

O CASO DO NEPOTISMO: REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE NEPOTISM CASE: REFLECTIONS ABOUT THE PROCEDURE OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Melanie Merlin de Andrade¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Princípio da moralidade e da impessoalidade; 2.1 Os princípios e o direito brasileiro; 2.2 O princípio da moralidade 2.3 O princípio da impessoalidade; 3 O nepotismo no Brasil; 3.1 A perigosa criação de regras pelo Supremo Tribunal Federal: o caso da Súmula 13; 3.2 Competência do Supremo Tribunal Federal e separação de poderes; 3.3 Constitucionalismo e democracia – tensão observada a partir das decisões do STF; 4 Necessidade de controle das decisões e desconfiança do Judiciário; 4.1 Desconfiança do Judiciário: a teoria de John Hart Ely; 4.2 Controle da utilização indiscriminada de princípios: a solução de Marcelo Neves; 4.3 Ativismo judicial e legitimação democrática: a proposta de Victor Ferreres Comella; 4.4 Diálogo constitucional como solução: casos que não podem ser solucionados pela simples aplicação da norma ou quando há omissão; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, a partir dos princípios da impessoalidade e da moralidade, editou a Súmula n. 13, por meio da qual proibiu o nepotismo em todas as esferas da Administração Pública. Todavia, em decisões posteriores, restringiu a aplicação da súmula e, conseqüentemente, de tais princípios, ao afirmar que os agentes políticos não se submetiam a tal proibição. Desse ponto de partida, apresenta-se uma reflexão acerca da atuação da Corte Constitucional Brasileira, com base nas teorias de John Hart Ely, Marcelo da Costa Pinto Neves e Victor Ferreres Comella, propondo-se ao final, como solução, a criação de um diálogo institucional obrigatório entre a sociedade civil e o Judiciário, em homenagem à democracia deliberativa.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; Nepotismo; Supremo Tribunal Federal; Ativismo Judicial; Democracia Deliberativa.

¹ Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. e-mail: melaniemerlin@hotmail.com

ABSTRACT

The Supreme Court of Brazil, based on the principles of impartiality and morality, issued the Pronouncement n. 13, through which nepotism was forbidden in all spheres of Public Administration. However, in subsequent decisions, the Court limited the application of that Pronouncement and, therefore, of such principles, asserting that politicians are not subjected to that prohibition. From this starting point, a reflection on the role the Brazilian Constitutional Court is presented, based on the theories of John Hart Ely, Marcelo Pinto da Costa Neves and Victor Ferrerres Comella, proposing in the end, as a solution, the creation of a mandatory dialogue between courts and civil society, in honor of deliberative democracy.

KEYWORDS: Principles; Nepotism; Supreme Court; Judicial Activism; Deliberative Democracy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta reflexões acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir de decisões acerca da proibição ao nepotismo.

Assim, tendo em vista que a referida proibição, segundo a Corte, decorre diretamente da interpretação dos princípios da moralidade e da impessoalidade, tais conceitos são inicialmente trazidos à baila, para então permitir uma análise das decisões prolatadas em sede do RE 579.951/RN e da Rcl 6650/PR.

Utiliza-se desse pressuposto para, então, tratar de questões atinentes à tensão entre o Constitucionalismo e a Democracia, propondo-se uma solução democrática com base no diálogo entre Poder Judiciário e Sociedade Civil, considerando-se as ideias de John Hart Ely, Marcelo da Costa Pinto Neves e Victor Ferrerres Comella.

1 PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE

1.1 PRINCÍPIOS E O ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Constituição Federal no *caput* do artigo 37, com a redação atribuída pela EC nº 19/98, prevê que 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.

Os princípios têm especial importância no ordenamento jurídico, pois é neles que “repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado”². Nos princípios é que reside o espírito e os fins do sistema jurídico, demonstrando a sua tendência ideológica, de maneira a exigir que tanto a lei como os atos administrativos respeitem seus limites e tenham o mesmo conteúdo, seguindo sua direção, realizando seu espírito.

Todavia, é de se ressaltar que não existe na doutrina, tampouco na jurisprudência, univocidade acerca do conceito de princípios, ou ao menos o que ele significa no direito brasileiro, situação denunciada por Virgílio Afonso da Silva³, em seu artigo “Princípios e Regra: mitos e equívocos acerca de uma distinção”.

Acredita-se, porém, que a concepção mais acertada é a de Robert Alexy⁴, segundo o qual princípios são *mandamentos de otimização*, “normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às

² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey 1994. p. 21

³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 607-630.

⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 85

possibilidades reais e jurídicas". Em comparação à regras, os princípios detêm um grau maior de abstração, generalidade e fundamentalidade. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode como visto, variar. Note-se que o referido jurista é frequentemente mencionado na Corte, ainda que nem sempre devidamente compreendido.

Dado que os princípios têm esse conceito vazio e um caráter aberto, caberia, então, ao Supremo Tribunal Federal conceitua-los, definir o que é e qual o âmbito de atuação de cada princípio. Se, coerentemente, a Corte define norma, deveria ter uma definição fixa e precisa acerca do valor do princípio. Porém, na prática, essa situação permite aos Ministros alterar entendimento, valorar o princípio de maneira diferente, em cada novo caso a ser julgado.

1.2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Tecidas tais considerações acerca dos princípios, restando claro a sua importância e irradiação em todo ordenamento jurídico, passemos a tratar do princípio da moralidade.

Como já mencionado, a moralidade, prevista como princípio pela Constituição Federal Brasileira, norteia a atuação de toda a Administração Pública, bem como a atividade do legislativo no que diz respeito a ela.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ acerca do princípio da moralidade assevera:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do Administrado que com ela se relaciona juridicamente embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios da justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 77.

Como se vê, esse princípio diferencia-se dos demais, pois explicita a relação entre normas morais e normas jurídicas, discussão jurídica que subsiste há mais de dois mil anos⁶, desde a Grécia antiga.

Por sua vez, Robert Alexy⁷ bem pontua essa contraposição:

(...) duas posições continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista. Todas as teorias positivas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. O grande positivista jurídico Hans Kelsen resumiu essa ideia na seguinte fórmula "Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito." Assim, ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social. As numerosas variantes do positivismo jurídico resultam das distintas interpretações e ponderações desses dois elementos de definição. Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido e/ou eficaz. Uma correção quanto ao conteúdo, seja de que natureza for, não tem nenhuma importância.

Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. Apesar disso, nenhum não-positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social. O que diferencia do positivista é muito mais a concepção de que o conceito de direito deve ser definido de forma que, além dessas características que se originam por fatos reais, inclua elementos morais. Mais uma vez, são possíveis as mais diversas interpretações e ponderações.

A partir dessa leitura, segundo o autor, todo direito positivo terá uma estrutura aberta, utilizando-se da expressão de Hart, "*open texture*". Esse caráter vago da linguagem do direito permite até mesmo decidir contra o enunciado de uma regra em casos especiais. O argumento dos princípios apresentado por Alexy⁸

⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 3.

⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 3-5.

⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 83-84.

pressupõe que o juiz está vinculado no âmbito de abertura do direito estabelecido e eficaz, e isso de maneira a criar uma vinculação necessária entre direito e moral, ainda que o direito não pertença a ela. Ou seja, há uma intersecção entre direito e moral que deve ser respeitada.

Cabe esclarecer que o princípio da moralidade diferencia-se da moral comum vigente na sociedade, aproximando-se da ideia de moral administrativa, balizada ética, probidade, decoro, boa-fé, lealdade e honestidade.

1.3 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Por sua vez, o princípio da impessoalidade está colocado em nossa Constituição porque a história brasileira apresenta-se marcada pela confusão entre a esfera pública e privada.

Sérgio Buarque de Hollanda⁹ já alertava em seu livro *Raízes do Brasil* que “O Estado não é uma ampliação do âmbito familiar, e ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o maior exemplo.” Conforme o autor, essa indistinção fundamental é um prejuízo romântico dos doutrinadores do século XIX, segundo os quais o Estado e suas instituições descenderiam em linha reta e, por simples evolução, da família. A verdade, segundo ele, é que somente pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, havendo um triunfo do geral pelo particular.

Apesar de o Brasil ter vivenciado essa situação durante muito tempo, esclarece Rita Tourinho¹⁰ que o país evoluiu para um Estado Democrático de Direito, que é incompatível com a personalização do poder. Não se pode, assim, permitir que a atividade administrativa direcionada à satisfação de interesses de determinados grupos, nem tampouco direcionada à prejudicar pessoas individualizadas.

⁹ BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.p. 141.

¹⁰ TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle Princiológico**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009. p. 91.

Inocência Mártires Coelho¹¹, em obra escrita em conjunto com o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, explica que o princípio da impessoalidade no ordenamento brasileiro traz em seu âmago a ideia de que a Administração Pública, enquanto estrutura composta de órgãos e de pessoas a gerir a coisa pública, não deve levar em conta interesses pessoais próprios ou de terceiros. Esse princípio invoca o da igualdade, na medida em que esse postulado impõe ao agente público “medir todos com o mesmo metro”.

O estudo dos princípios da moralidade e da impessoalidade tem especial relevância ao se tratar do nepotismo no Brasil, porque a proibição a essa prática deriva diretamente de tais princípios, não havendo lei em sentido formal prevendo essa situação.

2 NEPOTISMO NO BRASIL

A palavra “nepotismo” significa, de acordo com o dicionário Houaiss da Língua Portuguesa¹²: favoritismo para com parentes, especialmente pelo poder público; preferência por, favoritismo, proteção.

Ricardo Levandowski¹³, em seu voto no RE 579.951/RN, conceitua nepotismo da seguinte forma:

do ponto de vista etimológico, a palavra “nepotismo” tem origem no latim, derivando da conjugação do termo nepote, significando sobrinho ou protegido, com o sufixo “ismo”, que remete à ideia de ato, prática, resultado. A utilização desse termo advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros aparentados dos Papas na administração eclesiástica, nos séculos XV e XVI de nossa era, ganhando, atualmente, o significado pejorativo por parentes de alguém que exerce o poder na esfera pública ou provada.

¹¹ COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 833.

¹² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2011.

¹³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>> Acesso em 27 ago. 2011.

Gilmar Ferreira Mendes¹⁴ assevera que “A vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.”

Logo, esse conceito relaciona-se à Administração Pública brasileira pelo favorecimento de parentes próximos, por meio da nomeação para exercer cargos ou empregos públicos pela autoridade pública com poder para tanto. Isso se dá especialmente nos casos de cargo em comissão, de confiança, que têm livre nomeação e exoneração, concluindo Carmem Lúcia Antunes Rocha¹⁵, “nepotismo é a conduta havida na Administração do Estado, pela qual agentes públicos, valendo-se dos cargos por eles ocupados, concedem favores e benefícios pessoais a seus parentes e amigos”.

O nepotismo passou a ser vedado na Administração Pública brasileira, por restar entendido pelo Supremo Tribunal Federal que tal prática estaria em desacordo com o princípio da moralidade e com o princípio da impessoalidade, e, por conseguinte, violaria preceito constitucional. A partir disso, a Corte expediu a Súmula Vinculante nº 13, nos seguintes termos:

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.¹⁶

Essa súmula, justamente por sua redação concisa, passou a gerar dificuldades de interpretação, especialmente acerca de quem, especificamente, era abrangido por ela, ainda que, pela simples aplicação dos princípios da moralidade e da impessoalidade seja possível concluir com facilidade que a vedação é a mais abrangente possível. Então, o Supremo Tribunal Federal (STF) prestou-se a

¹⁴ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587> > Acesso em 27 ago. 2011.

¹⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey 1994. p. 213,

¹⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94747>>. Acesso em 30 de jul. de 2011.

restringir a aplicação desses princípios e, conseqüentemente, da referida súmula, especificando sua abrangência e notadamente afirmando a desnecessidade de lei para regular o caso, dado que a norma em questão, a partir da interpretação daquela Corte, foi retirada da zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

2.1 A PERIGOSA CRIAÇÃO DE REGRAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CASO DO DA SÚMULA 13

A partir da ideia de nepotismo, passa-se a analisar duas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. Optou-se pelo estudo dos acórdãos e dos votos proferidos em sede da Reclamação nº 6650/PR e no Recurso Extraordinário nº 579.951/RN. Desde logo, há que se pontuar que em ambos os casos a Corte restringiu a abrangência da Súmula 13 por ela expedida, no sentido de que os agentes políticos não se enquadrariam nas hipóteses de Nepotismo.

