

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

José Carlos Evangelista de Araújo

**Nepotismo e Estado Patrimonial no Brasil em
face do Princípio Constitucional da Moralidade**

Doutorado em Direito

São Paulo
2011

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

José Carlos Evangelista de Araújo

**Nepotismo e Estado Patrimonial no Brasil em
face do Princípio Constitucional da Moralidade**

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Doutor Clóvis Beznos

São Paulo
2011

**Ficha catalográfica elaborada por
Meyre Raquel Tosi
Bibliotecária – CRB 8 n° 759**

35 A663n	<p>Araújo, José Carlos Evangelista de Nepotismo e Estado Patrimonial no Brasil em face do princípio constitucional da moralidade/ José Carlos Evangelista de Araújo.- São Paulo: JCEA, 2011. 361p. 23cm.</p> <p>Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Pontifícia Universalidade Católica de São Paulo – PUC-SP Orientador: Prof. Doutor.Clóvis Beznos.</p> <p>1. Administração Pública. 2. Nepotismo. 3. Princípio Constitucional da Moralidade. I. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU 35</p>
-------------	---

Índice para catalogo sistemático

Administração Pública.	35
Nepotismo.	35
Princípio Constitucional da Moralidade.	35

Banca Examinadora

Dedicatória

Aos meus pais, Francisco e Darcy, meus sogros, João Carlos e Nilza, irmãos, cunhados, sobrinhos, à minha enteada Jéssica, enfim, minha família.

Ao meu orientador, Clóvis Beznos, que em um momento tão difícil me acolheu e deu condições para que eu pudesse prosseguir com meu sonho.

A David George Francis, que lá atrás, foi o grande responsável pelo início de tudo. Grande e inspirador exemplo.

Mas, especialmente, à minha esposa Adriana Strasburg de Araújo, companheira de todas as horas, inspiração primeira, sem a ajuda de quem tudo isso teria sido impossível.

RESUMO

AUTOR: José Carlos Evangelista de Araújo.

TÍTULO: Nepotismo e Estado patrimonial no Brasil em face do princípio constitucional da moralidade.

O presente trabalho se propõe a estudar os fenômenos do nepotismo e do patrimonialismo no âmbito da Administração Pública brasileira e o modo como se dá a sua vedação e repressão no contexto de nossa ordem jurídica vigente, especialmente, em face do princípio constitucional da moralidade e do novo sentido e alcance adquirido pela jurisdição constitucional no plano do sistema jurídico-constitucional introduzido pela Constituição Federal de 1988. Os conceitos de *nepotismo* e de *Estado patrimonial* ou simplesmente *patrimonialismo* serão analisados tanto sob o prisma histórico-sociológico quanto sob um enfoque puramente jurídico-normativo. Busca-se desse modo articular em um único plano de análise a chamada *perspectiva do participante* (enfoque jurídico-normativo) e a *perspectiva do observador* (enfoque histórico-sociológico). No que tange à apreciação jurídico-normativa do nepotismo, nossa análise visou desde o significado contemporâneo da própria jurisdição constitucional em nosso sistema jurídico, passando pela eventual colisão da regra que veda o nepotismo com outros princípios constitucionais e os meios processuais disponíveis para a sua repressão e controle, até o estudo e a reflexão minuciosa sobre seu conceito normativo e suas modalidades, os parâmetros jurídico-argumentativos disponíveis para a aplicação da regra de vedação e seus limites e, por fim, resistências, contradições e ambiguidades observáveis no último esforço empreendido pelas instituições para se controlar o nepotismo e outras modalidades de patrimonialismo no âmbito estatal - por meio da edição da Resolução nº 07/05 do CNJ e da Súmula Vinculante nº 13 do STF. A reflexão sobre a normatividade de princípios constitucionais tais como os da moralidade (eixo principal de nossa análise jurídico-normativa) e da impessoalidade se darão no âmbito de um campo teórico ora em constituição, mas que costuma se identificar no debate acadêmico por *pós-positivismo* – e é reconhecido na obra de autores como RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY, EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e J. J. GOMES CANOTILHO. A esse referencial teórico-metodológico acrescentamos como linha estruturante de nossa reflexão, com o intuito de proporcionar uma análise do sistema jurídico de primeira e segunda ordem (observador/participante) o conceito de sistema jurídico na forma que lhe imprimiu NIKLAS LUHMANN – com algumas ressalvas no que diz respeito à sua concepção sobre a legitimação do Direito. Optou-se ainda por um *enquadramento metodológico* que nos permitisse fundamentar em uma perspectiva histórica e política a dinâmica do Estado patrimonial, e confrontá-la com uma teoria da evolução social e do desenvolvimento moral no âmbito individual e institucional. Adotou-se então aqui uma interpretação pautada em uma *concepção renovada do materialismo histórico*, nos marcos apresentados por JÜRGEN HABERMAS. Quanto aos resultados esperados, intentamos suscitar, em primeiro lugar, uma reflexão sobre os fundamentos históricos e políticos do patrimonialismo e sua manifestação na forma de nepotismo. Em segundo, uma mudança de atitude dos operadores jurídicos em relação a esse tema. E por fim, nos esforçamos para fornecer elementos de natureza jurídico-normativa com potencial para esclarecer e contribuir para o aperfeiçoamento dogmático dessa matéria, auxiliando de algum modo na busca por uma sociedade que seja, de fato, livre, justa e solidária.

Palavras-chave: Nepotismo. Patrimonialismo. Princípio da Moralidade. Jurisdição constitucional. Garantias públicas fundamentais.

ABSTRACT

AUTHOR: Jose Carlos Evangelista de Araújo.

HEADING: Nepotism and Patrimonial State in Brazil in face of the Constitutional Principle of the Morality.

The present work considers to study the phenomena of the nepotism and the patrimonialism in the scope of the Brazilian Public Administration and the way it runs its prohibition and repression in the context of our effective jurisprudence, especially, in face of the constitutional principle of the sensible new morality and the reach acquired for the constitutional jurisdiction in the plan of the legal-constitutional system introduced by the Federal Constitution of 1988. The concepts of nepotism and patrimonial State or simply patrimonialism will be analyzed in such a way under the description-sociological prism how much under a purely legal-normative approach. One in this manner searches to articulate in an only plan of analysis the perspective call of the participant (legal-normative approach) and the perspective of the observer (description-sociological approach). In what it refers to the legal-normative appreciation of the nepotism, our analysis aimed at since the meaning contemporary of the proper constitutional jurisdiction in our legal system, passing for the eventual collision of the rule that prohibition the available nepotism with other principles constitutional and procedural ways for its repression and has controlled, until the study and the minute reflection on its normative concept and its modalities, the available parameters legal-argumentative for the application of the prohibition rule and its limits and, finally, resistences, contradictions and ambiguities you observed in the last effort undertaken for the institutions for controlling the nepotism and other modalities of patrimonialism in the state scope - by means of the edition of the Resolution n° 07/05 of the CNJ and Binding the Abridgement n° 13 of the STF. The reflection on the constitutional normativeness of principles such as of the morality (main axle of our legal-normative analysis) and of the impersonality will be given in the scope of a theoretical field however in constitution, but usually identify in the academic debate for pos-positivism - and is recognized in the workmanship of authors as RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY, EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA and J. J. GOMES CANOTILHO. To this referencial theoretician-metodological we add as structurant line of our reflection, with intention to provide to an analysis of first the legal system of and second order (observing/participant) the concept of legal system in the form that printed it NIKLAS LUHMANN - with some exceptions in what it says respect to its conception on the legitimation of the Right. It was still opted to a methodological framing that in allowed them to base on a historical perspective and politics the dynamics of the patrimonial State, and to collate it with a theory of the social evolution and the moral development in the individual and institutional scope. An interpretation based in a renewed conception of the historical materialism, in landmarks presented for JÜRGEN HABERMAS was adopted here then. How much to the waited results, we intend to excite, in first place, a reflection on the historical beddings and politicians of the patrimonialism and its manifestation in the nepotism form. In second, a change of attitude of the legal operators in relation to this subject. Finally, in we strengthen to supply them elements of legal-normative nature with potential to clarify and to contribute the dogmatic perfecting of this substance, assisting in some way in the search for a society that is, in fact, free, joust and of solidarity.

Word-key: Nepotism. Patrimonialism. Principle of the Morality. Constitutional jurisdiction. Basic public guarantees.

INTRODUÇÃO	10
-------------------------	----

CAPÍTULO 01 - FUNDAMENTOS TEÓRICOS, CONCEITUAIS E METODOLÓGICOS	15
--	----

1.1 - Materialismo Histórico e Teoria dos Sistemas	17
1.1.1 - Trabalho Social e Forma de Reprodução da Vida Humana	18
1.1.2 - Considerações Sobre o Conceito de Modo de Produção	20
1.1.3 - Teorema da Superestrutura e Dialética entre Forças Produtivas e Relações Sociais de Produção	22
1.1.4 - Consciência Moral, Processos de Aprendizagem e Evolução Social	25
1.2 - Sistema Jurídico e Autopoiesis	30
1.2.1 - Uma Descrição (genérica) da Teoria dos Sistemas segundo Niklas Luhmann	30
1.2.2 - Autopoiésis: Diferenciação entre Sistema Jurídico e o seu Entorno	32
1.2.3 - Princípios Constitucionais e Parâmetros de Reconhecimento	34
1.2.4 - Reflexão Jurídica como Exigência de Consistência na Decisão	35
1.2.5 - A Positividade do Direito segundo Luhmann	36
1.2.6 - A Função Jurídica e o seu Código Específico	38
1.2.7 - Fechamento Operacional e Relações com o Sistema Político	39
1.3 - Pós-Positivismo, Normatividade dos Princípios, e a Tese da Vinculação entre Direito e a Moral	41
1.3.1 - O Dissenso entre Positivistas e Pós-Positivistas em Torno da Normatividade dos Princípios	42
1.3.2 - Direito e Moral: Hipóteses e Graus de Vinculação Admissíveis	49
1.4 - Pertinência e Adequação entre o Referencial Metodológico Adotado e o Respectivo Universo de Análise	57
1.4.1 - Características Gerais dos Fenômenos Analisados e Matriz Teórico-Conceitual	57
1.4.2 - Elementos de Justificação da Metodologia em Face dos Fenômenos Investigados	60

CAPÍTULO 02 - ORIGENS, FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO DO ESTADO PATRIMONIAL NO BRASIL	61
--	----

2.1 - Estado Patrimonial: Uma Concepção Transplantada	63
2.2 - O Estamento Político	68
2.3 - O Capitalismo Politicamente Orientado	76
2.4 - A Tradição Política da Conciliação e do Conchavo	80
2.5 - A Organização Administrativa e o Funcionalismo do Estado Patrimonial	83
2.6 - Origens do Sistema Jurídico-normativo do Estado Patrimonial Brasileiro	89

CAPÍTULO 03 - MECANISMOS DE APROPRIAÇÃO PATRIMONIAL DO ESTADO NO BRASIL E SUA RECONFIGURAÇÃO RECENTE.....	95
3.1 - O Paroquialismo como Estrutura Relacional de Poder	95
3.2 - O Fisiologismo como Parâmetro de Composição entre os Agrupamentos Constitutivos do Estamento Político.....	97
3.3 - O Clientelismo Como Meio De Cooptação Político-Social	99
3.4 - O Nepotismo Como Expressão Política De Uma Ideologia Do Privilégio	102
3.5 - Crise e Reconfiguração do Estado Patrimonial no Brasil	105
CAPÍTULO 04 - ACLIMATAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO AMBITO DO SISTEMA JURÍDICO-NORMATIVO BRASILEIRO.	115
4.1 - A Moralidade Administrativa em Face da Jurisprudência do Conselho de Estado Francês e a Doutrina de Maurice Hauriou	117
4.2 - Recepção do Conceito de Moralidade Administrativa no Brasil	125
4.3 - Reconhecimento Jurisprudencial e Evolução Legislativa.	134
CAPÍTULO 05 - A MORALIDADE COMO FENÔMENO JURÍDICO-NORMATIVO	142
5.1 - A Moralidade como Fenômeno Jurídico-Normativo: da Não-Referibilidade do Princípio Constitucional da Moralidade à Moral Comum e sua Autonomia.....	144
5.2 - Alguns Aspectos Referentes à Constitucionalização do Princípio da Moralidade, dos Demais Princípios Regentes da Administração e a “Tese da Sobreposição”	162
5.3 - A Improbidade Administrativa Como Qualificadora Do Ato Administrativo Moral	181
5.4 - Da Moralidade Administrativa à Moralidade Institucional.....	189
CAPÍTULO 06 - O NEPOTISMO EM FACE DA NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	200
6.1 - A Jurisdição Constitucional e Repressão ao Nepotismo na Administração Pública Brasileira.	206
6.2 - O Nepotismo Como Fenômeno Jurídico no Âmbito da Constituição Federal de 1988: a Vedação ao Nepotismo Como Mandamento Constitucional.....	217
6.3 - A Vedação ao Nepotismo em Face dos Princípios da Separação dos Poderes e Federativo.....	231
6.4 - A Desnecessidade de Lei Específica para a Vedação e a Repressão ao Nepotismo: a Vinculação Direta do Poder Público à Normatividade Constitucional.....	244

