alegações em suas fundamentações decisórias.

É certo que se faz necessária a utilização com prudência dos princípios no cotidiano dos Tribunais e da doutrina jurídica, pois a sua aplicação de forma desmedida e inadequada enfraquece a característica concretizadora dos princípios, no sentido de que a sua aplicabilidade inapropriada produz argumentos retórico-persuasivos que inviabilizam as racionalidades judiciais de caráter discricionário.

Assim, a utilização dos princípios não pode ser vislumbrada como meras alegações retóricas, além de ser importante a correta compreensão e distinção entre estes e as regras jurídicas, e a sua consequente aplicação adequada nos casos concretos.

As decisões judiciais ancoradas com base em normas formuladas com conceitos indeterminados, como o caso dos princípios (princípios constitucionais da Administração Pública, no caso da proibição do nepotismo pelo STF), a motivação possui uma maior relevância, visto que o julgador deve demonstrar as suas opções axiológicas e técnicas.²⁸¹

A utilização dos princípios deve ser dar de forma que o aplicador em sua fundamentação determine os seus sentidos quando as aplicar ao caso concreto. Neste sentido, é relevante ainda a explicitação dos caminhos percorridos pelo julgador para chegar à solução do caso concreto, ao mesmo tempo em que deve demonstrar a conexão e adequação entre este e o princípio apresentado como cabível à situação. Logo, a fundamentação das decisões judiciais deve ser suficiente o bastante para expressar as razões que levaram o julgador a tomar determinada decisão, ou seja, as suas razões de convencimento. E nesse âmbito, é relevante a teoria do Prescritivismo Universal de Hare, eis que esta considera o significado das palavras.

A teoria lógica de Hare é relevante, pois é aplicável aos discursos dos tribunais, e a Constituição Federal de 1988 e as leis são constituídas de textos expressos com termos vagos e imprecisos, que são utilizados para elucidação de conflitos oriundos de uma complexa sociedade que está em constante transformação e desenvolvimento. Logo, se faz necessário que as decisões judiciais quando se utilizarem destes textos imbuídos de termos mais vagos,

²⁸¹ FREITAS FILHO, R., 2009, p. 286.

que demonstrem os seus elementos descritivos e a motivação de sua incidência ao caso concreto, indicando os porquês de seus entendimentos.

Como afirma Roberto Freitas, quando da aplicação dos princípios na atividade de julgamento, se espera do julgador que demonstre o sentido descritivo de uma regra se extrai do princípio ou que a ele se adéque, empenhando assim, um maior empenho hermenêutico quando comparado às regras jurídicas.²⁸²

Em suma, esta necessidade da devida explanação dos elementos descritivos que compõem a regra e justificação dos mesmos se dá no caso de utilização de normas formuladas com termos e expressões avaliatórias, ou normas que sejam exortações de valores ou até mesmo fins a serem atingidos.²⁸³

Deste modo é relevante a apresentação dos sentidos dos princípios expressos com termos indeterminados, permitindo assim, a sua devida compreensão e análise, para permitir a adequação dos fatos concretos à regra criada a partir das normas semanticamente abertas, no caso, os princípios constitucionais da Administração Pública, elencados no caput, do art. 37, da CF/88. E além do mais, nas decisões judiciais devem ser identificados os fundamentos determinantes, ao mesmo tempo em que também se deve demonstrar que o caso concreto sob análise se harmoniza com tais fundamentos.

Destaque-se que com a devida justificação e fundamentação das decisões com o passar do tempo, se constrói um conjunto de decisões que vão fornecendo sentidos específicos para as normas abertas nos casos concretos, de forma que decisões futuras podem ser amparadas nestas primeiras decisões, não necessitando, portanto, de maiores esforços hermenêuticos.

No caso tratado neste trabalho, da situação específica da vedação do nepotismo, necessária a explicitação dos elementos descritivos e a definição dos sentidos dos termos moralidade, impessoalidade, eficiência e igualdade, que são as expressões ou termos dos princípios da Administração Pública. Logo, por exemplo, se os critérios utilizados para o entendimento de vedação ao nepotismo estão nas ofensas à moralidade, impessoalidade, igualdade e eficiência administrativas, necessário dar os sentidos destes termos, fornecendo os seus elementos descritivos, e assim, demonstrar a relação entre as atitudes que violam os

²⁸² Ibid., p. 226.

²⁸³ Ibid., p. 287.

referidos princípios administrativos com a atividade nepotista, para que em casos futuros seja possível vislumbrar os casos em que ocorre a atividade nepotista.

Como dito anteriormente, são relevantes ainda, além da apresentação dos critérios, a explicitação dos aspectos fáticos que envolvem o caso em concreto, necessários para uma adequada decisão judicial. Neste contexto, reside a propriedade da universalizabilidade de Hare, no sentido de que os casos futuros semelhantes recebem igual tratamento com aqueles anteriores. E assim, o aspecto fático é importante para a determinação da regra, que serve como exemplo, permitindo a sua aplicação em casos futuros semelhantes. Caso não haja o apropriado esclarecimento dos fatos não é possível apreciar a coerência de uma determinada solução em um caso semelhante que mereça tratamento igual.

3.5.1. O dever de fundamentação e o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16/3/2015)

O CPC de 2015 abordou a questão da fundamentação das decisões judiciais, trazendo as hipóteses em que não se considera uma decisão fundamentada. De modo a fazer uma análise comparativa, o Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 458 versava somente sobre os requisitos da sentença, estabelecendo como seus requisitos essenciais, em seu inciso II, os fundamentos, momento esse em que o juiz analisa as questões de fato e de direito.