Como se verá, no primeiro acórdão, fixou-se a impossibilidade de submissão da nomeação de irmão do governador para Secretário de Estado às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. No mesmo sentido, o outro acórdão que dispõe em sua ementa que "I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça¹⁷¹⁸, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática", permitiu a nomeação de parente de vice-prefeito para o cargo de Secretário Municipal de Saúde ao mesmo tempo em que anulou a nomeação de motorista parente de vereador da cidade.

No julgamento da Reclamação nº 6650/PR, tentou-se manter a nomeação do irmão do, à época, governador do Paraná Roberto Requião de Mello e Silva para

¹⁷ A Resolução nº 7/2005 do CNJ encontra-se disponível em www.cnj.jus.br.

¹⁸ Cabe esclarecer que, apesar da menção na ementa, neste trabalho não se discutirá a legitimidade do Conselho Nacional de Justiça em expedir Resoluções com vinculação em todo o Poder Judiciário, o objetivo é apresentar um olhar crítico às decisões do Supremo Tribunal Federal, a partir de duas decisões que envolvem o nepotismo.

os cargos de Secretário de Estado e Administrador de uma Autarquia estadual milionária, a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina. No caso, houve a concessão de liminar para que ele se mantivesse no cargo, com a inusitada alegação de que antes da divulgação do julgamento houve transmissão via fax da decisão liminar para o escritório de um dos advogados do reclamante, pelo gabinete do Ministro Cezar Peluso, antes da data da decisão, gerando suspeita de favorecimento. Ainda que o Ministro, em seu voto, tenha apresentado uma justificativa de que o fax de seu gabinete estava equivocadamente configurado, devido a uma falta de luz.

Quanto à reclamação, cabe esclarecer que o mérito da questão não chegou a ser decidido, tendo em vista que a demora de nosso Tribunal Superior implicou no término do mandato do ex-governador Roberto Requião, com a consequente perda do objeto da Reclamação.

Independente disso, o STF concedeu liminar para manter o irmão do governador no cargo (o que perdurou por todo o governo), ainda que nos votos tenha sido levantada a seguinte questão: “iné dita a situação do Secretário de Estado também responder pela administração de uma autarquia, máxime quando esta entidade possui em seu organograma a figura do superintendente quando é o caso da APPA.”

Note-se que o Juiz da 1º Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, responsável pelo julgamento que deu azo à Reclamação, alegou, em síntese, que o reclamante, na condição de Secretário Estadual de Transportes, continuou a responder pela Administração dos Portos, razão pela qual entendeu o magistrado haver indícios de séria afronta à moralidade.

Ora, como podem os Ministros apontar que se está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade e que, por conta disso, não se faz necessária a edição de lei para regulamentar o caso, se dentro do Judiciário um julgador afirma que um ato administrativo é imoral e outro diz que é moral, utilizando-se de zona de certeza. Afinal, estando-se frente a uma zona de certeza tal questionamento sequer ocorreria.

Quanto às decisões supramencionadas, nos dois casos, entendeu-se que agentes políticos não estariam enquadrados na súmula nº 13, tendo em vista que no Recurso Extraordinário nº 579.951/RN o Supremo Tribunal Federal anulou a nomeação do motorista, mas não do Secretário de Saúde, irmão do vice-prefeito.

Todavia, observa-se em um trecho da discussão envolvendo a aprovação da súmula que a ideia, coerente por sinal, seria a de que a abrangência dessa norma fosse a maior possível:

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas acho que a ideia é abranger, na verdade, a pessoa jurídica. Porque, se houver intervalos nas relações, por exemplo, entre o prefeito, ele não pode nomear nem - parece que isso decorre do espírito no seu gabinete, nem na secretaria de fazenda. Então tem a vantagem.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente. São dois órgãos diferentes.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Tem essa vantagem, é mais amplo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É esse o espírito, parece-me -, não é?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ou seja, a proibição se faz mais rígida.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nem na secretaria da saúde, nem na secretaria da administração. São dois órgãos diferentes.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Se o espírito é esse, está melhor. A proibição se faz mais rígida e é muito mais difícil de fraude, de contorno. Está melhor assim: "pessoa jurídica". Apenas eu faria uma sugestão. Eu colocaria: "... viola a Constituição Federal a nomeação..." tal, tal... Não deixaria para o fim, não. Ordem direta.¹⁹

Denota-se que a ideia inicial da súmula era dar a maior abrangência possível aos princípios da moralidade e da impessoalidade, o que não foi alcançado em sede das referidas decisões. Ao contrário, o que se vê é a restrição do alcance de tais princípios.

Além disso, não restou claro nas decisões o motivo pelo qual a nomeação de parente para exercer cargo de confiança com atribuições políticas pode ser considerada moral. Essas decisões claramente apontam para a criação de um

¹⁹ Disponível em <www.stf.jus.br>, acesso em 27 ago. 2011.

regime de privilégio e, por conseguinte atentatório ao princípio da igualdade, sem qualquer fundamento de validade constitucional.

Na verdade, se levarmos em consideração a moralidade, tal como apresentada, e a impessoalidade como uma imposição legislativa que tem por objetivo promover a separação entre a esfera pública e a esfera privada, fazendo com que o poder de nomeação para exercício de cargos públicos de confiança não seja utilizado para conceder favores ou permitir que o Estado funcione como “cabide de emprego”.

Ora, como é possível, então, retirar dos princípios da moralidade e da impessoalidade uma norma tão clara que permita concluir que agentes políticos não se enquadram nas proibições inerentes ao nepotismo? Especialmente, tendo em vista que a ideia da súmula era dar a maior abrangência possível à moralidade. Será que se tal matéria fosse submetida ao crivo da democracia, seria este o resultado? Qual a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para criar normas específicas a partir de princípios? Ou ainda, qual sua legitimidade para determinar a detalhadamente a abrangência de um princípio? Sobretudo se partirmos da concepção de J. J. Gomes Canotilho²⁰ de que uma das funções dos princípios é ser fundamento de regras as quais devem manter identidade e coerência com seu conteúdo.

A essas provocações não será possível encontrar uma resposta pronta. Neste trabalho, todavia, buscar-se-á uma saída para evitar tais situações, em que há manipulação de princípios, para que não se tornem praxe em nossos Tribunais.

2.2 COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEPARAÇÃO DE PODERES

A partir desses questionamentos, cabe inicialmente lembrar que o papel destinado que o Supremo Tribunal Federal pela Constituição Brasileira, o qual se

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1089,

apresenta como um órgão do Poder Judiciário (art. 92, I), é a *guarda da Constituição*, com poder para julgar casos em que há afronta à Carta Magna (art. 102), inclusive podendo elaborar súmulas, até mesmo com efeitos vinculantes, acerca da interpretação da lei conforme a constituição.