6.5 - A Vedação ao Nepotismo em Face da Tutela dos Direitos Individuais Fundamentais	257
6.6 - Competência Normativa, Disciplinar, e Meios de Controle Predispostos para a Repressão ao Nepotismo	264
6.7 - As Diversas “Modalidades” ou “Espécies” de Nepotismo.....	283
6.7.1 - Nepotismo Clássico ou em Sentido Estrito	290
6.7.2 - Nepotismo Cruzado, Transversal ou Oblíquo	300
6.7.3 - Nepotismo Político	303
6.8 - Parâmetros para a Concreção da Normatividade Constitucional (abstrata) no Caso Concreto.....	321
6.9 - Avanços, Resistências, Contradições e Ambiguidades do Sistema Jurídico-Normativo Brasileiro em Razão da Apropriação Patrimonialista do Estado.....	334
BIBLIOGRAFIA:	345

INTRODUÇÃO

Propomos estudar o que acreditamos constituir uma verdadeira perversão institucional que, das origens coloniais até os dias de hoje, impregna nossa evolução social.

O *patrimonialismo*, e, especialmente, uma de suas manifestações setoriais mais deploráveis: o *nepotismo*. Este, espécie daquele, ambos se estruturam sobre a antirrepublicana, personalista e imoral prática da apropriação privada do interesse e do patrimônio público.

Trata-se de um tema cuja natureza político-social dos objetos investigados, também objeto de juridicização, requer um tratamento eminentemente multidisciplinar.

O consenso institucionalizado nas últimas décadas, quanto à natureza sistêmica do Direito, facilitou a generalização da compreensão de que, se assim for, o sistema jurídico estará necessariamente articulado a um conjunto de outros *subsistemas parciais* - sendo o Direito apenas um desses subsistemas - em uma totalidade que a todos engloba, compondo o *sistema geral da sociedade*.

Mesmo admitindo-se a natureza *autoreferencial* e *autopoiética* dos sistemas sociais, como faz LUHMANN,¹ tal condição não significa que o subsistema jurídico não seja *demandado* por outros subsistemas, que não sofra toda sorte de *perturbações* e *irritações* a partir do seu *entorno*, e que tais perturbações e demandas não contribuam para o modo como utiliza sua *abertura cognitiva* para *selecionar* e *replicar* objetos pertencentes a outros subsistemas, como também para orientar o modo pelo qual se processam as *operações* internas que constituem sua *autopoiésis*.

A admissão por parte da comunidade de juristas de uma teoria sistêmica nestes termos implica necessariamente na tentativa de ultrapassar o marco heurístico estabelecido pelo normativismo de KELSEN² nas primeiras décadas do século XX, especialmente, a referência aos *dois cortes*: o *axiológico* e o *epistemológico*.

Não se almeja mais aqui a pureza de uma ciência do direito ancorada na estrita definição do seu objeto (*mundo das normas*) amparada em uma *desejada* neutralidade

¹ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general**. México: Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Xavier Clavigero; Centro de Informacion Acadêmica, 1998; **Sistemas sociales: lineamentos para una teoria general**. México: Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Xavier Clavigero; Centro de Informacion Acadêmica, 1998; **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1983.

² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

epistêmica, desconectando-se da filosofia e das ciências sociais. Isso porque, ante o avanço teórico seja no plano estritamente jurídico-normativo, seja no das demais ciências sociais, não se justifica mais esse insulamento.

Na feliz demonstração de HABERMAS,³ no contexto da pós-modernidade ocidental, o direito interessa às ciências sociais e à filosofia tanto quanto deve ele também se interessar por elas. Sem o seu auxílio, tornar-se-á deficiente um dos discursos elementares reservados - sobretudo diante da jurisdição constitucional contemporânea - ao direito, que, ao lado dos *discursos de aplicação* (“dogmática jurídica”), vai se reservando às Cortes Constitucionais, com intensidade crescente, a prerrogativa para emitir *discursos de justificação* - que em tese, por pressuposto de legitimação democrática do próprio Direito, deveriam estar reservadas ao Legislativo.⁴

Daí porque optamos por apresentar um trabalho que busca articular duas perspectivas sobre os objetos investigados, que cremos reciprocamente complementáveis. Uma abordagem jurídico-normativa secundada ou referenciada em uma leitura histórico-sociológica. Ou, de outro modo, buscamos estruturar, compatibilizar e apresentar a *perspectiva do participante* (jurídico-normativa) e a *perspectiva do observador* (histórico-sociológica).

Ao mesmo tempo em que esclarecemos circunstâncias históricas, desdobrando referências conceituais, de âmbito sociológico, sobre o tema do Estado patrimonial e do nepotismo, buscamos, de outro lado, identificar e refletir sobre esses temas no âmbito do sistema jurídico-normativo, dada a sua juridicização e necessária articulação com os princípios constitucionais, dentre outros, da moralidade administrativa e da impessoalidade. Neste contexto, a reflexão sobre a normatividade dos princípios justificou-se no campo teórico que vem sendo denominado por pós-positivismo.

³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

⁴ Ocorre que, diferentemente desse Poder, cuja legitimidade política está lastreada no princípio majoritário, resta ao Judiciário *fundamentar* seu entendimento sobre a ordem jurídico-constitucional, e a partir dela, promover o chamado *acoplamento estrutural de todos os subsistemas sociais*, com base na universalidade de sua argumentação baseada em uma interpretação dos princípios constitucionais. Tal intervenção é instrumentalizada por uma competência contra-majoritária destinada a amparar e garantir a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais. Quanto ao *dever de fundamentação*, seria ele impossível se o próprio Direito não estivesse imantado por elementos oriundos de outras pautas normativas do agir humano, especialmente a ética e a moral. Além do mais, deve o Tribunal, recorrer a um catálogo conceitual forjado pelas ciências sociais para a explicação de outros subsistemas sociais, que deverão ser integrados no âmbito do sistema geral da sociedade, por decisões prolatadas pela justiça constitucional.

Na análise jurídico-normativa, o estudo e a reflexão em torno de questões envolvendo o princípio da moralidade são destaque no trabalho. Trata-se, em nossa opinião, do elemento de natureza normativa que maior vínculo guarda com a repressão às práticas patrimonialistas em geral e ao nepotismo, em particular. Por isso priorizamos a abordagem de questões situadas em sua dogmática contemporânea.

Quanto ao tema do nepotismo, seu enquadramento jurídico-normativo se deu no âmbito de nossa recente jurisdição constitucional, dada a proeminência de sua intervenção, na qual se utilizou da competência reconhecida constitucionalmente ao STF, para desenvolver novos parâmetros de normatividade, quanto à vedação ao nepotismo, diretamente a partir dos princípios constitucionais - sem intermediação legislativa específica -, e reconheceu igual competência normativa a outros órgãos instituídos pela própria CF/88, como o CNJ.

Assim, a partir da análise dos votos de diversos Ministros desta Corte, em inúmeras ações, em sede de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, que enfrentam o tema nepotismo, elaboramos uma pauta de questões que julgamos as mais pertinentes para o estudo jurídico-normativo do tema.

Esta pauta se inicia com uma reflexão sobre o significado contemporâneo da própria jurisdição constitucional em nosso sistema jurídico. Passa pela eventual colisão da regra que veda o nepotismo com outros princípios constitucionais e os meios processuais disponíveis para a sua repressão e controle, bem como por uma reflexão minuciosa sobre seu conceito normativo e suas modalidades, com os parâmetros jurídico-argumentativos disponíveis para a aplicação da regra de vedação e seus limites. Por fim, aponta as resistências, contradições e ambiguidades observáveis no último esforço empreendido pelas instituições para se controlar o nepotismo e outras modalidades de patrimonialismo no âmbito estatal - por meio da edição da Resolução nº 07/05 do CNJ e da Súmula Vinculante nº 13 do STF.

O trabalho está estruturado em seis capítulos. Em cada um há uma pequena introdução que procura explicar os fundamentos e/ou objetivos teóricos almejados, ao mesmo tempo em que apresenta um resumo panorâmico do que ali será tratado. E, não obstante estejam todos os capítulos conectados, eles foram escritos de modo a possuírem autonomia temática suficiente para se permitir sua leitura isolada, exclusivamente em face dos elementos elaborados internamente.

Uma nota específica, todavia, deve ser feita em relação ao primeiro capítulo (*Fundamentos teóricos, conceituais e metodológicos*). Buscamos tratar ali, de modo

específico, três questões que julgamos estruturantes para nossa reflexão e análise: *i*) um **conceito** de sistema jurídico-normativo que nos permitisse enquadrar a sua análise tanto sob a *perspectiva do observador* quanto da *perspectiva participante*; *ii*) a delimitação de um **campo teórico** que, de um modo geral, se identifica por uma tentativa de ultrapassagem do positivismo de KELSEN, e por isso costuma ser denominado por pós-positivismo; *iii*) um **enquadramento metodológico** que nos permitisse fundamentar em uma perspectiva histórica e política a dinâmica do Estado patrimonial e confrontá-la com uma teoria da evolução social e do desenvolvimento moral no âmbito individual e institucional. Adotou-se então aqui uma interpretação pautada em uma *concepção renovada do materialismo histórico*, nos marcos apresentados por Jürgen Habermas.⁵

Nesse campo de discussão, que corresponde ao primeiro tópico do primeiro capítulo, procuramos apresentar os conceitos mais importantes do materialismo histórico revistos na abordagem de HABERMAS. Ao mesmo tempo, tentamos deixar patente o modo pelo qual, na teoria da evolução social ali desenvolvida, esta se dá no plano do *agir comunicativo* (para além das estruturas alienantes do *agir instrumental*), em estreita correlação com o desenvolvimento de uma *competência argumentativa* e de uma *consciência moral* de natureza *pós-convencional*.⁶

As relações estabelecidas por HABERMAS entre *evolução social* e *desenvolvimento da consciência moral* não apenas permitem deduzir uma expectativa otimista em relação à evolução institucional no Brasil, capaz de extirpar em um futuro próximo o *câncer do patrimonialismo* (e com ele o nepotismo) de nossa cena política, como também, prepara e reforça a *tese da vinculação fraca* entre *direito* e *moral* desenvolvida por Robert Alexy⁷ e por nós adota no contexto desse trabalho.

Os desdobramentos teóricos da reflexão de Habermas, associados a outras especulações no âmbito de uma teoria procedimental da justiça e da política, como as formuladas por JOHN RAWLS⁸ e RONALD DWORKIN,⁹ em nosso entendimento,

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1989.

⁷ ALEXY, R. **Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral**. In: Derecho y razón práctica. México: Fontamara, 1993; **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001; **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001.

⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

podem ser reconstruídas no plano da jurisdição constitucional contemporânea. Em seu interior, paulatinamente assistimos à construção de um espaço institucional, aberto a diversos interpretes constitucionais autorizados e sob a vigilância de uma opinião pública cada vez mais ampla e atenta. Trata-se de um contexto em muito semelhante ao hipotético quadro da *sociedade comunicacional ideal* (Habermas) ou da *situação inicial equitativa fundamentada na aceitação consensual dos dois princípios de justiça sob um véu de ignorância* (RAWLS).