O novo Código de Processo Civil dispõe:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.²⁸⁴

O art. 489, § 1º trouxe importante inovação, apesar da possibilidade de seu teor ser extraído da disposição sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais, da Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, IX. O §1º, do art. 489 do CPC trouxe um rol exemplificativo de hipóteses de decisão não fundamentada, com o objetivo de possibilitar um maior controle das manifestações judiciais e assim reprimir as análises subjetivas do julgador e fornecer uma melhor compreensão do que seja uma decisão fundamentada.²⁸⁵

Primeiramente, é de se enfatizar que o novo CPC fez questão de declarar, no seu § 1º, a expressão “qualquer decisão”, inserindo assim nesse contexto, de forma expressa, as decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos.

O inciso I objetiva informar a necessidade do julgador em expor em seu ato decisório, a sua interpretação acerca dos fatos apresentados, das provas, da tese jurídica e também da norma jurídica utilizada como fundamento decisório, ao mesmo tempo em que deve trazer a relação entre o caso concreto e a aludida norma. Isso significa que a solução para o problema apresentado no caso concreto não ocorre de forma automática, pela mera menção à norma apresentada, pelo julgador.²⁸⁶

No momento da interpretação do ato normativo, o julgador extrai do texto normativo, uma regra jurídica, no sentido de lhe conferir o seu sentido. E nesse contexto, quando da

²⁸⁴ Lei nº 13.105, de 16 mar. 2015, art. 489. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

²⁸⁵ DIDIER JÚNIOR, F., 2016, p. 334.

²⁸⁶ Ibid., p. 335-336.

incidência de textos mais abertos, como no caso dos princípios jurídicos, é necessário um maior empenho na justificação, em decorrência da abertura semântica dos seus termos.²⁸⁷

Em suma, não há o cumprimento de fundamentação decisória, quando o julgador simplesmente reproduz a lei, sem informar de forma expressa o motivo pelo qual aquela norma eleita é aplicável ao caso concreto sob análise.²⁸⁸ Assim, é necessária a justificação das escolhas do julgador, não bastando a repetição e a paráfrase do texto normativo, de modo a permitir a dedução lógica e automática do exercício da adequação entre os fatos apresentados e a norma jurídica.

O inciso II trata sobre os conceitos jurídicos indeterminados, que consistem nos textos normativos constituídos de expressões vagas, abertas, que demandam o preenchimento dos seus significados.²⁸⁹ Nesse caso, o julgador deve expor a sua compreensão acerca do conceito vago, além de trazer as razões de sua aplicação aos fatos apresentados.²⁹⁰

Essa formulação verbal, com conceito vago manifesta-se normalmente com os princípios e por vezes, com as leis, e desta forma, o conteúdo dessas expressões passam a ser formulados pela doutrina e jurisprudência. Por isso, as fundamentações das decisões judiciais, especialmente quando no caso de aplicação dos princípios e de cláusulas gerais, que contenham conceitos indeterminados devem ser mais densas.²⁹¹ Logo, quando diante de enunciados compostos de conceitos indeterminados ou que consistam em cláusulas gerais, se faz necessário determinar o seu conteúdo, necessitando, portanto, de um maior esforço hermenêutico.

O inciso III objetivou enfrentar aquelas decisões que se utilizam de fundamentações genéricas, e, portanto, passíveis de serem aplicadas em qualquer pronunciamento decisório. Em outras palavras, são aquelas decisões não atreladas ao caso concreto em si, podendo estar presente em qualquer caso sob exame.²⁹² Em suma, é necessário que a decisão judicial esteja fundamentada de acordo com o caso concreto sob análise naquele momento.

Pelo dispositivo do inciso IV, a decisão é inválida quando não examina todos os fundamentos da tese vencida, pois viola o contraditório com a sua omissão, além de não

²⁸⁷ Ibid., 337. DIDIER

²⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 874.

²⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, F., 2016, p. 337.

²⁹⁰ Ibid., p. 340.

²⁹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 874.

²⁹² DIDIER JÚNIOR, F., 2016, p. 342.

observar o dever de fundamentação. Esse tipo de decisão ocorre quando já houve a constatação necessária para fundamentar a decisão e assim, o julgador não analisa as demais alegações apresentadas.²⁹³

Fredie Didier Júnior aponta que quando da cumulação de fundamentos, um já for capaz de elucidar a questão do caso concreto, é possível que o julgador venha a analisar somente esse motivo em suas razões, não sendo exigível que examine os demais, portanto.²⁹⁴

No entanto, os argumentos exigíveis de serem enfrentados são aqueles capazes de fazer com que o julgador decida de forma diversa e desse modo, quando não são adotados, devem ser, portanto, excluídos, a partir da exposição das razões pela qual tal se deu.

A importância desse dispositivo está na garantia do contraditório e o momento adequado para a confirmação da participação do julgador nessa garantia é quando da sua fundamentação, apesar desse poder decidir por argumentos distintos daqueles que foram alegados no processo.²⁹⁵

Quanto ao inciso V, o seu objetivo é impedir decisões que se resumam em evocar precedentes e enunciados de súmulas, sem apresentar, no entanto, o seu raciocínio pormenorizado, ou seja, sem realizar o confronto, o paralelo e a comparação entre a situação apresentada quando do advento do precedente e o caso concreto sob análise naquele momento.

Trago nesse contexto, a relevante e esclarecedora posição de Fredie Didier Júnior, que declara necessidade da interpretação do precedente invocado, através do método da contraposição, intitulado “*distinguishing*”, ou “*distinguish*”, no sentido de confrontar o caso concreto e o caso que ocasionou o precedente.²⁹⁶

Quanto ao inciso VI, pode-se afirmar que o dispositivo é uma extensão do anterior, pois o raciocínio apresentado no primeiro é o mesmo do presente. Assim, como no primeiro preceito normativo, é necessária a apresentação das razões de decidir, quando em determinado caso concreto, o julgador optar por não aplicar determinado enunciado de súmula, jurisprudência, ou precedente, de modo a expor as distinções acerca dos fatos entre os casos

²⁹³ Ibid., p. 344.