Pela leitura do artigo 2º da Constituição denota-se que o Brasil está alicerçado na ideia de separação de poderes, com base na teoria formulada por Montesquieu, restando consignado que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Segundo Montesquieu²¹, na estruturação de Estado faz-se necessária a divisão dos poderes, o qual evita o despotismo, mediante um sistema de pesos e contrapesos. O Legislativo com representação de todas as parcelas da sociedade seria responsável por expressar a vontade do povo, por meio das leis. Por sua vez, o Executivo, que deve agir em conformidade com as leis, possui direito de veto. E o Poder Judiciário, o qual ele considera “nulo” por ser o único poder que só possui a capacidade de impedir (não pode estatuir). Os três poderes baseiam um sistema de pesos e contrapesos que se autolimitam. Parte-se da ideia de que há uma tendência a se abusar do poder.

Essa teoria deu origem ao chamado “mito da separação”. A Constituição surge como instrumento apto a organizar e contrabalancear os Poderes dentro do Estado. Na verdade, como bem explica Clémerson Merlin Clève²², não há, de fato, uma separação de poderes, pois o poder soberano é uno, dado o poder político pertence ao povo, que não se divide. O que acontece, a partir da compatibilização entre a teoria de Rousseau e Montesquieu, é uma separação de funções, proporcionando o contrabalanceamento e evitando abusos. Apesar disso, alerta o referido jurista que essa teoria tem se flexibilizado dados as mudanças e a evolução da sociedade, sofrido diversas críticas na Modernidade.

²¹ MONTESQUIEU, Barão. O Espírito das Leis. In MORRIS, Clarence. Os Grandes **Filósofos do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 102-128.

²² CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 24.

Contudo, a partir da necessidade de separação de funções e da determinação constitucional de distribuição de competências, tem-se como principal atribuição do Supremo Tribunal de Justiça (órgão de cúpula do Poder Judiciário), julgar, com especial atenção à “preservar a interpretação adequada e a unidade do direito federal ordinário em relação às causas julgadas pelos tribunais federais comuns e pelos tribunais estaduais.”²³

Há que se ter em vista, após a delimitação da atuação do Supremo Tribunal Federal que é ao Poder Legislativo que foi investida a delegação constitucional para representar o povo, exercendo o controle externo da Administração Pública no tocante a operação, finanças, orçamento, contabilidade e patrimônio, bem como o poder de editar normas, dentre as quais se inserem as emendas constitucionais, ainda que, muitas vezes esse poder se omita, nos casos em que sua atuação pode causar alguma tensão política.

Assim, quando o STF cria uma norma detalhada, no caso em questão, dizendo respeito à Administração Pública, como fez no caso do nepotismo, aquela Corte está flagrantemente exercendo função legislativa, a qual não lhe foi outorgada pela nossa Carta Constitucional, revelando-se uma forma de usurpação do Poder legislativo. É claro que o Judiciário não pode deixar de julgar uma controvérsia que se apresente, sob alegação de que há ausência de lei. Todavia, como dito acima, acredita-se que ir além daquele caso concreto, editando uma norma específica, detalhada acerca de certo assunto, configura usurpação da função legislativa, havendo um desequilíbrio entre os poderes.

2.3 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA - TENSÃO OBSERVADA A PARTIR DAS DECISÕES DO STF

Essa usurpação de funções próprias do Legislativo, sob a falsa justificativa de proteção ao texto constitucional, gera um déficit democrático, e enfraquece as instituições.

²³ COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 970-971.

Nesse sentido, em breve análise à decisão do STF acerca da Resolução nº 05/2007 do CNJ, Eduardo Lima de Mattos²⁴ pontua que para criar uma regra sobre a vedação ao nepotismo, o anseio da sociedade deve ser O anseio da sociedade deve ser interpretado corretamente, assim, por meio de mecanismos constitucionais que assegurem a participação democrática. Segundo ele, “o anseio do povo brasileiro em proibir a nomeação de parentes para cargos em comissão é fato público e notório”, e apresenta uma saída um tanto quanto diferente da que se proporá ao final deste trabalho, afirmando que a concretização deve ser através da votação de uma emenda constitucional extensiva aos três poderes e aplicável a todos os entes federativos.”

O objetivo de separação de poderes, como já mencionado é preservar a autonomia e independência de cada órgão de poder no exercício de suas funções, sem interferência de um sobre o outro, mas com controles recíprocos, a fim de evitar o arbítrio. Leandro José da Silva²⁵ explica que “esse controle recíproco somente se justifica para evitar abusos, jamais com o propósito de usurpação de poder: A flexibilização da regra-parâmetro, fato indisputável no direito constitucional contemporâneo, encontra, pois, limites na idéia-fim do princípio: limitação do poder.” A interferência de um poder sobre o outro somente poderá ser admitida para impedir abusos de poder, para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, ou ainda para que as liberdades sejam garantidas, bem como o exercício das funções próprias dos poderes. Desse modo, essa situação somente poderá ser admitida em casos excepcionais, na medida em que a separação de poderes é justamente destinada a prevenir abusos, o que nem sempre ocorre nas situações de ativismo judicial.

Há que ponderar, ainda, que, não obstante a importância da constitucionalização do direito, a constitucionalização exacerbada pode trazer consequências negativas, entre elas o esvaziamento do poder das minorias pelo engessamento

²⁴ MATTOS, Eduardo Lima de. **Um precedente perigoso:** O STF e a Resolução nº 7/2005 do CNJ. *Jusnavigandi*: 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8042/um-precedente-perigoso>> Acesso em 27 ago. 2011.

²⁵ SILVA, Leandro José. **Controle Judicial das Políticas Públicas.** In Revista Bras. de Políticas Públicas, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011, p. 191-218. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/viewFile/1221/1141>> Acesso em 31 de ago. 2011.p. 191-218.

da legislação ordinária, bem como em face do decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais²⁶.

O debate acerca da supremacia do Legislativo ou do Judiciário surge da investigação de qual seria a instituição mais adequada, sob o prisma democrático para a superação dos dissensos que se apresentam. Afinal, apesar de os membros do Poder Legislativo serem eleitos pelo povo, os quais representam, ao Poder Judiciário é dada autonomia para defender interesses de minorias que não detém representação no parlamento. Todavia, quando o Judiciário passa a usurpar o poder do Legislativo de criar leis, há claramente um déficit democrático.