No plano dessa jurisdição constitucional, o âmbito específico de normatividade reconhecido a princípios aplicados a casos concretos, dependerá essencialmente da persuasão argumentativa estruturada no interior de *discursos* (voto/decisão) cujo grau de legitimidade reconhecido pela opinião pública estará diretamente relacionado com a sua aptidão para conciliar de modo não arbitrário as *singularidades* do caso *sob iudice* com a *universalidade* dos valores ético-morais albergados pelos princípios constitucionais utilizados como *parâmetros de argumentação e razões de decidir*.

Por fim, completando o *circulo* ou *espiral hermenêutica* (preferimos a última imagem), esperamos que essas considerações, para além da apreciação positiva da banca examinadora, sejam capazes de suscitar, primeiro, uma reflexão sobre os fundamentos históricos e políticos do patrimonialismo e sua manifestação na forma de nepotismo. Depois, uma mudança de atitude dos operadores jurídicos em relação a esse tema. E, por fim, que seja capaz de fornecer elementos de natureza jurídico-normativa com potencial para esclarecer e contribuir para o aperfeiçoamento dogmático dessa matéria, auxiliando, de algum modo, na busca por uma sociedade que seja, de fato, livre, justa e solidária.

CAPÍTULO 01 - FUNDAMENTOS TEÓRICOS, CONCEITUAIS E METODOLÓGICOS.

Este primeiro capítulo se resume a algumas balizas teórico-conceituais. Inicia-se por uma espécie de “moldura metodológica”, constituída em seu contexto mais externo pelo “materialismo histórico”¹⁰ - não sob a tônica marxista, senão pela interpretação dada a ele por JÜRGEN HABERMAS em um quadro epistemológico mais amplo e “decantado” que o de Marx e seus seguidores.

Nesse plano, interessa-nos em especial o modo pelo qual esse autor substituiu o marco da “classe-sujeito” por uma perspectiva mais complexa dos conflitos e da dinâmica da luta de classes, absorvendo contribuições da teoria geral dos sistemas. E, sobretudo, a forma como articula a *evolução social a processos institucionais de aprendizagem* e ao desenvolvimento (individual e coletivo) de uma ***consciência moral*** vinculada a um *agir comunicativo*.

Ao retirarmos consequências normativas das teorizações formuladas por HABERMAS, referentes à *moralização dos motivos da ação*, sobre a necessária justificação de *papéis sociais* e *normas* em face de *princípios*, sobre o plano pós-convencional de consciência moral e o discurso argumentativo de 3º nível, acabamos por concluir que vários desses fenômenos se articulam no interior da jurisdição constitucional contemporânea, constituindo-se ela no local ideal a partir do qual se poderá identificar, reprimir e responsabilizar os responsáveis pela manutenção de práticas patrimonialistas, dentre as quais o nepotismo, no interior de nossa ordem jurídico-administrativa.

Mas como boa parte de nosso trabalho tem como objeto o próprio sistema jurídico-normativo, sua delimitação constitucional, estrutura, modo de recrutamento, composição, funcionamento, ideologia, relações com subsistemas sociais - em especial o político -, pareceu-nos necessário iniciá-lo com uma recuperação da concepção de *sistema jurídico* em sua dimensão *autopoiética* como proposta por NIKLAS LUHMANN.

¹⁰ O materialismo histórico é uma abordagem *metodológica* empregada no estudo da *sociedade*, da *economia* e da *história* que foi pela primeira vez elaborada por KARL MARX E FRIEDRICH ENGELS (1818-1883), malgrado ele próprio nunca tenha empregado essa expressão. Na qualidade de sistema explanatório foi expandido e refinado por muitos estudos acadêmicos desde a morte de Marx. Defende-se que a evolução histórica se dá pela luta de classes sociais, decorrentes da "exploração do homem pelo homem". A teoria serve também como forma essencial para explicar as relações entre sujeitos.

Nesse âmbito, as conseqüências deduzidas de conceitos como os de “fechamento operacional” e “abertura cognitiva do Direito” fornecem um campo de reflexão aberto à compreensão das possibilidades de articulação entre Direito e Moral, entre sistema jurídico e político, aspectos nucleares de nossa análise.¹¹

Pelas premissas apontadas, evidente que nosso trabalho distancia-se da tradição positivista, especialmente de matriz kelseniana – por evidente recusa aos *dois cortes*: o *ontológico* e o *epistemológico*. De modo que, filiamo-nos aqui ao campo teórico hodiernamente conhecido por *pós-positivismo* ou *normativismo por princípios*.

A opção tem fundamento, tanto na convicção de que a compreensão adequada (*crítica*) para a transformação dos sistemas jurídicos requer engajamento cívico-político e a articulação entre o estudo do direito e as demais ciências sociais; quanto no reconhecimento da importância do conteúdo (e alcance) normativo dos princípios – aqui de modo especial o da moralidade administrativa e o da impessoalidade.

A abordagem acerca das referências fundamentais do pensamento pós-positivista é sucinta, com destaque para pontos relevantes de autores que representam tanto a tradição jurídica da *Common Law* (RONALD DWORKIN), quanto da *Civil Law* (ROBERT ALEXY), focando: a normatividade dos princípios, as relações de supremacia e complementaridade em face das regras jurídicas, a vinculação (ou não) entre normas jurídicas e princípios morais, a nova dimensão normativo-procedimental atribuída à argumentação e a legitimação do Direito. Ao final apontaremos os elementos factuais e teóricos que justificaram essa opção.

¹¹ Desde já esclarecemos que não estamos plenamente convencidos de todas as questões deduzidas por LUHMANN em sua teoria – em especial a chamada “função de autolegitimação do Direito.”

1.1 - Materialismo Histórico e Teoria dos Sistemas.

Os principais objetos deste trabalho são: **a)** a prática do “nepotismo”; **b)** os elementos que atribuíram ao Estado Brasileiro feições tipicamente “patrimonialistas”; **c)** a possibilidade de controle e correção jurídico-normativa dessas modalidades de “perversão” por meio do princípio da moralidade administrativa.

Desse modo, a adequada compreensão da prática do nepotismo requer a reconstrução da formação e desenvolvimento do Estado patrimonialista no Brasil. Reconstrução complexa já que se tratou de um “transplante” (pessoas, instituições, normas e cultura política), no bojo do movimento expansionista do império mercantilista português inserido em uma “economia-mundo”¹², em posição destacada no processo de desenvolvimento da fase mercantil do modo capitalista de produção.

O enfrentamento desses macro-fenômenos requer uma abordagem metodológica ampla, capaz de articular especificidades e nuances do processo em um país da periferia do capitalismo global. Por isso enquadrámos a constituição e o desenvolvimento do Estado patrimonialista, bem como o nepotismo, no marco teórico do materialismo histórico, especificamente, na concepção re-configurada pela interpretação de Jürgen HABERMAS.¹³

Este autor, admitindo-o como uma espécie de teoria abrangente da evolução social do gênero humano, reviu imperfeições e dogmas associados à interpretação marxista, depurando-a. Ainda articulou ao seu universo conceitual a contribuição e as teorizações de outras disciplinas, como a psicologia, antropologia, sociologia, ciência política, teorias da linguagem e da comunicação e teoria geral dos sistemas.

O esforço de HABERMAS nessa reconstrução retoma e reinterpreta dois conceitos fundamentais para a modernidade ocidental: **a)** trabalho social; **b)** história do gênero.

¹² BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2005.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1990.

1.1.1 - Trabalho Social e Forma de Reprodução da Vida Humana

Seria o conceito de “trabalho social” suficiente para caracterizar o que há de peculiar na forma de reprodução da vida humana? Pergunta-se HABERMAS, instando-nos a problematizar o que entendemos por *forma de vida humana*.

No âmbito da “antropogênese”, encruzilhada histórica situada a aproximadamente quatro milhões de anos, desenvolveu-se, por meio de uma mutação, a condução do primata ao homem, desde um suposto ancestral comum, pela alteração do tamanho do cérebro e de outras características morfológicas. Essa hominização teria sido determinada pela articulação de mecanismos orgânicos e culturais.

Mais adiante, com o surgimento do *homo sapiens*, essa forma mista, orgânica e cultural da evolução, teria cedido lugar a um processo evolutivo exclusivamente social - interrompendo-se definitivamente os mecanismos naturais de evolução. Assim, a fabricação dos meios de produção e a organização social, não apenas do trabalho, mas também da distribuição dos produtos desse, seriam aptas a satisfazer as condições de “*uma forma econômica de reprodução da vida*”.

Daí porque HABERMAS reconhece na caça em cooperação o surgimento do primeiro “modo de produção”. Mas ressalva que o conceito marxista de “trabalho social”, não obstante delimite a forma de vida dos hominídeos em relação aos primatas, não capta a “*reprodução especificamente humana da vida*”.

Em contrapartida, reconhece que o *modo de produção da caça socialmente organizada* fez nascer um “*problema sistêmico*” que teria sido resolvido com a *familização do homem* - pela introdução de um sistema de parentesco fundado na exogamia.

Ou seja, a sociedade masculina da horda caçadora se autonomizou das mulheres e das crianças. Diante dessa diferenciação, fundada na divisão do trabalho, surgiu um novo “*carecimento de integração*”, uma *necessidade de intercâmbio controlado entre os dois sistemas parciais*.

A *carência de integração* só pôde ser resolvida com a introdução de um sistema familiar apoiado no matrimônio e em uma descendência regulamentada, permitindo ao homem adulto - pelo *papel paterno* - um *status* no sistema masculino do grupo de caça e outro no sistema das mulheres e crianças. Isso permitiu: **a)** integrar as funções do trabalho social com a da alimentação dos filhos; **b)** coordenar as funções masculinas da caça com as funções femininas da coleta.

É por isso que só podemos falar em “*reprodução da vida humana*” quando a “*economia da caça*” foi complementada por uma “*estrutura social familiar*”.¹⁴ Nesse sentido, os *sistemas sociais de papéis* compõem-se do reconhecimento intersubjetivo de expectativas de comportamento sujeitas à estruturação em normas - e não mais pela ameaça de sanção disponível a algum membro do grupo em razão de características peculiares de sua estrutura de personalidade.

Esse desdobramento levou a um processo de “*moralização dos motivos da ação*”, onde os papéis sociais podem conjugar, em certas condições, duas diferentes expectativas de comportamento, constituindo-se *um sistema de motivação recíproca*. Por meio dos papéis sociais, a aquisição social de influência sobre os motivos *do outro* pode tornar-se independente de contextos acidentais, admitindo sua reinserção no mundo simbólico da interação.

Tal dedução toma como parâmetro o modo pelo qual *os tabus* exercem sua eficácia, demonstrando que os modelos de interpretação ligados a papéis sociais transformaram e reelaboraram as ambivalências emotivas resultantes da diferenciação interna do sistema de impulsos (exogamia), constituindo um plano de consciência receptivo e disposto a respeitar as normas vigentes.

Segundo HABERMAS, por diferentes razões, todas essas condições não poderiam ser satisfeitas antes da constituição integral da linguagem. Apenas com sua constituição, como decorrência da estrutura de trabalho, completou-se o desenvolvimento que levou à forma de reprodução da vida especificamente humana - ponto de partida da evolução social. Trabalho e linguagem são, portanto, anteriores ao homem e à sociedade e o autor resume a contribuição da antropologia para o materialismo histórico de modo extraordinariamente preciso.¹⁵

¹⁴ Tal processo, gestado ao longo de milhões de anos, teria proporcionado uma substituição extraordinária do chamado “sistema animal de *status*”. Este, que entre os macacos antropóides já se fundaria em um sistema de interações mediatizadas simbolicamente, viu-se substituído entre os homínideos por um sistema de normas sociais que pressupõe a linguagem. Sendo unidimensional a ordem hierárquica dos primatas, cada indivíduo só pode assumir um *status*, e só irá dispor desse mesmo *status* em todos os âmbitos funcionais de que participe. Segundo a antropologia, apenas quando o mesmo indivíduo pode reunir em si mesmo diversas *posições de status* é que se tornaria possível um intercâmbio socialmente regulado entre sistemas parciais dotados de uma peculiar especificidade funcional. O ordenamento animal de *status* estaria fundado sobre a capacidade de ameaça por parte daquele que possui em cada oportunidade a posse desse *status* – uso da força, por exemplo.