²⁹⁴ Ibid., p. 342-343.

²⁹⁵ WAMBIER, T., 2016, p. 875.

²⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, F., 2016, p. 346.

(concreto e o que originou o preceito normativo), e assim, demonstrar o seu entendimento.²⁹⁷ E a não aplicação de enunciado de súmula, de jurisprudência ou precedente pode ocorrer também quando da superação total desses (pelo *overruling*), ou pela superação parcial, diante da superveniência de regra ou princípio (*overriding*).²⁹⁸

Por fim, o preceito normativo do parágrafo 2º, enuncia que independente do método utilizado pelo julgador, de superação do conflito entre normas, é exigível que esse apresente as justificativas para tanto, esclarecendo, por exemplo, o motivo pelo qual determinada norma se sobrepõe à outra, ou o porquê da aplicação de um princípio e não de outro.²⁹⁹

Em suma, o novo CPC se preocupou em alcançar as decisões amparadas em argumentos genéricos, que impedem a compreensão, aplicação e extensão do seu provimento. Logo, cabe ao julgador, em sua fundamentação, explicar a pertinência da invocação de determinada norma no caso em concreto, não bastando a sua mera indicação. Desse modo, a construção de fundamentações amparadas em argumentos lógicos permite o vislumbramento dos porquês da aplicação de certa norma e não de outras. Ao mesmo tempo, nessa mesma linha de raciocínio, não resta fundamentada uma decisão judicial que tão somente invoca precedentes e enunciados de Súmulas, sem apontar os seus argumentos e razões de decidir e demonstrar a adequação entre os preceitos e decisões invocados e o caso em concreto.

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, há a necessidade de se estabelecer o significado dessas expressões e de seus elementos descritivos, para ser possível a sua aplicação no caso concreto. Ressalte-se que é necessário que haja a demonstração da relação entre o conceito indeterminado utilizado e o caso sob análise. Assim, quando da invocação de normas semanticamente abertas, como os princípios, como fundamentos de decisões judiciais, haverá a extração de uma regra jurídica concreta, a ser aplicável a casos semelhantes futuros.

Acerca da questão do precedente judicial, importante frisar a relevância da fundamentação jurídica, haja vista que essa incide sobre a estabilidade dos julgados, como aponta Lenio Luiz Streck, no sentido de que em casos semelhantes haverá a obrigação de garantia de equidade quanto à aplicação principiológica.³⁰⁰ Fredie Didier Júnior aponta a

²⁹⁷ Ibid., p. 347.

²⁹⁸ Ibid., p. 348.

²⁹⁹ Ibid., p. 333.

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O novo CPC e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano*. Revista de Informação Legislativa, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015, p. 41. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 mai. 2016.

necessidade de cautela na elaboração das fundamentações judiciais, pois nas razões de decidir incide a vinculação, eis que extrai-se das motivações uma regra geral passível de aplicabilidade em situações isonômicas.³⁰¹ Logo, a motivação em uma decisão judicial consiste no núcleo da questão e portanto, é fundamental uma melhor qualidade na fundamentação das práticas decisórias.³⁰²

Por último, importante ainda destacar que o novo Código de Processo Civil, em seu § 1º, art. 927 expressamente remete ao § 1º, do art. 489, no sentido de que os julgadores devem obediência à regra estipulada nesse último, quando diante dos casos elencados nos incisos do *caput* do primeiro. Vejamos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Diante dos dispositivos apresentados no novo Código de Processo Civil, acerca do dever de fundamentação das decisões judiciais resta clara a preocupação do legislador em enfrentar os inúmeros casos de decisões desprovidas de fundamentações ou de fundamentações insuficientes, que não observam o comando constitucional de dever de fundamentação.

O novo CPC avançou ao tratar sobre uma questão de relevância, haja vista que os dispositivos objetivam o aprimoramento da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, em especial quando da aplicação de normas abertas, como os princípios,

³⁰¹ DIDIER, Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*, p. 13-14. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

³⁰² DIDIER JÚNIOR, F., 2016, p. 384.

como fundamentos decisórios, como ocorreu na proibição do nepotismo pelo STF. E nesse caso que restou assentado o posicionamento do STF, pela vedação da atividade nepotista, resta clara a inobservância da garantia do dever de fundamentação judicial, pois conforme demonstrado nesse trabalho, nas decisões analisadas, os Ministros se limitaram a invocar a violação aos princípios da Administração Pública, elencados no *caput*, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, de modo que esses seriam auto-aplicáveis. E tal ocorreu sem que houvesse a explicitação da relação entre as normas evocadas e a prática nepotista.

Além disso, a norma aplicada contém conceitos jurídicos indeterminados, e esses não foram defrontados, quanto às duas aberturas semânticas, em prol da determinação dos seus conteúdos nos casos concretos. Ao mesmo tempo, as fundamentações dos Ministros nas decisões examinadas poderiam justificar outras decisões, eis que foram genéricas, no sentido da justificação de violação dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, por exemplo. E em alguns votos do RE 579.951-4/RN, os Ministros entenderam que a vedação ao nepotismo já havia sido assentada e delineada na ADC 12/DF, quando entenderam pela aplicação direta dos princípios constitucionais da Administração Pública, de forma a não identificar os seus fundamentos determinantes, naquele momento sob exame e nem explicitar que os fatos sob julgado se ajustavam aos fundamentos do precedente invocado.

Considerações Finais

O objetivo desta Dissertação foi questionar a possibilidade e a forma de aplicação das normas abertas, onde se inserem os princípios constitucionais, como argumentos das decisões judiciais, quando diante de casos concretos em que inexistam regras específicas, de modo que estas sejam jungidas de uma racionalidade justificada que permita uma análise crítica do discurso jurídico de fundamentação das decisões, a partir da utilização de critérios lógicos, o que significa a produção de decisões mais técnicas e elaboradas.