3 NECESSIDADE DE CONTROLE DAS DECISÕES E DESCONFIANÇA DO JUDICIÁRIO

Neste capítulo pretende-se propor uma solução à tensão que se estabelece quando um caso a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser solucionado pela simples aplicação da regra, ou, ainda, quando há omissão, a partir da reunião das ideias contidas nas teorias de Marcelo da Costa Pinto Neves, John Hart Ely e Victor Ferrerres Comella.

3. 1 DESCONFIANÇA DO JUDICIÁRIO: A TEORIA DE JOHN HART ELY

O que salta aos olhos, já nesse primeiro momento é: como é possível que, a partir de um princípio, chegue-se a conclusões refinadas como a que chegou o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que do princípio da moralidade, decorre a conclusão que o nepotismo é vedado em todas as esferas de poder, porém, exclui-se dessa proibição a possibilidade de nomeação de parente para exercício cargo político?

²⁶ SILVA, Leandro José. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. In Revista Bras. de Políticas Públicas, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011, p. 191-218. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/viewFile/1221/1141>> Acesso em 31 de ago. 2011.p. 191-218.

Segundo John Hart Ely²⁷, é muito comum desconfiarmos dos representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo, mas não dos Magistrados. Ainda que ele trate da realidade norte-americana, a situação por ele descrita possivelmente também se enquadre na realidade brasileira. Além disso, aquele país detém uma tradição marcada pelo “ativismo judicial”, algo que ainda está em fase inicial no Brasil. Assim, é salutar utilizarmos a experiência dos Estados Unidos da América para que os mesmos abusos cometidos por Juízes de lá não cheguem a ocorrer por aqui.

Ressalte-se o uso do termo “ativismo judicial” entre aspas, na medida em que se reconhece que não há univocidade na doutrina brasileira acerca de sua significação.

A fim de reforçar a necessidade de desconfiar também do Judiciário, Ely²⁸ traz o constante no voto divergente do Juiz Black em *In re Windship*, 1970, no qual afirmou:

Sei que é bem mais fácil substituir a justiça prescrita na Constituição pelas ideias que os juízes tem sobre a “justiça”, mas em nenhum momento renunciarei que a crença no documento em si – e não nosso conceito do que é justo, decente ou correto – deve ser nosso guia... Como afirmei diversas vezes, prefiro depositar minhas palavras na constituição do que apoiar-me nos padrões de justiça de juízes específicos, padrões estes que se modificam dia após dia.

A partir disso, o autor traça limites ao “ativismo judicial”. Sustenta ele que a razão é defendida pelos juízes como fonte para decisões substanciais, por se apresentar como método de raciocínio próprio ao discurso da filosofia moral. Os magistrados seriam os mais aptos a identificar a filosofia moral, porque se trata de um objeto do direito constitucional, e aplicar tais valores de maneira adequada do que aqueles que pertencem às esferas políticas, porque são imparciais.

²⁷ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²⁸ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 28.

Ely explica que essa tese, porém, é fragilizada, porque não demonstra, de maneira válida que os juízes têm mais aptidão para perceber os valores morais do que aqueles que pertencem às esferas públicas. Além disso, não há um método correto de filosofia moral, de modo que até mesmo os filósofos discordam entre si do que englobaria tal conceito, a partir de correntes filosóficas diferenciadas. Tem-se como exemplo a moralidade cristã e a moralidade socialista.

Por conta disso, retorna-se a ideia de aplicação dos valores do próprio magistrado, como afirmou o Juiz Black, mas de maneira velada, pautada em algum autor da filosofia moral. Ressalva Ely que a sociedade não tomou a decisão de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor as decisões populares aos valores dos juristas de primeiro escalão.

No caso específico do nepotismo brasileiro, pode-se ir além e questionar eventual interesse político da Corte em não englobar agentes políticos na norma proibitiva. O Supremo Tribunal Federal ao impedir a nomeação para cargos atinentes ao menor escalão dos cargos existentes no Estado e permitir a nomeação de parentes para cargos políticos, com poder de decisão e salários altos estaria não apenas utilizando-se de uma lógica própria, como também mantendo o interesse das elites políticas no Brasil. Desse modo, conservam-se a pessoalidade e a imoralidade na Administração Pública, noticiada por Sérgio Buarque de Holanda desde os tempos do Brasil Império.

O "ativismo judicial" estaria, para Ely, reservado a defender o governo representativo, garantindo a escolha de representantes cujos interesses se harmonizem com os das pessoas, havendo o controle mediante possibilidade de reeleição. Tendo isso em vista, dado que o interesse das minorias não é protegido pela estrutura básica da democracia, o Judiciário seria o Poder responsável pela defesa específica da igualdade, a qual se dá pela declaração de direitos, com a defesa do pluralismo, e a garantia de que todos diversos grupos tenham voz, impedindo o predomínio de qualquer deles, o que aparentemente não aconteceu na decisão prolatada pelo STF nos casos apresentados no tópico 3 deste trabalho.

3.2 CONTROLE DA UTILIZAÇÃO INDISCRIMINADA DE PRINCÍPIOS: A SOLUÇÃO DE MARCELO NEVES

A desconfiança no Poder Judiciário, implica no questionamento de suas decisões. Já em 2003, Humberto Ávila²⁹, em sua obra *Teoria dos Princípios*, denunciou o uso indiscriminado de princípios, o que acarretaria exageros e problemas teóricos que chegam a inibir a efetividade do ordenamento jurídico brasileiro. Alertou, ainda, acerca da falta da desejável clareza conceitual na manipulação das espécies normativas, como é o caso da referência indiscriminada a princípios.

Marcelo Neves³⁰, ao constatar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem agindo de maneira a manipular princípios constitucionais e criar normas a partir disso, tendo em vista o movimento crescente em favor do "ativismo judicial", elaborou um sistema a fim de evitar esse tipo de situação.

Tal sistema seria previsto para o fim de se realizar um controle das decisões da Corte quando esta, sob o argumento de ser a guardiã da Constituição, constrói normas no caso concreto puramente a partir de um princípio, o qual, justamente em razão de sua textura aberta, possibilita a existência de certa manipulação, nem que seja com o fito de apenas justificar uma decisão já tomada pelos Ministros de antemão.