¹⁵ “Para os conceitos antropológicos fundamentais assumidos pelo materialismo histórico, isso poderia significar: que o conceito de trabalho social é fundamental, já que a conquista evolutiva da organização social de trabalho e distribuição é evidentemente anterior ao desenvolvimento de uma comunicação linguística avançada, e essa, por sua vez, é anterior ao desenvolvimento de sistemas sociais de papéis; mas só é possível caracterizar satisfatoriamente a forma de vida especificamente humana se relacionar o

1.1.2 - Considerações Sobre o Conceito de Modo de Produção

No âmbito do pensamento marxista, o conceito de modo de produção fornece uma espécie de “chave” para o resgate da “história do gênero”, que seria caracterizada pela sucessão discreta de modos de produção, ordenados segundo uma lógica que permitiria reconhecer previamente os rumos da evolução social.

Segundo a dogmática tradicional, um modo de produção se estrutura a partir do estágio de desenvolvimento das forças produtivas e da evolução das relações sociais de produção.¹⁶ O materialismo histórico, nessa vertente (marxista), entende que as forças produtivas e a relações sociais de produção: *i*) correspondem-se reciprocamente; *ii*) produziram um número finito de graus de desenvolvimento estruturalmente análogos; *iii*) como consequência, haveria uma série de modos de produção ordenados segundo uma lógica do desenvolvimento. Uma espécie de “*curriculum* da história universal”, com a sucessão de cinco ou seis modos de produção, com um desenvolvimento unilinear, necessário, ininterrupto e ascendente de um “*macrosujeito*” (a classe operária).

HABERMAS propõe algumas correções a esse esquema.

Assim, diz que o materialismo histórico não necessitaria estabelecer, como pressuposto, um sujeito genérico (por ex., *o proletariado*) em relação ao qual se dê a evolução. Os *portadores da evolução* seriam a *sociedade* e os *sujeitos de ação nela integrados*. Nesse sentido, a marca da evolução ficaria gravada nas *estruturas*, substituídas por outras, cada vez mais abrangentes. Tais substituições seriam racionalmente reconstruíveis e, no processo de constituição dessas estruturas,

conceito de trabalho social ao de princípio familiar de organização; as estruturas do agir segundo papel designam, com relação às estruturas do trabalho social, um novo grau de desenvolvimento; não é possível reduzir as regras do agir comunicativo (ou seja, as normas de ação intersubjetivamente válidas e garantidas de acordo com os procedimentos rituais) a regras de agir instrumental ou estratégico; produção e socialização, trabalho social e sustento dos filhos são de igual importância para a reprodução do gênero; por isso, é fundamental a estrutura familiar da sociedade, que governa ambos os elementos: a integração tanto da natureza externa quanto da natureza interna.” HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1990, p. 118-119.

¹⁶ Por forças produtivas entende-se: i) a força de trabalho dos que seriam ativos na produção; ii) o saber “tecnicamente valorizável”, a tecnologia capaz de aumentar a produtividade do trabalho – além de toda sorte de insumos utilizados na produção; iii) o saber organizativo, empregado para por em movimento de modo eficiente a produção e para qualificar e coordenar de modo eficiente a cooperação da força de trabalho. Nesse sentido, as forças produtivas determinariam o grau de dominação que se pode estabelecer sobre a natureza. Por relações sociais de produção compreende-se o conjunto de instituições e mecanismos sociais que estruturam o modo pelo qual a força de trabalho, em um determinado estágio de desenvolvimento das forças produtivas, se articula aos meios de produção disponíveis. A forma de regulamentação das relações sociais de produção, o acesso aos meios de produção, a forma como a força de trabalho é socialmente utilizada, determinam mediatamente o modo de distribuição da riqueza socialmente produzida. Portanto, as relações sociais de produção expressariam a distribuição do poder social.

transformar-se-iam as sociedades e os indivíduos - com suas identidades individuais e coletivas.

Afirma também que se estabelecermos uma separação entre a *lógica* e a *dinâmica* do desenvolvimento, entre o modelo racionalmente reconstruível de uma hierarquia de estruturas empíricas progressivamente abrangentes e os processos em que se desenvolvem os seus substratos empíricos, seria desnecessário requerer da história unilinearidade, necessidade, continuidade e irreversibilidade.¹⁷

Também seriam possíveis (e documentáveis) regressões no processo evolutivo.

No entanto, não há recuo sem as conseqüências de uma regressão forçada - como na Alemanha nazista. Assim, irreversíveis não seriam os processos evolutivos, apenas as sucessões estruturais a serem percorridas, “*se e na medida em que for concebida em evolução*”.

Bastante implausível apresenta-se a “*perspectiva teleológica*” que, segundo matrizes filiadas ao materialismo histórico, *sua dinâmica seria imanente à história*. Pelo contrário, quando se fala de evolução no sentido aqui encampado, aduz-se a processos cumulativos onde é perceptível uma dada *direção* ou *tendência*. Nesta perspectiva, o materialismo histórico não pode fazer-se herdeiro de uma espécie de “*sebastianismo tardio*”, de “*milenarismo esclarecido*” – na qual todos os problemas da humanidade serão resolvidos pela *inevitável revolução comunista sob a liderança do proletariado*. Não se pode substituir a *razão* por *profecias*.

E temos ainda a perspectiva representada pelo *neo-evolucionismo*, que considera o *aumento de complexidade* um critério diretor aceitável para avaliar-se o plano da evolução social, quanto mais numerosas as condições de fato que um sistema necessite acolher, maior a complexidade do ambiente que eventualmente deverá reelaborar e contra o qual deverá afirmar a sua existência.

Mas sabemos que, o próprio MARX, não teria julgado o desenvolvimento social em face do aumento de complexidade, mas de acordo com o estágio de desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais de produção.

¹⁷ Tomar-se-ia em consideração estruturas gerais antropológicamente profundas, que se constituíram na fase de hominização e que fixaram as condições de partida da evolução social. Estruturas que presumivelmente surgiram na medida em que foi sendo convertido e reorganizado em condições de comunicação linguística, o potencial cognoscitivo e motivacional dos macacos antropóides. Segundo HABERMAS, tais estruturas fundamentais corresponderiam, possivelmente, às estruturas de consciência de que dispõem atualmente as crianças entre o quarto e o sétimo ano de vida - quando se articulam reciprocamente suas capacidades cognoscitivas, linguísticas e interativas.

Nesse sentido, o desenvolvimento das forças produtivas dependeria da utilização de saber tecnicamente valorizável. Por outro lado, as *instituições de base da sociedade* incorporam um saber de natureza prático-moral. E os progressos observáveis nessas dimensões seriam medidos com fundamento nas duas pretensões universais de validade, também usadas para medir os progressos da consciência empírica e prático-moral: *i)* a verdade das proposições; *ii)* a justeza das normas.

1.1.3 - Teorema da Superestrutura e Dialética entre Forças Produtivas e Relações Sociais de Produção

Ao analisar a famosa passagem do texto de MARX,¹⁸ HABERMAS parte da constatação segundo a qual em toda sociedade, forças produtivas e relações sociais de produção constituem, conforme o modo de produção hegemônico, uma determinada estrutura econômica, que determina todos os outros sistemas parciais da sociedade. No entanto critica as interpretações “*economicistas*” desse “*teorema*”.

Questiona a suposição de que toda sociedade se articularia, em razão do seu grau de complexidade, em sistemas parciais hierarquicamente ordenáveis, de forma sucessiva, do plano econômico ao político-administrativo e ao âmbito social e cultural. Por essa mesma lógica, os processos dos sistemas parciais superiores seriam determinados (causalidade) em razão dos atuantes nos sistemas parciais inferiores, que limitariam e definiriam estruturalmente os desenvolvimentos nos primeiros. Nesse sentido que se afirmava que o sistema econômico determinaria *em última instância* “a margem de manobra dos possíveis desenvolvimentos nos outros sistemas parciais”.

Argumenta HABERMAS que do contexto em que MARX formulou seu teorema, evidencia-se que a dependência da superestrutura em relação à base referia-se somente a uma fase inicial, crítica, na qual a sociedade em seu processo evolutivo avança para um

¹⁸ “Na produção social da sua existência, os homens estabelecem relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva a superestrutura jurídica e política e a qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência. Em certo estágio de desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações sociais de produção existentes ou, o que é a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade no seio das quais se tinham movido até então. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, estas relações transformam-se no seu entrave. Surge então uma época de revolução social.” MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1983, p.24-25.

novo nível de desenvolvimento. Não se referia à constituição ontológica de qualquer tipo de sociedade, mas buscou o sentido de *direção* que a estrutura econômica ocupa no processo de evolução social. Nesse sentido, o teorema marxista diz simplesmente que novas formas evolutivas resolvem apenas os problemas que, esporadicamente, surgem no âmbito de “base” da sociedade.¹⁹

O autor conclui esse raciocínio afirmando que o núcleo institucional em torno do qual se cristalizariam as relações de produção estabelecem uma determinada forma de integração social, ressaltando que adota o conceito de “*integração social*” no modo como o expressa DURKHEIM - *como garantia de unidade de um mundo social de vida através de valores e normas*. De modo que, se os problemas sistêmicos não puderem ser resolvidos de forma compatível com a forma prevalente de integração social, se esta deve ser transformada revolucionariamente para abrir espaço para novas formas de enfrentamento das crises, a identidade da sociedade em questão corre perigo.

Quanto à questão expressa pela *dialética entre forças produtivas e relações sociais de produção*, teria sido a mesma recebida pela tradição dogmática em um sentido “tecnicista”.²⁰

Assim, se promovermos uma reconstrução lógica dos elementos, a questão poderia ser assim interpretada: *i)* existiria um mecanismo endógeno de aprendizagem que asseguraria um crescimento espontâneo do saber técnico e organizativamente valorizável - e sua reconversão em forças produtivas; *ii)* um modo de produção só estará em condições de equilíbrio quando subsistirem correspondências estruturais entre o estágio de desenvolvimento das forças produtivas e o das relações sociais de produção; *iii)* a explicitação das forças produtivas, que se dá por mecanismos endógenos, geraria

¹⁹ “Ora, a equiparação entre “base” e “estrutura econômica” poderia levar a que se considerasse o âmbito da base como coincidindo sempre com o sistema econômico. Mas isso só vale, ao contrário, para as sociedades capitalistas. Determinamos as relações de produção mediante a sua função de regulamentação do acesso aos meios de produção e, portanto, indiretamente, da repartição da riqueza social. Nas sociedades primitivas, essa função é assumida pelo sistema de parentesco; nas sociedades das grandes civilizações, pelos sistemas de poder. As relações de produção só emergem, enquanto tais e só assumem forma econômica quando, no capitalismo, o mercado – além de sua função de direção – passa a ter a função de estabilizar as relações de classe. As teorias da sociedade pós-industrial preveem inclusive condições nas quais o primado evolutivo passa do sistema econômico ao sistema educativo e científico. Qualquer que seja a realidade, as relações de produção podem se servir de diferentes instituições”. HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1990, p. 125.

²⁰ Tal teorema afirmaria que as técnicas de produção promoveriam o desenvolvimento não só de determinadas formas de mobilização da força de trabalho, como também, por meio de sua organização social, induziriam transformações nas relações sociais de produção correspondentes. Nesse sentido, o processo de produção seria concebido como uma unidade, de modo que através da mediação das forças produtivas, o homem produziria, a partir de si mesmo, também as relações de produção.

incompatibilidades estruturais entre essas duas ordens; *iv*) essas incompatibilidades provocariam desequilíbrios no modo de produção e deveriam levar a uma subversão nas relações de produção existentes.