Para trazer à prática a questão da aplicação dos princípios, o trabalho trouxe a questão da proibição do nepotismo, de modo que foram investigadas as principais decisões do STF, que culminaram na Súmula Vinculante nº 13 deste Egrégio Tribunal, sob o argumento de violação aos princípios da Administração Pública, elencados no *caput*, do art. 37, da Constituição Federal de 1988.

As principais decisões do STF que precederam à Súmula Vinculante nº 13 desta Corte foram a MC na ADC 12/DF, de 2006; a ADC 12, de 2008; e o RE 579.951-4/RN. A primeira e a segunda decisões decidiram sobre a proibição do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário; e a terceira assentou o entendimento de que apesar de a Resolução 7/2005, do CNJ vedar a atividade nepotista ao Poder Judiciário, tal prática também se estende aos demais Poderes.

Destaque-se que o resultado da análise das decisões, no que se refere às fundamentações utilizadas pelos Ministros do STF, foi no sentido de que os argumentos dos Ministros em sua maioria, se limitaram a alegar, de forma genérica e sucinta que a proibição do nepotismo decorre da violação dos princípios da Administração Pública, sendo que os princípios recorrentemente citados são especialmente, os da impessoalidade, moralidade e eficiência administrativas.

Logo, a questão central do estudo deste trabalho foi vislumbrar a possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais aos casos concretos, como argumentos decisórios e ainda a forma racional de utilização destes, eis que necessário se faz em saber como pode haver uma fundamentação adequada, quando a decisão judicial se utiliza de princípios, em seus argumentos decisórios, como os da Administração Pública, no caso do nepotismo. E como entendimento final do presente trabalho é no sentido de que o juiz pode julgar a causa amparada exclusivamente nos princípios constitucionais, de forma que destes se

extrai uma regra, resultado do influxo das normas constitucionais. A questão está no modo do uso dos princípios como argumento das decisões judiciais, considerando que muito se discute acerca das distinções entre regras e princípios, mas pouco sobre a aplicação e concretude dos princípios, e é certo que há uma certa dificuldade quanto à sua utilização e como já dito, é necessário que se realize uma fundamentação racional ao empregá-los como argumentos decisórios.

Quanto ao enfoque adotado de normatividade dos princípios, a partir da doutrina de Ronald Dworkin, conclui-se que os princípios, assim como as regras jurídicas fazem parte do Direito, podendo, portanto, serem aplicados como fundamentos de decisões judiciais, sendo necessário, porém, que haja uma devida fundamentação.

A contribuição dos novos teóricos adeptos do novo paradigma hermenêutico, os pós-positivistas, como Dworkin foi no reconhecimento dos princípios em igualdade de tratamento das regras jurídicas, ao passo que os mesmos devem ser considerados quando da tomada de decisões pelos julgadores, sendo, portanto, obrigatórios. Logo, a normatividade dos princípios modificou a forma de compreensão do Direito e da aplicação normativa.

Dworkin reconhece que os princípios são normas e assim, a sua aplicação tem repercussão na tarefa do juiz, de forma que cabe a eles no empenho da interpretação do Direito, como um conjunto coerente de princípios. Deste modo, Dworkin vislumbra os princípios como padrões decisórios, que demandam avaliações sobre o que a moralidade política exige em determinado caso, de modo que demanda-se que os julgadores se esforcem para decidir com base em parâmetros jurídicos, publicamente reconhecidos como tal pela comunidade, eis que são ilegítimas as decisões judiciais amparadas em metas políticas, padrões não generalizáveis ou mesmo em concepções morais individuais.

E quando da ausência de regra expressa que regule determinada situação concreta, para Dworkin ocorre uma atividade jurisdicional típica, e não uma atividade judicial de legislação. Logo, mesmo nos casos difíceis, o julgador deve descobrir os direitos das partes, e não criar novos direitos, pois o próprio Direito fornece a resposta para o caso concreto levado ao Judiciário. Assim, a sua preocupação é no sentido de que existe limite na liberdade de decisão judicial. E ainda, a ausência de regra jurídica específica não significa a inexistência de direito dentro do ordenamento jurídico. Assim sendo, Dworkin entende que os juízes não devem criar novos direitos, mas ao contrário, cabe à eles descobrir aqueles direitos já existentes, mesmo que se encontrem expressos de forma implícita.

Deste modo, Dworkin vislumbra que qualquer pretensão jurídica corresponde a uma ideia original, e assim, não há que se falar em criação discricionária do juiz, de modo que as decisões judiciais devem observar os princípios constitucionais que conferem integridade ao ordenamento jurídico, de modo que de caso contrário, serão ilegítimas, por violarem o sistema representativo sobre o qual se assenta a democracia.

Neste contexto, para ele, existe uma resposta para as demandas levadas ao Judiciário que pode e deve ser obtida, a partir da prática interpretativa por parte dos juízes, em compatibilidade com os princípios e determinações de objetivos políticos legislativos.

No que tange à vedação do nepotismo sob o enfoque da teoria de Dworkin é de se depreender que como no caso inexistia norma reguladora expressa e específica da atividade nepotista, cabiam aos Ministros se valerem dos princípios, como argumentos de suas decisões para decidir essa questão. E neste sentido houve a extração de uma regra, a partir dos princípios constitucionais, mas é certo, no entanto, que é possível afirmar que esta é oriunda de direitos existentes implicitamente, dos objetivos do legislador e dos valores regentes do sistema jurídico, a partir da própria Constituição Federal de 1988, não sendo, portanto, uma inovação sem precedentes.