O autor³¹ aponta que "ao se interpretar as disposições constitucionais, como já exposto, são-lhe atribuídas uma ou mais normas, sejam elas regras ou princípios." A discussão hermenêutica reside em estabelecer quais as expectativas normativas estão expressas nesses dispositivos como normas constitucionais vigentes. Ademais, há normas que são extraídas indiretamente do texto constitucional, sobretudo de princípios, como o da moralidade e da impessoalidade, do qual é possível extrair, por exemplo, a proibição ao

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação de princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

³⁰ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. Brasília: Unb, 2010.

³¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. Brasília: Unb, 2010. p. 97-98..

nepotismo. Essas construções, no entanto, não podem ser arbitrárias, e, por outro lado, devem ser coerentes, sugerindo-se uma sobrecarga argumentativa a fim de se estabelecer essa compatibilidade e coerência.

Para solucionar esse problema, Neves defende uma relação circular entre princípios e regras. Segundo ele, só no desenvolvimento do processo concretizador é possível delimitar, à luz da regra, a hipótese normativa, possibilitando a transformação do suporte fático (concreto) em fato jurídico irradiador de efeitos jurídicos concretos.

Os princípios apresentam-se como normas no plano de observação na segunda ordem, e assim, na cadeia argumentativa, detêm maior capacidade de desenvolver a heterorreferência e, aliás, de certa forma, eles sempre apontam para algo que já existia fora do sistema jurídico (princípios, valores, interesses, etc), de maneira que com um mesmo princípio, é possível fundamentar decisões antagônicas. Segundo o autor, é aqui que reside o perigo da utilização dos princípios, os quais detêm maior mobilidade para exercer um papel seletivo perante essa diversidade contraditória, em uma esfera pública caracterizada pelo dissenso social. Apesar disso, os princípios são imprescindíveis em uma sociedade supercomplexa, pois as regras são insuficientes para viabilizar uma reprodução adequada dos sistemas que se apresentam. Ainda que seu uso indiscriminado possa gerar a desestabilização das expectativas normativas, insegurança jurídica e desconfiança no funcionamento da ordem constitucional, da mesma forma que o uso supervalorizado de regras tende a uma consistência excessivamente rígida, sem se ater ao ambiente social em que o caso concreto está inserido.

Diante disso, segundo o autor, mostra-se adequado o modelo construtivo de articulação entre princípios e regras constitucionais, mediante a concepção de circularidade no processo de concretização constitucional. Não há uma relação linear entre estruturas ou processos reflexivos e estruturas e processos "reflexionados". A reflexividade em geral implica em uma relação circular. Assim, pode-se dizer, com o devido cuidado, que os princípios atuam como razão ou fundamento de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias

jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais. Ou seja, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal nem seja construída judicialmente uma regra ao qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem seu significado prático ou servem apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrendo a inconsistência do sistema jurídico. A relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentos)³².

A partir disso, é possível concluir que os princípios constitucionais como normas no plano da observação de segunda ordem de casos a decidir e normas de decisão são estruturas reflexivas em relação às regras; a relação entre princípios e regras implica uma relação circular reflexiva na dimensão da estática jurídica; a concretização constitucional exige uma regra completa (“norma geral”) como critério imediato para a solução do caso mediante a norma de decisão; há uma impossibilidade prática de aplicação imediata de princípios sem intermediação de regras, sejam essas (atribuídas diretamente a dispositivos) legais ou constitucionais ou construídas (atribuídas indiretamente ao texto constitucional) jurisprudencialmente; a argumentação focada excessivamente em princípios constitucionais é sobremaneira falível, deixando amplo espaço para que se superem as próprias regras constitucionais desenvolvidas a partir dela.

Logo, como os princípios são mais suscetíveis a permitir abusos na ordem constitucional, o autor sugere a primazia das regras sobre os princípios que estão no mesmo grau hierárquico. A invocação retórica dos princípios serve aos particularismos, às interpretações *ha doc*, contrária ao sólido desenvolvimento constitucional, podendo servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada de força normativa da Constituição.

³² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. Brasília: Unb, 2010. p. 139-140.

Defende-se, neste trabalho, que a solução apresentada por Neves é a mais adequada à realidade brasileira, a fim de reduzir o decisionismo do Supremo Tribunal Federal, bem como a manipulação de princípios, delimitando o conceito e a aplicação de cada um deles.

Contudo, no específico caso do nepotismo, não há uma lei específica a tratar do assunto, o que prejudica aplicação da relação e circularidade entre regras e princípios. Ciente disso, apresenta-se, então, a ideia de Comella, para a partir das duas teorias, propor-se uma saída para o caso em estudo.

3.3 ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA: A PROPOSTA DE VÍCTOR FERRERES COMELLA

O principal objetivo de Víctor Ferreres Comella³³ em sua obra *Justicia Constitucional y Democracia* foi fazer uma contribuição para o debate acerca da justificação e dos limites do controle judicial das leis em uma democracia, focando no papel dos juízes constitucionais quando têm que proteger os direitos e liberdades constitucionais frente ao legislador.

A partir disso, o autor espanhol parte de discussões travadas nos Estados Unidos para construir sua própria teoria. Em sua concepção, o papel do Juízo Constitucional é controlar as leis para que estas não contradigam a Constituição, bem como controlar a compatibilidade entre uma lei e o sistema de disposição que controla o texto constitucional. Ele se restringe ao Juízo estritamente constitucional, que se destaca dos demais em duas dimensões: as disposições do texto constitucional exibem um maior grau de indeterminação que a maioria das disposições legais que fazem parte do sistema jurídico; a disposição da lei que deve ser contrastada com o texto constitucional é revestida de uma dignidade especial, pois é aprovada por um parlamento democraticamente elegido.

³³ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Por conseguinte, em sede de controle de constitucionalidade da lei o autor destaca, levando em consideração a teoria de Hesse, o princípio da correção funcional dentre as formas de interpretação (segundo o qual o corpo de interpretação deve manter-se no marco das funções a ele encomendadas) que faz surgir uma questão fundamental: sob que condições torna-se legítimo, de um ponto de vista democrático, o exercício do controle judicial de constitucionalidade da lei?

Essa indagação se traduz naquilo que a doutrina norte-americana chamou de “a dificuldade contra-majoritária”, ou seja, a instituição do controle judicial da lei é, ou ao menos parece ser, uma instituição projetada para limitar as decisões tomadas pelos órgãos políticos que representam a vontade popular majoritária.