No entanto, mesmo nessa interpretação, não ficaria claro no que consistiria *o mecanismo de desenvolvimento* com a ajuda do qual poderemos explicar os novos elementos evolutivos. É nesse ponto que HABERMAS introduz uma distinção no modo como se originam e nos efeitos que suscitam *as duas modalidades do agir social*.

O *agir estratégico e instrumental*, voltado ao controle da natureza, e intimamente associado à difusão e desenvolvimento das forças produtivas. E o **agir comunicativo**, voltado para a integração social e intimamente associado, em sua gênese e desenvolvimento, aos mecanismos de aprendizagem individual e coletiva estruturados intersubjetivamente por procedimentos imanentes aos atos de (*fala*) comunicação.²¹

Conclui-se que a explicitação das forças produtivas atuaria como um mecanismo que cria problemas e, conseqüentemente, abre caminho para a subversão das relações sociais de produção e para uma renovação evolutiva do modo de produção. Mas o importante seria frisar que essa explicitação não a produz. As energias requeridas para tal não estão no *agir instrumental e estratégico* que emana do processo de desenvolvimento das forças produtivas, mas no *agir comunicativo*, imbricado nos processos de integração social.

Nesse ponto, HABERMAS sumariza a discussão do seguinte modo: *a*) os problemas sistêmicos que não podem ser resolvidos sem novos elementos evolutivos surgem no âmbito de base de uma sociedade; *b*) o modo de produção que, em cada oportunidade, se apresenta como superior, designa uma nova forma de integração social cristalizada em torno de um novo núcleo institucional; *c*) um mecanismo endógeno de aprendizagem leva à acumulação de um potencial cognoscitivo que pode ser utilizado para a solução dos problemas sistêmicos geradores de crise; *d*) esse saber só poderia ser

²¹ “O mecanismo de aprendizagem postulado explica o crescimento do potencial cognoscitivo e, talvez, também sua reconversão em tecnologias e estratégias de aumento da produtividade. Ele pode explicar o nascimento de problemas sistêmicos que, quando tornam muito grandes as dessemelhanças estruturais entre forças produtivas e relações de produção, ameaçam a existência do modo de produção. Mas esse mecanismo de aprendizado, não é capaz de explicar como podem ser resolvidos os problemas surgidos. A introdução de novas formas de integração social – como, por exemplo, a substituição do sistema de parentesco pelo Estado – requer um **saber de tipo prático-moral (agir comunicativo)**, não um **saber tecnicamente valorizável**, que possa ser traduzido e implementado em regras de **agir instrumental e estratégico**. Ela requer não uma ampliação de nosso controle sobre a natureza externa, mas um saber que possa se encarnar em estruturas de interação: em poucas palavras, uma ampliação da autonomia social em face de nossa própria natureza interna.” (HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1990, p. 126).

empreendido - provocando um desenvolvimento das forças produtivas - se já se houver realizado *a passagem evolutiva* para um *novo quadro institucional* e uma *nova forma de integração social*. Coloca-se então o problema de *como essa passagem se processa*.²²

Essa lógica nos faz concluir que dificilmente uma classe social ou uma aliança entre forças sociais diversas se constituiria e conduziria uma transformação revolucionária da sociedade - como tanto quis crer o marxismo - exclusivamente ou mesmo por causas determinantemente situadas no plano de uma *crise econômica* (por mais que essa crie abalos nessa sociedade em questão).

A superação de um modo de produção por outro só operará quando forjadas e amadurecidas novas modalidades de aprendizado social e surgidos novos princípios e parâmetros de integração social com base no desenvolvimento das competências do agir comunicativo que emergirá dessa sociedade.

1.1.4 - Consciência Moral, Processos de Aprendizagem e Evolução Social.

Para HABERMAS, o conceito de modo de produção, não obstante sua utilidade possui limitações no âmbito heurístico, sendo insuficientemente abstrato para captar as características universais do processo de desenvolvimento social-humano.²³

Nesse ponto, o autor desconecta-se da tradição marxista, buscando em outras disciplinas - psicologia da cognição e as teorias da linguagem e da comunicação -, uma nova fundamentação teórica capaz de explicar o procedimento de aprendizagem social.

²² “A resposta descritiva do materialismo histórico diz: ela se realiza através de conflitos sociais, através da luta, através de movimentos sociais e choques políticos (que, nas condições de uma estrutura classista, podem ser analisados como luta de classe). Mas só uma resposta analítica pode explicar por que uma sociedade dá um passo evolutivo e como se deve entender o fato de que as lutas sociais levem, em determinadas condições, a uma nova forma de integração social e, portanto, a um novo nível de desenvolvimento da sociedade. A resposta que gostaria de propor soa assim: o gênero aprende não só na dimensão (decisiva para o desenvolvimento das forças produtivas) do saber tecnicamente realizável, mas também na dimensão (determinante para as estruturas de interação) da consciência prático-moral. As regras do agir comunicativo desenvolvem-se, certamente, em relação a mudanças no âmbito do agir instrumental e estratégico; mas, ao fazê-lo, seguem uma lógica própria.” Op. Cit. p. 128.

²³ Em sua opinião os modos de produção podem ser comparados entre si nos seguintes planos: i) a regulamentação do acesso aos meios de produção; ii) a compatibilidade estrutural dessas regras, em cada fase ou momento de desenvolvimento do modo de produção, com o respectivo estágio de desenvolvimento das forças produtivas. No primeiro plano, MARX teria estabelecido uma distinção entre propriedade comum e propriedade privada. Todavia, o ponto de vista da disponibilidade exclusiva dos meios de produção teria por objetivo apenas distinguir as sociedades de estrutura classista daquelas que não possuem estrutura de classe. A limitação surge quando se coloca uma diferenciação ulterior, fundamentada nos graus de afirmação da propriedade privada e das formas de exploração. Neste campo, a utilização do conceito de modo de produção teria se revelado, até o momento, excessivamente imprecisa para permitir comparações inequívocas.

Volta-se, assim, para a pesquisa em torno dos *princípios sociais de organização*, buscando-os no *mais elevado grau abstração*.

Desse modo, os *princípios de organização* (inovações possibilitadas pelos graus de aprendizagem, reconstruíveis segundo uma lógica de desenvolvimento, capazes de institucionalizar um nível de aprendizado da sociedade que se apresenta como novo em cada oportunidade),²⁴ poderiam ser caracterizados, em um primeiro momento, por seu “*núcleo institucional*” - que estabeleceria a forma dominante de integração social em cada situação objetivamente considerada. No entanto, tais núcleos não teriam sido ainda detidamente analisados (pela doutrina) quanto aos seus elementos formais.

Por isso, pareceu mais promissora para HABERMAS a tentativa de classificar as formas de integração social, determinadas por princípios de organização, segundo *características evolutivas*.²⁵

É que o desenvolvimento das *estruturas simbólicas do mundo vital* se explicitaria por três níveis (planos) de comunicação, sucessivos e ordenados hierarquicamente, do inferior (1º) até o superior (3º).²⁶ Nesse último, as *pretensões de validade* apresentadas

²⁴ O *princípio de organização de uma sociedade* delimitaria margens de possibilidade; estabeleceria dentro de quais estruturas seriam possíveis transformações do sistema institucional; em que proporção poderia ser utilizado todo o potencial das forças produtivas disponíveis; em que proporção poderia ser estimulado o desenvolvimento de novas forças produtivas. Desse modo, estabelecer-se-ia até que ponto poder-se-ia aumentar a complexidade sistêmica e a capacidade de direção e controle. Ainda neste ponto, afirma-se que um princípio de organização comportaria regulamentações tão abstratas, que no interior da formação social por ele definida, seriam admitidos mais de um modo de produção funcionalmente equivalente. Como consequência, estabelece que a estrutura econômica de uma determinada sociedade deveria ser investigada em dois planos analíticos: *i)* nos termos dos modos de produção que nela estabeleceram um vínculo concreto; *ii)* nos termos da formação social à qual pertence o modo de produção dominante em cada oportunidade.

²⁵ “Os processos de aprendizagem na evolução social, não podem ser atribuídos nem apenas à sociedade, nem somente aos indivíduos. Na verdade, é o sistema de personalidade que sustenta o processo de aprendizagem da ontogênese; e, de certo modo, são apenas os sujeitos socializados que aprendem. Mas os sistemas sociais podem, a partir das capacidades de aprendizado de sujeitos socializados, constituírem novas estruturas para resolver problemas de direção e de controle que ponham em perigo sua existência. É por isso que o processo evolutivo de aprendizagem das sociedades depende das competências dos indivíduos que dela fazem parte. Tais indivíduos, por sua vez, adquirem suas competências não como mônadas isoladas, mas na medida em que tais competências se explicitam no interior das estruturas simbólicas de seu mundo vital.” (HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1990 p. 135).

²⁶ Inicialmente, teríamos o **1º nível**, que se dá no *plano da interação mediatizada simbolicamente*. Nesse nível, falar e agir seriam ainda articulados no quadro de um único modo de comunicação, determinado em forma imperativa. O significado do símbolo comunicativo e a ação se definiriam reciprocamente, de modo que os participantes sabem que, em princípio, nas relações interpessoais, poderiam mudar de lugar – no entanto, conservam-se prisioneiros de sua atitude prática. No entanto, no **2º nível**, teríamos o plano do *discurso diferenciado em termos proposicionais*, no qual falar e agir se separariam pela primeira vez. A e B poderiam ligar a atitude prática de participantes à atitude proposicional de observadores, de modo que, ambos poderiam não só assumir a perspectiva do outro participante, mas trocar a perspectiva do participante pela do observador. Em razão disso, as duas expectativas recíprocas de comportamento podem se coordenar de modo tal que constituam um *sistema de motivação recíproca*, ou simplesmente um

por *oradores competentes*, comprometidos com uma *ética do discurso*, poderiam ser corrigidas ou não, podendo subsistir correta ou erroneamente. Para HABERMAS, *normas* e *papéis* revelam-se *carentes de justificação* e por isso sua *validade* só pode ser contestada ou fundamentada por referência a “*princípios*”. Tal tipo de operação sujeita a condições argumentativas muito peculiares, de forte inflexão política e moral, é hoje claramente observada no âmbito das chamadas *Cortes* ou *Tribunais Constitucionais*.

Conforme esse raciocínio estabelecer-se-iam os conceitos fundamentais de uma *teoria genética da ação*, com duas possíveis leituras: *i)* poderiam referir-se às competências adquiridas por um sujeito capaz de linguagem e ação e adequadas a um sistema simbólico, ou; *ii)* poderiam referir-se à infraestrutura dos sistemas de ação.

HABERMAS prefere à segunda. Em seguida distingue as instituições que regulam os casos normais, alinhando-as de um lado; e no oposto, as instituições particulares que em *situações de conflito*, reconstituíram a intersubjetividade da compreensão ameaçada – por meio do Direito e da Moral.²⁷

Assim, nos conflitos regulamentados em bases consensuais, entrariam em jogo *estruturas* que emprestam sua marca à *consciência moral do indivíduo* e ao *sistema moral e jurídico da sociedade*. Caberia a essas estruturas definir o *núcleo fundamental das estruturas gerais da ação* referidas acima, que na condição de *representações de justiça*, cristalizam-se em torno da chamada “*relação de reciprocidade*” - fundamento de todas as interações possíveis.

HABERMAS elaborou sua teoria dos graus (ou níveis) de competência interativa buscando uma formulação com grau de generalidade e abstração suficientes para explicar a evolução histórica em sua sucessão de modos de produção de forma correspondente à evolução da capacidade de aprendizado social do gênero humano.²⁸

papel social. Nesse nível, as ações se separariam das normas. Por fim, o **3º nível** se daria no plano do *discurso argumentativo*, no qual poderíamos problematizar as pretensões de validade que ligamos aos atos linguísticos. Isto se daria na medida em que, no âmbito de um “*discurso*”, motivamos afirmações ou justificamos ações, damos tratamento às asserções e às normas – que fundamentam as ações – em termos hipotéticos.

²⁷ Tal modelo institucional é o mesmo adotado, por exemplo, pela CF/88, quando deu ao STF a competência para dar a última palavra sobre a interpretação/aplicação da Constituição e a tutela dos direitos fundamentais. Competência para arbitrar conflitos geradores de crises sistêmicas em face da necessidade de integração política e social.