Além do mais, já existiam regramentos normativos específicos que proibiam o nepotismo, como abordado no início do trabalho, mesmo que em prol de instituições específicas, como as leis no âmbito do Poder Judiciário da União (Lei nº 11.416/2006, art. 6º), do Ministério Público da União (Lei nº 9.953/2000, art. 22), dentre outros, como a Lei nº 8112/1990, art. 117, VIII) e Regimentos Internos, como o do próprio STF, em seu art. 18 e até mesmo a discutida Resolução do CNJ. Há ainda posições anteriores já firmadas pelos Tribunais e pelo próprio STF, neste sentido, a partir de suas práticas interpretativas e também de posições doutrinárias. Alie-se a isto, o anseio da própria sociedade, diante do cenário histórico social, em que desde o período colonial se viu envolto em privilégios particulares em detrimento dos interesses coletivos. E assim, a atuação do STF se deu com base em considerações enraizadas nos anseios morais de uma comunidade e do vislumbramento do Direito como integridade, que concebe soluções judiciais passíveis de justificação a partir de um modelo político fundado na igualdade.

É de se destacar ainda neste contexto de processo decisório, a relevância da fundamentação das decisões judiciais, dever este que se encontra disposto no art. 93, inciso

IX, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

E assim, quando as normas são formuladas por meio de princípios jurídicos, que são dotados de uma vagueza típica, podendo incidir em uma variedade de situações concretas, é certo que tal permite uma maior subjetividade aos juízes, quando de sua aplicação, em decorrência da sua abertura semântica, que viabiliza sentidos normativos específicos, a depender do caso concreto. No entanto, é aceitável que é possível a existência de critério de análise de correção das decisões judiciais proferidas, ao passo que a interpretação e a aplicação das normas semanticamente abertas consistem em um processo passível de controle, não dependendo, deste modo, do mero ato de vontade do julgador.

Assim é certo que há diferença de aplicação entre as normas fechadas, ou casuísticas e as normas abertas, ou semanticamente abertas. As normas abertas, quando utilizadas pelos aplicadores, como fundamentos decisórios, demandam um maior esforço hermenêutico, quando comparados às normas fechadas. Tal se deve pelo fato de serem mais inclinadas a serem expressas com termos indeterminados, o que, no entanto, também pode ocorrer nas normas casuísticas.

Além do mais, a distinção entre ambos os tipos normativos reside no fato de que as palavras que as compõem possuem sentidos diferentes, a depender dos contextos em que se inserem, além de possuírem funções lógicas diversas, e, portanto, reclamam por distintos procedimentos de construção das fundamentações das decisões judiciais. E uma fundamentação decisória adequada, e conseqüente apreciação crítica do discurso jurídico empregado solicitam as definições dos termos inseridos nas normas aplicáveis e as circunstâncias fáticas relevantes que envolvem o caso concreto. E a devida definição destes sentidos pelo julgador é relevante, pois, no caso analisado, não se pode negar que a moralidade objetiva enunciada no *caput*, do art. 37, da CF/88 não se resume à moralidade da maior parte da população.

Pela análise das fundamentações das decisões ora analisadas, do STF, acerca da proibição da atividade nepotista, é certo que nas referidas decisões, que se utilizaram das normas abertas, que no caso foram os princípios da Administração Pública, como argumentos dos julgamentos, houve a incidência de igual modelo de aplicação de fundamentação decisória das normas fechadas. Isto quer dizer que não houve a devida observância do dever de fundamentação das decisões judiciais, eis que houve a simples menção dos referidos

princípios, como se os seus conceitos e conseqüentes adequações aos casos concretos fossem auto-evidentes.

E como neste caso da proibição do nepotismo houve a aplicação direta de princípios constitucionais, e sendo estas normas semanticamente abertas, de modo que demandam deste, a formulação da regra que destes se pode extrair. E assim, os tribunais devem se empreender em um esforço hermenêutico em prol da determinação do sentido dos conceitos dos termos expressos nos referidos princípios (da Administração Pública), e ao dar concretude aos seus sentidos, eles estão estabelecendo decisões que servem como exemplos para novos casos. Destaque-se que esta atuação é plausível, eis que elaborada adequadamente, de forma elaborada e racional, a partir de critérios lógicos, que permite a apreciação e análise crítica dos discursos jurídicos de fundamentação empregados.

Assim, acerca do outro enfoque adotado do Prescritivismo Universal de Richard Hare, conclui-se que esta teoria lógica pode ser aplicada no discurso dos tribunais, que tem como princípios centrais, ou propriedades lógico-semânticas, a universalizabilidade e a prescritividade. Assim, o julgador, quando da fundamentação de suas decisões deve interpretar o texto normativo, de modo a considerar adequadamente os fatos, e assim permitir a sua universalização semântica. Logo, o julgador deve indicar os fatos e as circunstâncias relevantes para a produção de sua decisão, e deste modo, operar o prescritivismo. Além disso, cabe à ele, quando produzir outras decisões, observar o dever de coerência, não incorrendo em julgamentos conflitantes, e contraditórios entre si, quando presentes circunstâncias situacionais semelhantes.

A característica da universalizabilidade, da linguagem da moral e da linguagem jurídica proporciona a apreciação lógica dos juízos, e neste sentido, a lógica não concebe a adoção de padrões decisórios inconsistentes e de juízos contraditórios, divergentes, quando diante de situações fáticas semelhantes. Assim sendo, a propriedade da universalizabilidade consiste em uma condição do pensamento racional, ao que é o princípio garantidor de seu sentido de justiça na qualidade de isonomia. Em outras palavras, carece de aceitabilidade, que o mesmo julgador venha a proferir juízos discrepantes, quando em casos de situações similares, visto que tal atitude gera a perda da isonomia, e, por conseguinte, da coerência moral ou jurídica do juízo.

A análise lógica da linguagem permite um vislumbamento das palavras utilizadas no discurso, no caso, o jurídico, no âmbito das decisões judiciais. E o sentido das palavras

utilizadas no discurso permite a verificação de erros lógicos, quando não se segue as regras. Logo, é possível a apreciação de um discurso prescritivo, como o jurídico, a partir das regras lógicas aplicáveis a determinadas palavras, tendo-se em vista que existem tipos diferentes de palavras, que devem ser utilizadas segundo diversos tipos de normas.