Segundo ele, há três pontos que fazem originar a “dificuldade contra-majoritária”, ou seja, o conjunto de circunstâncias que problematiza a atividade de controle judicial frente à instituição democrática: a menor legitimidade democrática de origem do juiz constitucional (a lei objeto de julgamento é fruto de um Parlamento eleito periodicamente pelo sufrágio universal, ao contrário dos juízes); a rigidez da Constituição (o Parlamento não pode, por meio de uma reforma constitucional, neutralizar facilmente a decisão que declara inválida uma lei, posto que a Constituição só pode ser reformada por meio de um procedimento extremamente gravoso); a “controvertibilidade” interpretativa da Constituição (a interpretação do texto constitucional é controvertida, dada a abundância dos “conceitos essencialmente controvertidos” e das colisões entre diversas disposições).

A depender do grau de intensidade com que se apresentam tais circunstâncias, a justificativa da instituição do controle judicial pode ser vista com menor ou maior desconfiança.

Já na introdução do livro, Comella apresenta a ideia de Francisco Tomás y Valiente de estudar as decisões do Tribunal Constitucional que, *“a pesar de declarar que la ley que há sido impugnada es conforme com la Constitución,*

recomenda al legislador que proceda a modificarla."³⁴ A defesa de tal atuação justifica-se pela tentativa de conciliar a supremacia constitucional com o princípio democrático. Numa democracia deve se reconhecer, segundo ele, ao povo e a seus representantes a um grande protagonismo na configuração de uma vontade coletiva.

Isso porque, segundo Comella, há uma presunção de constitucionalidade da lei, justamente em razão de sua lavratura ter sido debatida, respeitando-se o princípio democrático. Num caso em que não há lei, ou uma dúvida real acerca da forma de aplicação, o Judiciário, na lição do autor, deveria julgar o caso, mas deixar aberta a possibilidade de revisão do julgado, ou ao menos, de mudança posterior de entendimento acerca daquele assunto. Essa poderia ser uma saída apresentada para o caso do nepotismo, afinal, o Supremo Tribunal Federal não poderia ter deixado de julgar o caso concreto, porém, nada impede que o parlamento edite uma lei ou uma Emenda Constitucional com entendimento diverso, tendo em vista que ele não está vinculado à Súmula Vinculante nº 13.

A democracia, para ele, assenta-se no princípio da igual consideração e respeito entre as pessoas. Se essas pessoas são convocadas ao processo democrático, para que expressem suas convicções acerca das questões coletivas e deliberem, entre si, antes de tomar uma decisão que afetará a todos, é porque se reconhece a essas pessoas, de forma igualitária, uma capacidade moral para formar uma concepção do que é efetivamente justo. Na medida em que a lei é produto do processo político que se ajusta ao princípio da igualdade, o juiz tem uma razão para tratar deferência a essa lei.

Comella acredita que, de maneira geral, é possível dizer que o procedimento democrático assegura um maior grau de paz social e de estabilidade política que outros procedimentos. Embora os representantes, democraticamente eleitos, constituam uma minoria em relação aos seus representados, eles tomam suas decisões legislativas em condições de deliberação pública que são superiores às

³⁴ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 13.

condições em que os representados formam suas opiniões acerca das leis que se discute.

As teorias estrangeiras, no entanto, devem ser lidas com cautela, a fim de sejam adaptadas à realidade brasileira. A discussão aqui apresentada leva posicionamentos críticos à ideia de democracia representativa tal como se compreende, constante em autores como Carl Schmitt³⁵. Especialmente no Brasil, onde tem sido comum o envolvimento de parlamentares, como o recente escândalo do “mensalão”. Aliás, tem-se que foi justamente a omissão do legislativo no caso brasileiro é que forçou o Judiciário a agir de forma mais ativa, a fim de tentar garantir e concretizar o disposto na Constituição.

3.4 DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO SOLUÇÃO: CASOS QUE NÃO PODEM SER SOLUCIONADOS PELA SIMPLES APLICAÇÃO DA NORMA OU QUANDO HÁ OMISSÃO

Acerca do “ativismo judicial”, Leandro José da Silva³⁶ bem pontua:

Melhor seria que o Judiciário remetesse ao foro adequado a solução para as omissões dos demais Poderes, especialmente quando afeta a seara política. De fato, em homenagem ao princípio democrático, melhor seria que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em vez de atuar como legislador positivo, remetesse ao foro competente questões como proibição do nepotismo, uso de algemas, direito de greve no serviço público, fidelidade partidária, uso de células tronco etc.

O risco que corremos com o ativismo judicial é o desrespeito ao princípio democrático, pois a legitimidade do Poder Judiciário é apenas indireta, na medida em que os juízes atuam e decidem de acordo com aquilo que foi previsto pelo legislador.

Ademais, o vácuo deixado pelo administrador ou pelo legislador, ou a sua atuação desastrosa no campo político, não garantem uma atuação acertada do juiz, que também apresenta as mesmas imperfeições, pois integra a mesma sociedade. O ativismo judicial também pode comprometer o princípio da separação de poderes, segundo o qual as funções do Estado devem ser exercidas por

³⁵ SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

³⁶ SILVA, Leandro José. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. In Revista Bras. de Políticas Públicas, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011, p. 191-218. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/viewFile/1221/1141>> Acesso em 31 de ago. 2011.p. 199.

órgãos distintos, de forma independente e harmônica. Embora a separação de poderes tenha como pressuposto a ideia de limitação e controle, “[...] cada órgão de poder realiza uma atividade, especializando nela de forma a melhorar a sua eficácia”.

Como bem explica Ely, é necessário desconfiar do Judiciário, afinal, os seus representantes muitas vezes podem fazer valer os seus interesses, e eventualmente interesses políticos, ou até mesmo utilizar-se de suas convicções pessoais acerca da moralidade.

Neste trabalho, acredita-se que uma saída plausível para os casos em que há flagrante ausência de lei e necessidade de atuação do Judiciário é a fixação de um diálogo obrigatório entre a sociedade civil e o Poder Judiciário nos casos em que se verificar a inexistência de lei, para que os estímulos recíprocos entre ambos se revelem aptos a construir um consenso legitimando a um só tempo, pela representação e pela racionalidade técnica. Especialmente, em sede de situações como a da proibição nepotismo, as quais acabam por gerar tensões políticas, especialmente em um país historicamente marcado pela personalidade da esfera pública.