²⁸ “Na tradição de pesquisa inspirada em PIAGET, foram encontrados – como se sabe – *graus de desenvolvimento da consciência moral* que correspondem aos *graus de competência interativa*. Ao **nível pré-convencional** – no quais ações, motivos, sujeitos de ação são percebidos ainda num único plano de realidade –, quando ocorrem conflitos de ação, são avaliadas apenas as conseqüências da ação. No **nível convencional**, os motivos podem ser avaliados independentemente das concretas condições da ação; decisiva é a conformidade a um determinado papel social ou a um sistema existente de normas. No **nível**

Como afirmamos, ele introduziu uma distinção entre *estruturas gerais de ação*, que estariam na base das condições normais de escassa conflitualidade, e as *estruturas centrais*, que estariam na base da regulamentação consensual de conflitos (como ocorre no âmbito da *jurisdição constitucional* contemporânea). No entanto, admite que *tais estruturas morais da consciência* pudessem encontrar expressão na simples avaliação ou na solução ativa de conflitos de ação. Por isso, ao buscar distinguir *níveis de integração social*, entende oportuno separar: *i)* estruturas gerais de ação; *ii)* estruturas de imagens do mundo, na medida em que sejam determinadas pela moral e pelo direito; *iii)* estruturas do direito institucionalizado e das representações morais vinculantes. Em seguida, aplicou esse esquema às formações sociais mais gerais correspondentes aos diversos modos de produção.²⁹

Com isso, parece que conseguiu atingir o grau de abstração e generalidade que faltava à tradição teórica do materialismo histórico para sustentar de forma convincente uma *teoria geral da evolução do gênero humano*.

Desse modo, aplicando-se o referencial teórico exposto ao nosso objeto de investigação, temos que: *a)* de fato, o materialismo histórico se mostra talhado para explicar a evolução do modo de produção capitalista e do Estado patrimonial constituído aqui sob a ação colonial portuguesa; *b)* tem, no entanto, dificuldade para explicar o modo de constituição e reprodução de uma forma de agrupamento político (*estamento*)

pós-convencional, esses sistemas de normas perdem sua validade natural-espontânea e necessitam de justificação a partir de pontos de vista universalistas.” HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1990, p. 136.

²⁹ **Sociedades neolíticas:** a) sistema de ação estruturado em termos convencionais (a realidade simbólica é graduada de acordo com planos de ação e planos normativos); b) imagens míticas do mundo, ainda imediatamente articuladas ao sistema de ação (com modelos convencionais de solução para conflitos morais de ação); c) regulamentação jurídica dos conflitos a partir de pontos de vista pré-convencionais (avaliação da consequência das ações, compensação dos danos delas derivados, reconstituição do status quo ante). **Primeiras grandes civilizações:** a) sistema de ação estruturado em termos convencionais; b) uma imagem mítica do mundo – separada do sistema de ação – que assume função de legitimação para detentores de posições de poder; c) regulamentação dos conflitos a partir de pontos de vista de uma moral convencional, ligada à figura jurisdicional ou de representante da justiça do detentor do poder (avaliação com base em intenções, passagem da represália à pena, da responsabilidade coletiva à responsabilidade individual). **Grandes civilizações desenvolvidas:** a) sistema de ação estruturado em termos convencionais; b) ruptura com o pensamento mítico, formação de imagens racionalizadas do mundo (com representações pós-convencionais do direito e da moral); c) regulamentação dos conflitos a partir do ponto de vista de uma moral convencional desvinculada da pessoa de referência do detentor do poder (sistema desenvolvido de jurisdição, direito dependente da tradição mas sistematizado). **Época moderna:** a) âmbitos de ação estruturados em termos pós-convencionais: diferenciação de um âmbito de agir estratégico regulamentado de modo universalista (empresa capitalista, direito privado burguês). Encaminhamento da formação de uma vontade política, motivada em termos de princípio (democracia formal); b) doutrinas de legitimação de composição universalista (direito natural racional); regulamentação dos conflitos a partir do ponto de vista de uma rigorosa separação entre legalidade e moralidade; direito geral, formal e inteiramente racionalizado, moral privada guiada por princípios. Op. Cit. p. 137-138.

que se apropriou desse Estado ditando-lhe o sentido (*capitalismo politicamente orientado*), bem como para explicar a manutenção de *estruturas institucionais e de personalidade* fundadas em uma *cultura do privilégio*, como o nepotismo; *c*) a prefiguração *milenarista* do materialismo histórico (em sua variante marxista) sobre a classe revolucionária, o papel de vanguarda do proletariado e seus dirigentes, se viram aqui desmentidos; *d*) já a sua recepção renovada (HABERMAS), ao dissociar *razão instrumental e comunicativa*, explica porque entre nós o quadro institucional não evoluiu com as forças produtivas, nos moldes dos países centrais. Mas há esperança que isso ocorra, já que essa possibilidade, ligada a um *processo de moralização dos motivos da ação*, foi por HABERMAS demonstrada; *e*) claro está que antes mesmo de discutirmos as relações entre *moralidade e direito*, constata-se o desenvolvimento de uma *consciência moral* associada ao processo de evolução social e a aptidão para utilizá-la como critério de tomada de decisões ligada a um *sistema de papéis (forma de vida humana)* que nos permite perceber, além de nossos próprios interesses, os *do outro*, e avaliar a situação comunicacional de conflito, de duas perspectivas diferentes (do *participante* e do *observador*); *f*) a demonstração do desenvolvimento das faculdades morais associadas ao aperfeiçoamento do *agir comunicativo*,³⁰ estabelecido no âmbito institucional que avalia *normas e papéis* em razão da sua capacidade para satisfazer exigências políticas estabelecidas por *princípios* (em um plano de comunicação *pós-convencional* de 3º nível), permite-nos concluir que nossa forma contemporânea de *jurisdição constitucional*, pelo *acoplamento estrutural* que promove (por intermédio da Constituição) entre o sistema jurídico e os demais (especialmente o político), está capacitada para garantir a evolução de nossas instituições – de modo a delas excluir práticas patrimonialistas e, de modo especial, o nepotismo.

No entanto, alguns dos fenômenos aqui discutidos³¹ possuem tal grau de especificidade, que requerem a apreciação de outros postulados, mais adaptados ao nosso objeto, a seguir apresentados.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1989.

³¹ Sistema jurídico-normativo, *autopoietis*, fechamento operacional e abertura cognitiva, código jurídico, normatividade dos princípios constitucionais, articulação entre moral e direito e entre ciência jurídica e demais ciências sociais, etc.

1.2 - Sistema Jurídico e Autopoiesis

Manifestações do Judiciário sobre o nepotismo interessam-nos na investigação dessa prática no Brasil. Incluem-se tanto as manifestações decorrentes da “provocação” da função jurisdicional, quanto à atuação administrativa ou o pronunciamento de membros desse poder e suas respectivas organizações de classe.

Ocorre que a análise (e interpretação) demonstra-se irrealizável teoricamente sob um enfoque puramente normativo, com base em sua estrutura e competências (constitucional e legal). Por outro lado, parece-nos insuficiente uma reconstrução estritamente histórica, cronológica dos embates entre o Judiciário, os demais Poderes e a sociedade civil de um modo geral. Já enumerações analíticas, usualmente referidas nas ciências políticas, onde os Poderes e Instituições-chave são reduzidos a mínimos componentes, possibilitando a comparação de estratégias de ação e perspectivas de negociação, afiguram-se inúteis, por aterem-se a aspectos gerais internos (decorrentes de conflitos inter-corporativos) e tendências no plano político-administrativo.

Daí porque optamos seguir pela sociologia do direito, amparada na teoria geral dos sistemas, de modo especial na companhia de NIKLAS LUHMANN, cuja conceituação do direito como “*sistema*”, dotado de “*fechamento operacional*” e de “*abertura cognitiva*”, mostra-se metodologicamente bastante interessante, na descrição e enquadramento da atuação de nosso Judiciário na dinâmica da tolerância e combate de práticas patrimonialistas, em especial, do nepotismo. Isso pelo modo (ambíguo e contraditório) que processa internamente a questão e manifesta-se “externamente”, na relação com outros subsistemas (sobretudo, o político) - já que o sistema jurídico compreende, ele também, um subsistema do *sistema geral da sociedade*.

1.2.1 - Uma Descrição (genérica) da Teoria dos Sistemas segundo Niklas Luhmann

Segundo LUHMANN,³² o *conceito de sistema social* referencia-se na teoria geral dos sistemas, onde são cabíveis três níveis de análise: **i)** dos sistemas; **ii)** das máquinas, organismos, sistemas sociais, e psíquicos; **iii)** dos sistemas sociais divididos em: **a)** interações; **b)** organizações; **c)** sociedades.

³² LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general**. México: Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Xavier Clavigero; Centro de Informacion Acadêmica, 1998.

Para o autor³³ só é possível falar-se de sistemas sociais na medida em que seja observado esse esquema de análise. Assim percebe-se que um sistema social não pode definir-se por um todo composto de partes relacionadas entre si - “totalidade concreta”, “síntese de múltiplas determinações”, em linguagem hegeliana³⁴ ou na versão disseminada por Saussure. É que na perspectiva sistêmica, a referência desloca-se, passando a se constituir por uma “*diferença*”, fixada na relação *sistema/entorno* - que se estabelecem reciprocamente como premissas incontornáveis para o *mecanismo de operações auto referenciais do próprio sistema*.

Nesse sentido, um sistema social se define na medida em que se distingue do *entorno*, mantendo-se *operacionalmente fechado*. Por isso, pode produzir por si, seus respectivos *elementos e estruturas*.³⁵

A sociedade moderna, com *âmbitos de ação plenamente formalizados*, estrutura-se na forma de *sistemas autopoieticos*. E o Direito constituiria um desses sistemas, de modo que sua compreensão implicaria no entendimento do modo pelo qual o “sistema jurídico” operacionaliza sua diferenciação, com relação ao seu “entorno”.³⁶

Conforme essa concepção, tudo o que existe no interior de uma sociedade como a moderna pertence a algum sistema ou ao seu entorno. E a real localização de um objeto ou fenômeno só é possível mediante um “*ato de determinação*” ao qual corresponde um “*ato de redução*”. Assim, a cada observação, descrição e conceituação (de determinado fenômeno), faz-se necessária a indicação de um referencial, fixando-se o evento como um momento do *sistema* ou do *entorno*.

³³ Nesse tópico e no seguinte usaremos as contribuições de Giovani Agostini Saavedra, que, em excelente trabalho, discorreu sobre o conceito de sistema elaborado por NIKLAS LUHMANN e suas conexões com as formulações de outros autores contemporâneos, especialmente DWORKIN, ALEXY e HABERMAS. (SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006).

³⁴ HEGEL, G.W.F. **Introdução à história da filosofia**. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1980, p.65-66.

³⁵ LUHMANN não admite em sua teoria a possibilidade de que indivíduos sejam capazes de problematizar questões da sociedade como um todo, de modo que seria incorreto considerá-los como objeto de estudo na medida em que suas ações estariam sempre determinadas por sistemas. Afinal de contas, seguindo de perto os passos de TALCOTT PARSONS, acredita que toda ação individual se dá no interior de um sistema, por decorrência do próprio processo de socialização, daí porque concordar com a máxima de PARSONS, segundo a qual, ação é sistema (“action is system”).

³⁶ “A nova teoria dos sistemas tem como pressuposto central a relação entre sistema e entorno. Essa opção metodológica tem consequências muito mais importantes para o desenvolvimento de toda teoria luhmanniana do que simplesmente uma nova impostação terminológica. Determinar como referência de toda a análise funcional uma diferença entre sistema e entorno garante que a análise não se limitará somente ao sistema, por exemplo. Pelo contrário, a análise sempre dirá respeito à criação de equivalentes funcionais por parte do sistema como uma contrapartida operativa frente à complexidade que existe entre o sistema e o entorno.” (SAAVEDRA, Agostini Giovani. **Jurisdição e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 30-31).