É de se destacar a relevância do emprego da filosofia da linguagem como um importante instrumento analítico de contribuição para a apreciação das decisões judiciais, que se utilizam de princípios em suas fundamentações. Neste contexto, o Prescritivismo Universal não visa o exame dos conteúdos decisórios, enquanto adequados ou corretos, mas sim, a investigação do respeito ao requisito da coerência de sentido, empregado nos conceitos fundamentadores das decisões judiciais.

A filosofia da linguagem se preocupa com o exame dos significados das palavras, o que possibilita a verificação de suas propriedades lógicas, e conseqüentemente, a análise crítica dos raciocínios dos discursos decisórios desenvolvidos. Isto quer dizer que quando uma determinada palavra é utilizada em um dado discurso, para expressar um certo significado, essa mesma palavra não pode ser utilizada, com um sentido contrário à esse primeiro, nos casos em que estejam presentes as mesmas circunstâncias, uma vez que tal atitude configuraria em uma contradição.

Em suma, as decisões judiciais devem ser racionalmente fundamentadas, e neste âmbito, o discurso jurídico é uma forma de discurso da razão. E para uma devida análise crítica dos argumentos utilizados nos fundamentos decisórios, se faz necessário o emprego adequado do significado dos argumentos empregados pelos julgadores. E assim, a teoria do Prescritivismo Universal é relevante para a análise dos discursos de cunho decisórios, eis que permite a compreensão dos sentidos e significados das palavras utilizadas nos argumentos decisórios quando da aplicação das normas abertas, como os princípios, e assim, como consequência saber se as decisões foram tomadas racionalmente, além de serem passíveis de formarem regras para casos semelhantes futuros.

E a análise do caso da proibição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal permitiu concluir que houve um déficit de fundamentação nas decisões aqui analisadas, eis que desconsideraram o sentido descritivo dos termos avaliatórios dos princípios da Administração Pública aplicados, no que se refere ao significado empregado pelos Ministros quanto à moralidade, impessoalidade e eficiência administrativas, não viabilizando o controle crítico destas decisões. Logo, como resultado disto, torna-se impossível que em outras

decisões seja permissível a isonomia de tratamento quando da incidência de situações análogas, inviabilizando assim, a universalizabilidade.

Além do mais, o Supremo Tribunal Federal desconsiderou em seus argumentos, os fatos relevantes referentes aos casos analisados nos processos pelos Ministros, que são necessários para um julgamento coerente do ponto de vista lógico. No caso do Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, a questão versava sobre ilegalidade ou não, na nomeação de irmãos do Vereador e o outro do Vice-Prefeito de um Município do Rio Grande do Norte, para o exercício de cargo em comissão de Secretário Municipal de Saúde e de motorista, respectivamente. Destaque-se que apenas alguns Ministros abordaram a questão dos fatos do processo, porém de forma genérica, apenas afirmando que a proibição do nepotismo incide apenas aos cargos de caráter administrativo e não político, haja vista que o *caput*, do art. 37, da CF de 1988, de título VII se refere à Administração Pública. Além do mais, alguns Ministros asseveraram que os dados do processo são incompletos, ao que não se pode afirmar que nos casos em exame houve incidência de nepotismo cruzado, como foi abordado no tópico de análise dos aspectos fáticos que envolvem a vedação ao nepotismo (A circunstância política).

Deste modo, não houve a devida explicitação pelos Ministros acerca de questões relevantes em suas fundamentações de decisão, no que se refere aos seus entendimentos sobre os sentidos de cargos de caráter administrativo e político; se os cargos referidos no processo são de natureza administrativa ou política, e se estes se enquadram na vedação ao nepotismo, o que impede a aplicação isonômica para situações semelhantes futuras. Ademais, como bem salientado por alguns dos Ministros, os dados são insuficientes para ser possível configurar devidamente se houve a incidência do nepotismo cruzado.

Atrele-se à esta problemática dos argumentos decisórios, a percepção do próprio Supremo Tribunal Federal, que em 2011 apresentou uma proposta interna de revisão da Súmula Vinculante nº 13, sugerindo uma nova redação para a mesma. Tal se deu pelo fato de que esta súmula não elucidou nem alcançou satisfatoriamente a prática nepotista, eis que culminou em dúvidas e interpretações divergentes, quando da análise de situações concretas. Logo, o STF não definiu de forma clara e exaustiva o sentido e o alcance do nepotismo, de modo que se faz necessário, como asseverou a Procuradoria-Geral da República, que o STF dê contornos mais precisos ao enunciado sumular e assim, afastar definitivamente das interpretações ampliativas ou restritivas e permitir a sua correta e devida aplicação.

Diante do exposto, as decisões analisadas apresentam um déficit de fundamentação, no que tange à indicação do sentido descritivo dos termos avaliatórios dos princípios da Administração Pública, sendo, portanto, vagas e imprecisas. Logo, não se torna possível, o controle crítico da prática do Tribunal, além do mais, em casos posteriores semelhantes aos já decididos, os sentidos descritivos dos referidos termos podem ser alterados, e ao mesmo tempo possuir uma aparência de adequada fundamentação decisória.

Em suma, a doutrina de Dworkin se completa com a de Hare. A primeira reconhece a aplicabilidade dos princípios constitucionais quando do não regramento expresso e específico para determinado caso concreto, como ocorreu no caso da proibição do nepotismo. E a teoria de Hare fornece concretude ao modo de aplicação dos princípios, eis que incorpora parâmetros lógicos no discurso jurídico empregado nas decisões judiciais, a partir das concepções do prescritivismo e da universalizabilidade, e assim possibilita a produção de decisões judiciais devidamente elaboradas e providas de tecnicidade, permitindo uma crítica racional.