Virgílio Afonso da Silva³⁷ explica a latência da necessidade de diálogo e deliberação:

Assim, de um lado, é preciso que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, fale como instituição, de forma clara, objetiva, institucional e, sempre que possível, única. Esse é o papel da deliberação interna. Ou seja: especialmente o objetivo de se alcançar uma decisão institucional e única parece ser possível apenas por meio de uma deliberação do tipo interno. Já o papel da deliberação externa - que seria, sobretudo, o de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário político-jurídico de um país - que também é de extrema importância, pode ser exercido de outra forma. Ou seja: o diálogo entre tribunal e sociedade civil, ou entre tribunal e poderes políticos, não precisa ser feito por meio de uma fragmentação da deliberação e de uma desagregação argumentativa, que são, na minha opinião, características da deliberação externa. A meu ver, a tarefa de diálogo entre o

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade:** deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo 250 (2009). p. 211-212

tribunal e outros autores - quaisquer que sejam - pode ser exercida tanto pelos juízes no seu atuar individual fora do tribunal quanto - e mais importante para os objetivos deste trabalho - por meio do diálogo entre poderes, de um diálogo constitucional.

Como tratado acima, especificamente na questão do nepotismo, em que flagrantemente há um uso um tanto quanto abusivo do princípio da moralidade, na medida em que o STF delimita a sua aplicação somente à nomeação de parentes no baixo escalão do serviço público, poderia se entender como uma saída a tese de Neves, o qual, a fim de tentar reduzir o uso indiscriminado de princípios pelo Poder Judiciário, propõe que seja realizada uma relação circular entre princípios e regras, para se chegar à norma de aplicação. Isso significa que parte-se de uma regra (lei) para solucionar um caso, relaciona-o com um princípio, dado sua textura aberta, que permite relacionar a lei com os anseios e a realidade da sociedade supercomplexa, e fecha-se o círculo com retorno à regra, chegando-se à norma de aplicação.

Contudo, o caso do nepotismo, inicialmente, não permitiria a aplicação da solução proposta por Neves, dado que a norma foi retirada diretamente de princípios, não existindo lei que permita se criar a norma a partir da relação circular, restando ao Judiciário liberdade quase absoluta no momento de elaborar os parâmetros de aplicação e abrangência dos princípios.

Assim, tendo a teoria de Comella como pressuposto, com a possibilidade de o Judiciário recomendar ao Legislativo que proceda à alteração da lei quando essa se mostrar inconstitucional, e considerando a omissão proposital do Poder Legislativo brasileiro em alguns casos, propõe-se que quando o julgador se deparar com uma situação relevante em que se verifica uma ausência legislativa, convoque audiência pública para que a sociedade civil possa deliberar acerca da criação de parâmetros para a aplicação de princípios, definindo seu conteúdo. Isto implicaria na existência de um diálogo aberto a uma textura de expansão democrática, a partir da ideia de democracia deliberativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatado, a partir das decisões prolatadas acerca da proibição do nepotismo na Administração Pública que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado de sua força de julgador para criar normas jurídicas a partir de princípios constitucionais de maneira detalhada, no caso em questão restringindo a aplicação dos princípios da moralidade e da impessoalidade, a ponto de dizer qual o agente público especificamente seria abrangido pela proibição e qual não estaria, deixando de fora os agentes políticos, permitindo inclusive que seja questionada a natureza de tais decisões (se motivadas por questões eminentemente jurídicas não). Considerando a desconfiança necessária que se deve ter dos detentores do Poder, dentre os quais se incluem os representantes do Poder Judiciário, e a fim de evitar o uso indiscriminado de princípios, denunciado por Humberto Ávila, acredita-se na solução proposta por Marcelo Neves, o qual defende a relação circular entre princípios e regras (leis), retirando-se daí, a norma. No entanto, em casos similares ao do Nepotismo, em que não há regra a permitir a criação da relação circular, propõe-se que, em homenagem à legitimidade democrática, que o Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com questões como essa, decida o caso concreto com base em princípios e, obrigatoriamente, convoque audiência pública para discutir o tema, o que implicaria em diálogo e deliberação obrigatórios, aptos a legitimar democraticamente a atuação do Poder Judiciário em tais casos, estabelecendo-se parâmetros para sua atuação. Assim, seria finalmente possível em casos posteriores e que tratassem da mesma matéria, a aplicação da teoria de Neves, com redução significativa do decisionismo e da manipulação de princípios pela Corte Constitucional.

A democracia deliberativa consiste na possibilidade de produção de decisões públicas por meio de debates amplos e abertos que respeitem os direitos e sejam fundamentais, mostrando-se como instrumento legitimador das escolhas populares. Essas decisões se justificam por argumentos morais compartilhados, privilegiando o debate público³⁸.

³⁸ GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente al Gobierno**. Barcelona: Editoria Ariel, 1996. p. 157-158.

Ressalte-se, todavia, a necessidade de aperfeiçoamento das audiências públicas para que esse mecanismo efetivamente passe a funcionar, dado que a experiência atual de realização de audiências públicas em sede de controle de constitucionalidade, tem se mostrado pouco significativa. O acesso à audiência não só deve ser garantido a todas as esferas da sociedade, mas também deverá existir a obrigatoriedade de menção à discussão travada em sede da audiência na decisão emanada pela Corte Constitucional e, eventualmente, na criação da súmula a partir dela.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação de princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUARQUE DE HOLLANDA, Sergio. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente al Gobierno**. Barcelona: Editoria Ariel, 1996.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MATTOS, Eduardo Lima de. **Um precedente perigoso**: O STF e a Resolução nº 7/2005 do CNJ. *Jusnavigandi*: 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8042/um-precedente-perigoso>> Acesso em 27 ago. 2011.

MONTESQUIEU, Barão. O Espírito das Leis. In MORRIS, Clarence. Os Grandes **Filósofos do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. Brasília: Unb, 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey 1994.

SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SILVA, Cecília de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro; MOURA, Francisco; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo; DO VALLE, Vanício Lírio. **Saídas Institucionais ou força do processo democrático na prevalência da Constituição**. In A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 10, n. 41. Jul./set. 2010 Belo Horizonte: Fórum.

SILVA, José Afonso da. **Os princípios constitucionais fundamentais**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.vol. 6, n. 4. Out/Dez. Brasília: 1994.

SILVA, Leandro José. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. In Revista Bras. de Políticas Públicas, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011, p. 191-218. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/viewFile/1221/1141>> Acesso em 31 de ago. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo 250 (2009)

_____. **Princípios e Regras**: mitos e equívocos de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <www.stf.jus.br>

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**: Ação de Improbidade & Controle Principiológico. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.