Evidente que não se admite a distinção como ontológica, com referencia à realidade imediata, não se podendo fixar o ponto exato onde começa ou termina o *sistema* e o *entorno*. É que sendo essa distinção correlata à observação, é essa última que a introduzirá na realidade. Daí porque ser unânime a posição de que mesmo a distinção entre sistema e entorno seria “*produto das operações do sistema.*”

A *autopoiésis* consiste exatamente no movimento de (auto) diferenciação entre sistema e entorno e a identificação de um sistema dependeria da compreensão dessa operação.

1.2.2 - Autopoiésis: Diferenciação entre Sistema Jurídico e o seu Entorno

Um sistema deve ser compreendido como “operativamente fechado”, na medida em que gera e reproduz suas próprias operações, garantindo-se que os novos elementos a serem processados dependam das operações anteriores, as quais constituiriam pressuposto para novas operações (LUHMANN). Essas operações consistiriam na movimentação de mecanismos de antecipação, previamente dispostos, que respondessem adequadamente aos problemas sistêmicos, garantindo-se a manutenção da identidade/autonomia do sistema, que só pode relacionar-se com o seu entorno por um processo de diferenciação (*autopoiésis*).

Conhecer as conseqüências do *fechamento operacional* do sistema jurídico implica determinar o conteúdo e a extensão das questões afetas ao direito, à justiça e aos critérios de decisão utilizados por *membros de uma seleta corporação especializada em direito*. Indivíduos esses que não se notabilizam por apresentarem visões criativas e independentes, mas por constituírem parte de um sistema que lhe atribui sentido.

Quando se fecha operativamente, é necessária a criação de uma referência interna, que se constitui no “**código jurídico**”, marco a partir do qual o sistema jurídico consegue observar e tematizar o seu entorno. Assim, a intervenção do poder jurisdicional deve ser compreendida como uma “*forma de observação jurídica*”.

Mas, na medida em que esse código coloca-se como ponto de partida do sistema, essa opção também o transforma numa espécie de “*ponto cego*”. Porque, segundo a doutrina, sendo sua observação guiada por pressupostos voltados à constatação da validade dos enunciados por ele processados, essa se basearia exclusivamente por um código binário (reductor de complexidade), constituído pela distinção *legal/ilegal*. A

vulnerabilidade do procedimento de observação decorreria da incapacidade do observador em constatar se sua observação, ela própria, seria legal ou ilegal.

Outra limitação estaria na incapacidade do sistema jurídico para tematizar diretamente problemas sociais, valores políticos ou “*formas de vida boa*”, que os indivíduos de determinada comunidade eventualmente compartilhem e tenham expectativas de reconhecimento pelo sistema - o que seria impossível na medida em que esses elementos estariam situados no entorno do sistema.³⁷

Contudo, voltando à noção de *autopoiesis*, ela está associada ao *conceito de observação*. Nessa perspectiva, o sistema se (auto) reproduz de forma cega, na medida em que a *autopoiesis* ignora o tempo e o objetivo de sua reprodução, simplesmente “acontecendo”, como se verifica na produção do direito.

Segundo LUHMANN, a apreciação das operações (do sistema) só estão acessíveis aos admitidos como observadores, e também a observação, constituiria um tipo de operação de algum sistema. Com isso, conclui-se que o sistema jurídico pode ser observado tanto de uma perspectiva *externa*, quanto *interna*, pelo *jurista* ou pelo *sociólogo*.³⁸

Todavia, diversamente das teorias jurídicas, o destinatário da sociologia não seria o sistema jurídico - mas o *sistema da ciência*.

Assim LUHMANN renuncia a quaisquer implicações normativas como consequência de sua reflexão sobre o sistema do direito, frisando que elaborou uma teoria sociológica do direito e não uma teoria do direito.

Tanto a teoria jurídica quanto a sociologia ligam-se ao mesmo objeto, no entanto, de perspectivas distintas. Ambas reconstróem-no com base em uma observação fornecida pelos respectivos códigos binários instituídos em cada um dos sistemas.

³⁷ Daí porque, os problemas advindos do fechamento operacional do sistema serão compensados pela capacidade desse mesmo sistema para reconstruir esses elementos a partir do seu código interno – em detrimento de valores problematizados no âmbito da esfera pública, e abrindo espaço para questionamentos referentes à necessidade de introdução de alguma modalidade ou mecanismo de legitimação democrática em face do sistema jurídico.

³⁸ No entanto, ambos concluiriam que o sistema jurídico, como qualquer sistema, observa a si mesmo, devendo ambos respeitar os enlacs dos seus respectivos sistemas. Admitiria então o sistema jurídico tanto uma observação jurídica quanto uma observação sociológica. LUHMANN ressalta que o fato da observação jurídica ser externa não autoriza os sociólogos a ignorarem a visão dos juristas e da teoria do direito, insistindo que os sociólogos devem descrever o direito a partir do modo como ele é compreendido pelos juristas.

1.2.3 - Princípios Constitucionais e Parâmetros de Reconhecimento

Poderíamos afirmar que, para LUHMANN, a sociologia não identificaria âmbitos de validade superiores ou concorrentes ao sistema do direito e à ordem legal. O direito possuiria capacidade de autoverificação, de modo que, enquanto isso ocorrer, nada que aspire reconhecimento jurídico pode se constituir.

No entanto, o autor percebe que cada vez mais decisões, inclusive colegiadas (Tribunais do Estado e Cortes Constitucionais), são fundamentadas em elementos aparentemente *extralegais*, referidos a aspectos morais, circunstâncias políticas, imperativos econômicos, necessidades sociais ou alguma identidade cultural.³⁹

Como afirmamos, a prevalência da normatividade dos princípios sobre as demais espécies legais está no desenvolvimento de estruturas de consciência prático-morais fundadas no chamado *nível pós-convencional de consciência moral*. Um imperativo desenvolvido no âmbito evolutivo, desencadeado pela modernidade ocidental, decorrente da progressiva racionalização das imagens de mundo, submetidas a processos intersubjetivos de justificação discursiva.

Ocorre que, sobretudo após a 2ª guerra mundial, inúmeras Cartas constitucionais positivaram uma constelação principiológica, representativa do ideário civilizador compartilhado pela humanidade nos últimos 25 séculos. Princípios que costumam compor o catálogo do que o Direito Constitucional da maioria dos Estados tem por “direitos fundamentais”, e que os tratados internacionais chamam “direitos humanos”. Princípios que, ao serem positivados, tornaram-se exclusivamente jurídicos, internos ao sistema, desconectados de sua ambiência de origem (entorno), visto que “replicados” pelo sistema do direito.

Ou seja, conforme o entendimento da própria teoria dos sistemas, as concepções de moralidade do entorno do sistema jurídico, nunca poderão corresponder ao princípio da moralidade positivado na Constituição, em suas conseqüências normativas.

No entanto, se, de fato, a “*moralidade jurídica*” não se confunde com a *moralidade em geral*, por outro lado, a positivação do princípio da moralidade no texto constitucional confere ao interprete/aplicador do direito, a faculdade de, no momento de proceder a uma determinada *operação*, um *ato de reconhecimento*, utilizar-se da abrangência semântica do princípio para selecionar do entorno do sistema tudo o que

³⁹ Esse fenômeno decorre de um movimento teórico e doutrinário referente grau de normatividade conferido pelos modernos sistemas constitucionais aos chamados “princípios”, que será adiante abordado.

entende justificável e disponível. Fundamentando sua decisão na moralidade jurídica, no caso concreto, pode ele *justificar discursivamente* essa incorporação (de elementos do entorno) em face dos princípios (*tópoi*) recolhidos do texto constitucional - já que as fronteiras entre o sistema e seu entorno são definidas e redefinidas em cada operação de *autopoiesis*.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a positivação dos princípios provocou uma modificação estrutural nos sistemas jurídicos contemporâneos, permitindo uma maior discricionariedade na delimitação (do *sistema* e do seu *entorno*) em cada operação.

Do ponto de vista estrito da teoria dos sistemas, como concebida por LUHMANN, podemos afirmar que os princípios constitucionais positivados converteram-se em verdadeiros “*parâmetros (ou regras) de reconhecimento*,”⁴⁰ na definição do que está dentro ou no entorno do sistema jurídico. Isso possibilitou a incorporação, por esse sistema, de muitos temas, até recentemente tidos por extra-legais.

Em contrapartida, tem se verificado uma ampliação sem precedentes da intervenção do sistema jurídico em diversos âmbitos de ação, que, colonizando novas regiões, institucionaliza um processo de “judicialização” do que HABERMAS chamou por “*mundo da vida*”.

A reflexão em torno de autores identificados com o pós-positivismo mostra-se compatível com as interpretações propostas pela teoria dos sistemas, de LUHMANN, com o que também acorda HABERMAS em muitos aspectos. Exceção feita para a legitimação democrática do direito, irrelevante para LUHMANN (que acredita que o direito se auto-legitima exclusivamente por respeito aos procedimentos, “*estrutura-operação*”).

1.2.4 - Reflexão Jurídica como Exigência de Consistência na Decisão

O conjunto da produção intelectual no âmbito do sistema jurídico constitui-se de esforços interpretativos com o intuito de adensar os conceitos fundamentais, testar possibilidades de aplicação dos princípios e standardizar regras de decisão, *corrigindo-se generalizações demasiadamente extensas, por um esquema de regra/exceção*.

Analisando-se a questão na perspectiva interna ao sistema, essa produção intelectual pode ser percebida como *exigência de justiça*, desde que se tenha claro que o

⁴⁰ Termos aqui utilizados em sentido muito próximo daquele conferido por HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 111-121.

conceito de justiça é tomado aqui em sentido basicamente *procedimental*, e corresponde à ideia de *exigência de consistência na decisão* - excluindo-se qualquer sentido referenciado em *algum valor moral de justiça exterior ao sistema*.

O “*princípio da justiça*”, positivado, se estrutura na forma de um *equivalente funcional* da “*justiça moral*” - reconstruído a partir do próprio sistema jurídico. E a “*ideia de justiça*” é atualizada a cada *operação* por meio da qual realiza a sua *autopoiésis*. Assim a *multiplicidade de teorias*, desenvolvidas a partir do sistema jurídico, são produto dos *requerimentos de consistência observados na prática judiciária* - e de forma alguma tentativa de se definir a unidade do direito enquanto sistema. No jargão luhmanniano são teorias jurídicas, mas não teorias do Direito.⁴¹

Conclui-se que *a tradição do pensamento jurídico* não fornece distinções constituintes do direito, mas as elabora no exercício cotidiano desse. O movimento de diferenciação do direito (*autopoiésis*) - onde reside sua unidade - deixa claro que o sistema produz todas as distinções e descrições requeridas em suas operações.

1.2.5 - A Positividade do Direito segundo Luhmann

A sociologia do direito define sua positividade pela efetividade da decisão jurisdicional ou administrativa. Direito positivo é aquele posto, com validade decorrente de uma decisão. Assim o direito vale em razão de uma sentença judicial - em oposição a qualquer princípio supremo, fundamento metafísico ou à tradição.

A aplicação da teoria de LUHMANN conduz a constatações inquietantes, ao percebermos que *a produção do direito desconectou-se da função legislativa*, sendo absorvida pelo sistema jurídico, que passou a produzi-lo no âmbito de sua *autopoiésis*.

Esse *fechamento operativo* teria resultado do processo evolutivo do direito - no âmago da modernidade ocidental -, que culminou num *movimento de diferenciação do sistema jurídico*, à semelhança de outros sistemas da sociedade.

Para reproduzir-se, esse sistema (jurídico) necessita incitar *operações* capazes de estabelecer a *diferença* em relação a um *entorno*, aquém do qual fixa a sua *autonomia*. O

⁴¹ “Entretanto, LUHMANN observa que todas essas teorias jurídicas representam avanços importantes que não podem ser descartados. Exatamente para demonstrar toda a potencialidade dessas teorias jurídicas, LUHMANN entende que elas devem ser reconstruídas a partir de uma nova teoria do direito. Essa nova teoria deve valer-se dos avanços teóricos da teoria dos sistemas. Com sua ajuda, podemos afirmar que as diversas teorias jurídicas são distinções que o próprio sistema jurídico cria para orientar suas próprias operações provendo-as de capacidade de observação”. (SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36).

direito torna-se mutável, dramaticamente adaptativo (característica comum aos sistemas superiores) às *irritações ambientais*.