E por fim, é clara a obrigação do dever de fundamentação das decisões judiciais, diante do preceito constitucional trazido e mais ainda, com as disposições trazidas com o novo Código de Processo Civil, que em seu art. 489, §1º trouxe um rol exemplificativo das hipóteses em que uma decisão judicial não é considerada fundamentada.

O novo CPC trouxe uma inovação relevante nesse sentido, ao passo que não resta mais aceitável, que decisões judiciais em suas fundamentações, se limitem a reescrever os termos de normas jurídicas, precedentes, enunciados de súmulas, jurisprudências, ou simplesmente os mencionem, sem, contudo, abordar as questões de fato do caso concreto, explicar as teses adotadas, a pertinência da aplicação de determinada norma e ainda, adequar as circunstâncias à norma eleita. Tal vale também para os casos de não aplicação de enunciados de súmulas, jurisprudência e precedentes, caso em que se deve demonstrar o motivo da distinção entre as situações do caso concreto e àquelas que culminaram no preceito normativo, ou se for o caso, informar a sua superação, seja por substituição por outro preceito normativo, ou pela superveniência de regra ou princípio jurídico.

E ainda, o novo Código de Processo Civil definiu como decisão não-fundamentada, aquelas que empregam conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar os motivos de sua incidência em determinado caso; que invocam motivos aptos a justificarem qualquer outra decisão; que não enfrenta todos os argumentos trazidos no processo, capazes de infirmar a

conclusão adotada pelo julgador; e que no caso de colisão de normas, não justificar a opção aplicada, ou seja, que não explicar o objeto e os critérios de superação do conflito efetuados, abordando as razões que provocaram o afastamento da norma e as premissas dos fatos que embasam as conclusões apontadas, no ato decisório.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão Técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Cláudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ANTÔNIO, Alice Barroso de. *O nepotismo sob a ótica da súmula vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições*. Revista Brasileira de Direito Municipal (RBDM), Belo Horizonte, ano 10, n. 31, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_07/anexos/sumula_vinculante_nro13.pdf>. Acesso em 04 mar.2015.

APPIO, Eduardo. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

APPIO, Eduardo. *A judicialização da política em Dworkin*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15279/13883>>. Acesso em 04 mar.2015;

APPIO, Eduardo Fernando. *Limites à atuação do Poder Executivo na gestão dos recursos para a educação*. Direito da educação. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/618/798>>. Acesso em 04 mar.2015.

ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização ou Juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 24 set.2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros editora, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n.4, dez. 2005, jan/fev. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-4-DEZEMBRO-2005-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 12 nov.2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Tomo III, Arts. 37 a 43. São Paulo: Saraiva, 3 v., 1992.

BELOW, Adam. *Em louvor do Nepotismo: uma história natural*. São Paulo: A Girafa Editora, 2006.

BRASIL. STF. *Referência Bibliográfica*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaReferenciaBibliografica>>. Acesso em 04 jun.2015.

BRASIL. STF. *ADC n. 12-6/DF*. Relator: Ministro Carlos Britto, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em: 20 ago.2008, Publicação em: 18 dez.2009.

BRASIL. STF. *ADC n. 12 MC/DF*. Relator: Ministro Carlos Britto. Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em: 16 fev.2006. Publicação em: 01 set.2006.

BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário n. 579.951/RN*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em: 20 ago.2008. Publicação em: 24 out.2008.

BRASIL. STF. *Súmula Vinculante nº 13*. Relator: Ministro. Sessão Plenária, Aprovação em: 21 ago.2008. Publicação em: 29 ago.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_033>. Acesso em 14 nov.2014.

BRASIL. STF. *ADI n. 1521/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 19 jun.2013. Publicação em: 13 ago.2013.

BRASIL. STF. *MS n. 23780/MA*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em: 28 set.2005. Publicação em: 03 mar.2006.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Por ASCOM (Assessoria de Comunicação Social). *Experiências Nacionais e Internacionais. Órgãos nacionais e internacionais têm legislações específicas para combater o nepotismo*. Publicado em 03 fev.2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/nepotismo/outras-experiencias#ESTADOS_UNIDOS>. Acesso em: 10 mai.2016.

BRASIL. CNJ. *Resolução nº 7, de 18 out. 2005*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf>. Acesso em 04 jun.2015.

BRASIL. STF. *Proposta Interna de Revisão do enunciado da Súmula Vinculante 13, referente à vedação do nepotismo no âmbito da Administração Pública*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:k1j1BSheUqgJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp%3Fid%3D2980133%26tipoApp%3DRTF+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 24 set.2015 e 12 dez.2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 nov.2014.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 mar.2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10 mai.2016.

BRASIL. STF. *Reclamação n. 6838/DF*. Relator Ministro Cezar Peluso. Reclamante: Procurador-Geral da República, Reclamado: Comissão Diretora do Senado Federal. Julgamento: 15 jun.2009. Publicação Dje 116, Divulgação 23 jun.2009, Publicação 24 jun.2009.

BRASIL. STF: STF notícias. *ADC 12: decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário*. 10 nov. 2009, terça-feira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>>. Acesso em 05 ago.2015.

BRASIL. *Regimento Interno do STF*. Atualizado até jan. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. *Lei n. 8.112, de 11 dez. 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11.415, de 15 dez.2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111415.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11.416, de 15 dez.2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111416.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Brasília: UNB, trabalho preparado para apresentação no GT03 “Direitos, identidades e ordem pública” – XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu/MG, out.1996. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361>. Acesso em: 24 set.2015.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. *Discrição e Ativismo: Desafios Democráticos diante da Expansão do Poder Judicial*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_11_6549_6578.pdf>. Acesso em 06 mai.2015.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*. Disponível em: <http://btd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3814>. Acesso em 06 mai.2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em 30 mai.2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Capítulo 10: Decisão judicial. In: *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v.2. 11. Ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2016, p. 321- 354; 483-484.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos de aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009;

FREITAS FILHO, Roberto; Lima, Thalita Moraes. *Metodologia de Análise de Decisões*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3634.pdf>>. Acesso em 04 jun.2015.

FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões*. Brasília. Ano 44, n. 175, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140237/Ril175%20-%20Roberto%20F%20Fillho.pdf>>. Acesso em 04 jun.2015.

FREITAS FILHO, Roberto; BRUM, Camilla Japiassu Does. *A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal*. Universitas JUS, v. 25, n.1, p. 47/64, 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria lingüística*. O prescritivismo universal de Richard Hare. Biblioteca digital do Senado Federal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 178, página 19/43, abr./jun.2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160456/Decisoes_juridicas_teor_linguistica.pdf?sequence=3>. Acesso em 07 set.2015.

GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *The language of morals*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

_____. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mario Mascherp e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003.

_____. *Freedom and reason*. Oxford: Editora Oxford University Paperbacks, 17 jun.1965, formato eBook Kindle, Amazon serviços de varejo do Brasil Ltda, tamanho do arquivo: 367 KB.

_____. *Moral thinking: it levels, method and point*. Oxford: Clarendon Press, 1981.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em 19 fev. 2015.

LIMA, Thalita Moraes. *O discurso judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse*. 2012. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito). UNICEUB – Centro Universitário de Brasília, Brasília. 2012.

MACHADO, Clara Cardoso. *Juridificação da política no Brasil: uma necessária racionalização do fenômeno*. Ciências Sociais aplicadas em Revistas. UNIOESTE/MCR, v. 10, n. 18, 1º sem. 2010, p. 99 a 111. Disponível em: <<file:///C:/Users/ADM/Downloads/6494-24285-2-PB.pdf>>. Acesso em 01 dez. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 451-462.

MEDINA, José Miguel Garcia. Consultor Jurídico. *Processo novo. Precisamos de regra sobre fundamentação de decisões?* 19 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-19/processo-precisamos-regra-fundamentacao-decisoes>>. Acesso em 27 mar. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MODESTO, Paulo. *Controle jurídico do cumprimento ético da Administração Pública no Brasil*. Revista de Direito Administrativo – RDA 209/1997. Biblioteca Digital FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47042/46027>>. Acesso em 11 dez. 2015.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *O nepotismo Legal e Moral nos Cargos em Comissão da Administração Pública*. Juiz de Fora, Ano XI, 19 mar. 2001. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/786/o_nepotismo_legal_e_moral_nos_cargos_em_comissao_da_administracao_publica>. Acesso em 04 jun. 2015.

NETO, Affonso Ghizzo. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. 2008. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2008.

NETO, João Andrade. *Jurisdição e princípios: aspectos do pós-positivismo de Dworkin*. Revista dos estudantes de direito da Universidade de Brasília. Brasília: UNB, 2012. Disponível em: <<file:///C:/Users/ADM/Downloads/7122-22898-1-PB.pdf>>. Acesso em 02 dez. 2015.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. Revisão da tradução de Denise Matos Marino. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, Biblioteca jurídica WMF, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, João Gaspar. *Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13*. RDA, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.260, p.203/229, mai./ago.2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8835/7628>>. Acesso em 21 jul.2015.

RODRIGUEZ, José R. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/media/364804/comodecidemascortes.pdf>> Acesso em: 26 abr.2015.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Juízos morais, decisões judiciais e superendividamento*. Revista de Informação Legislativa, Ano 51, n.204, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509937/001032355.pdf?sequence=1>>. Acesso em 15 set.2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: editora forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma nova exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica diante da relação “regra-princípio” e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma*. Legislação Penal Especial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim. Editora Revista dos Tribunais, Ano 20, v. 98, set./out.2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípios*. Dilemas da crise do direito Brasília a.49, n. 194, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>>. Acesso em 27 mar.2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos. v. 8 – n. 2. p. 257/301, mai./ago. 2003. Disponível em: <<file:///C:/Users/ADM/Downloads/336-556-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 mar.2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Por que a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não é para Alexy*. Revista Direito e Práxis. v. 4, n. 7, 2013, p. 343/367. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350/6377>>. Acesso em 10 mar.2015.

STRECK, Lenio Luiz. *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano*. Revista de Informação Legislativa, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 mai. 2016.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TORINHO, Rita. *O Combate ao Nepotismo e a Súmula Vinculante nº 13: Avanço ou Retrocesso?* Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/6/docs/o_combate_ao_nepotismo_e_a_sumula_vinculante_no_13_avanco_ou_retrocesso.pdf>. Acesso em 26 jul.2015.

UNITED STATES CODE. *The United States Code*. Office of the Law Revision Counsel. The United States Code *is a consolidation and codification by subject matter of the general and permanent laws of The Unites States*. Is is prepared by the Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives. Código dos Estados Unidos. Gabinete do Conselho de Revisão de Lei. O Código dos Estados Unidos é uma consolidação e codificação por assunto das leis gerais e permanentes dos Estados Unidos (tradução nossa). Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em 12 mai.2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da lei ou da corte?* Revista USP. Dossiê Judiciário. São Paulo: USP, n.21, p. 70/77, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26937>>. Acesso em 24 set.2015 e 29 nov.2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV. São Paulo: p. 441/464, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 24 set.2015 e 29 nov.2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.); CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 872-877.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v.1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Brabosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. 4.ed. 4. Reimpressão. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 2014.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v.2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Brabosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 1999.

XIMENES, Julia Maurmann. *A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico*. RIDB, Ano 1, 2012, n. 11, p. 7095. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em 24 set.2015 e 29 nov.2015.