Essa evolução parece marcar algum nível de ruptura em relação à tradição influenciada pelo direito natural - que definia como arbitrário o direito positivo. O direito da modernidade *é positivo* na medida em que se (auto) descreve como tal.

No entanto, diante da *dinâmica constitucional contemporânea*, de renovação da dogmática, *a fundamentação do direito irradia-se de tal modo do texto constitucional*, que o sistema jurídico passa a dispor da regulação de seu próprio processo de mudança (“*adaptação*”).

A observação do direito pode ser empreendida por juristas ou por sociólogos. Ambos, de modo geral, concordam que ele é sistema. Mas têm uma compreensão muito distinta acerca do “*sistema do direito*”.

CANOTILHO, por exemplo, define a ordem jurídico-constitucional como “sistema normativo aberto de regras e princípios.” LUHMANN rejeita a definição de sistema como conjunto de regras (normativismo kelseniano), de regras e princípios (DWORKIN, CANOTILHO), ou de regras, princípios e procedimentos (ALEXY). Na opinião desse autor “*a ideia de sistema e o conceito de direito estariam limitados à estrutura.*”⁴²

Disso deduzimos uma percepção peculiar do fenômeno “tempo”, porque, se a diferenciação entre o sistema e o entorno dá-se com a movimentação da *autopoiesis*, *tudo deve acontecer no presente*. Tal perspectiva seria também imanente a algum *observador*, na medida em que a observação sempre constituirá (ela também) uma *operação*, circunscrita ao presente. E só nesse momento é possível perceber mudanças no nível da estrutura.

Percebe-se assim que o *fechamento operacional* institui uma *relação de circularidade entre operações e estruturas*. Reciprocamente dependentes, uma operação só poderá referir-se a outra pela constituição de estruturas - cuja produção, por sua vez, também necessitará de estruturas, pondo em marcha a *autopoiesis*.

⁴² “Por sistema LUHMANN entende que o sistema jurídico (por ser um subsistema do sistema sociedade), seria um emaranhado de operações fáticas que, como operações sociais, devem ser comunicações, independentemente do que estas comunicações afirmem a respeito do direito. As comunicações, por outro lado, criam e conservam as estruturas. Dessa forma, as estruturas adquirem outra função. Elas são necessárias para que as operações aconteçam, porém o direito é fruto das operações, não das estruturas. As comunicações estabelecem condições para as operações seguintes e que com isso conservam ou modificam as estruturas. Dessa maneira, os sistemas *autopoieticos* são sempre históricos”. Op. Cit. p. 39.

A *observação* seria uma *distinção*, cabendo ao sistema determinar em cada situação qual delas movimentar - se informação, ato de comunicar, ato de entender, etc.

Poderíamos dizer que o sistema auto-observa quando programa operações e se auto-descreve enquanto tal, na medida em que se diferencia do entorno (por *operações*). Assim, a auto-referência o descreveria sempre como objeto - já que sua identidade depende da diferenciação quanto aos demais.

A hetero-referência endereça-se sempre ao entorno. Por isso LUHMANN só reconhece a atuação da *autopoiésis* e do fechamento operacional quando as operações adquiriram a capacidade para se auto-reproduzirem, e, por elas, *o sistema*. Operações que acabariam por construir “*unidades emergentes*”, com objetivo de gerar condições para a *redução da complexidade sistêmica*.

1.2.6 - A Função Jurídica e o seu Código Específico

LUHMANN crê que para o sistema jurídico produzir estruturas diferenciadas, ele deve identificar, no sistema social, o surgimento da *função jurídica* e seu *código específico (legal/ilegal)*. Assim, a função do direito é reconhecida quando as operações orientam-se por normas, servindo o código de “filtro”, que viabiliza a reconstrução de *equivalentes funcionais* das estruturas sociais. Nesse sentido, o sistema *reconstruiu/replicou* “a criança e o adolescente” no *equivalente funcional* expresso pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse expediente, exclusivamente, transforma o direito em mecanismo histórico, sensibilizando-o para as demandas sociais.

Não há outro modo de reconhecimento das comunicações jurídicas, senão pela percepção da atuação articulada desses dois elementos (*função e código do direito*), de onde se deduz a autonomia do sistema jurídico diante de seu entorno.

Quando o sistema se importa com algum fato ou *standard* do seu entorno, passa a requerer legitimação interna, condição de reconhecimento da temática pelo mesmo.

Esvai-se aqui qualquer ideologia de atribuição de legitimação democrática ao sistema jurídico. Isto porque, toda *a construção de sentido* se realiza internamente, de modo que valores e princípios de *outros sistemas parciais da sociedade* serão necessariamente reconstruídos pelo código jurídico. Só as comunicações previamente filtradas por esse binômio (*legal/ilegal*) serão admitidas no sistema jurídico, sendo a determinação hábil para tornar o “fato” jurídico decorrente do *código desse sistema*.

Também as modificações por ventura empreendidas, devem-se ao arranjo interno do sistema jurídico. Tal mecanismo possui potencial político de contenção e administração de demandas do entorno. A *solicitação de modificação*, independentemente de sua origem (sindicatos, partidos políticos, movimentos populares, associações), só estará apta à produção de efeitos nesse sistema, com a *indicação da norma a ser modificada*. E ainda que seja processada, dificilmente seguirá os parâmetros dessa solicitação, sendo reconstruída internamente por um *equivalente funcional*, adquirindo a forma de uma *norma*.

Só a norma que preenche os requisitos e condições do sistema para ser considerada jurídica pode ser *interpretada e aplicada* como tal.

As comunicações jurídicas nada dizem com relação ao conteúdo, e, ainda que movimentos sociais e populares exerçam pressão para a positivação de um tema, a ocorrência disso importa em vitória parcial. Porque, ainda que a reivindicação vire norma, seu conteúdo não será positivado, só podendo ser definido nos diversos momentos de *autopoiésis* do sistema jurídico.⁴³

O direito reconstrói reivindicações por meio de equivalentes funcionais (*normas*), interpretando-os de modo que os efeitos decorrentes estejam conforme os mecanismos internos do sistema jurídico. E mesmo quando esse se utiliza de termos correntes na sociedade, como *trabalho, bem-estar, moradia, saúde, educação*, etc., seu sentido é reconstruído. Desse modo, *pode até se ter a impressão de que se está falando da mesma coisa, mas de fato, estar-se-ia falando de coisas bem diferentes*.

1.2.7 - Fechamento Operacional e Relações com o Sistema Político

O fechamento do sistema jurídico é total para LUHMANN, inclusive em relação ao sistema político. O direito decorre de sua *autopoiésis* e não *da pena do legislador*.

Por isso os sistemas, jurídico e político, usam códigos distintos na reconstrução da realidade circundante (do entorno), produzindo sentidos igualmente distintos.

⁴³ “Aqui se deve ter como pressuposta a opinião de LUHMANN acerca da positividade do direito. A positividade do direito consiste em que o direito passa a valer em função de uma decisão. O direito não tem mais um fundamento superior que lhe dê sentido. E o sentido é construído historicamente. O direito é sempre novo a cada operação. O direito nunca reage da mesma forma ao estímulo ou irritação do entorno. Por isso, LUHMANN afirma que, na terminologia de HEINZ VON FOERSTER, o sistema do direito não se caracteriza como uma máquina trivial que transforma sempre da mesma maneira *inputs* em *outputs*, mas sim como uma máquina que põe em jogo seu estado em cada operação e, por isso, constrói em cada momento operativo uma nova máquina.” Op. Cit. p. 42.

Há nesse ponto, uma discussão em torno da *ontologia* do código.

Para LUHMANN, ele não poderia remeter a nenhuma norma ou princípio superior, sendo acessível somente a uma observação de segunda ordem - e apenas nesse nível representaria a unidade do sistema, visto que, o código mesmo, não corresponderia a norma alguma. Seria simplesmente a estrutura de um mecanismo de reconhecimento e atribuição da *autopoiesis* da sociedade. Daí porque, com base nele, a comunicação jurídica poderia articular-se. E sendo utilizado no nível de uma observação de segunda ordem (*observação dos observadores*), permaneceria indiferente ao que os observadores de primeira ordem (autores e réus) compreendem como justo ou injusto.⁴⁴

A unidade do direito resultaria de uma observação e/ou descrição do próprio sistema em termos de auto-referência, ou por um sistema externo nos termos da hetero-referência - não sendo um mero componente das operações que realiza.

Por isso o fechamento operativo é a condição de abertura (cognitiva) do sistema jurídico, que deve ser capaz de observar o seu entorno a partir de uma distinção, e decidir, não cerceando o acesso à justiça - direito fundamental -, sem recorrer a uma moral prática fundamentada “exclusivamente” sobre argumentos morais.

Assim, auto-referência e hetero-referência devem realizar-se conjunta e articuladamente, por um fechamento normativo que torne possível uma *abertura cognitiva*. Isso implica que o sistema jurídico seja capaz de gerar informações a partir da posição de hetero-referência, de modo que tudo o que estabeleça contato com o mesmo seja percebido/reconhecido como norma.

⁴⁴ “Algo justo, para o observador de segunda ordem, é aquilo que é conforme o código no lado positivo da forma (legal). Portanto, somente neste nível acontece o fechamento operacional do sistema jurídico e sua unidade de fechamento *autopoietico*. A unidade do sistema jurídico não está pressuposta como pensava KELSEN, o direito não a requer tampouco, para sua execução operativa, nenhuma estrutura hierárquica que tenha função de garantir a unidade do direito através de uma norma superior (*Grundnorm*), ou através de uma lei preeminente (*VERFASSUNG*), ou uma instância suprema. Tais representações têm sentido como descrições do sistema dentro do sistema, porém não dependem de que se realize a comunicação no sistema do direito: que sejam compreendidas e obedecidas. A unidade do sistema não pode ser introduzida no sistema.” Op. Cit. p. 43.

1.3 - Pós-Positivismo, Normatividade dos Princípios, e a Tese da Vinculação entre Direito e a Moral

Objetivamos uma investigação tanto histórico-sociológica, quanto jurídico-normativa, sob uma perspectiva multidisciplinar, que acreditamos seja bem vinda ao mundo do direito.

Nossa proposta evidentemente não encontraria guarida na perspectiva metodológica exposta pelos expoentes do normativismo jurídico tradicional – especialmente Kelsen. Talvez por isso, estejamos aqui a nos situar no âmbito do chamado *pós-positivismo*.

A expressão “pós-positivismo” denota hoje muito mais uma posição (crítica ao normativismo de Kelsen), do que um entendimento teórico-doutrinário sedimentado. Não parece tratar-se propriamente de uma doutrina ou uma teoria adequadamente estruturada, com seus postulados conceituais mais importantes definidos e justificada.

Em nossa compreensão, trata-se meramente de um “*campo teórico*”, marcado por um embate assistemático com a tradição normativista do positivismo. A expressão “campo” pode ser entendida como espaço de embate e produção, em uma aproximação analógica com conceito de “*plano de imanência*” formulado no âmbito da filosofia por GILLES DELEUZE E FELIX GUATTARI.⁴⁵

De qualquer maneira, encontra-se entre autores⁴⁶ que se auto-referenciam no pós-positivismo algumas identidades temáticas e afinidades com relação a algumas posições elementares.

Dentre essas destacamos a questão referente à normatividade dos princípios; a relação entre o direito e a moral; e as questões envolvendo a discussão em torno da legitimidade do direito nas sociedades contemporâneas.

Com relação ao problema da normatividade dos princípios – talvez o tema que hoje mais unidade proporcione a esse campo teórico denominado pós-positivismo -, buscamos fazer uma breve reconstrução sobre as principais circunstâncias e autores envolvidos na polêmica.

⁴⁵ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. **O que é a filosofia?** Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In. BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

No que diz respeito às discussões envolvendo a relação e/ou articulação entre direito e moral, ou a vinculação do ordenamento jurídico a determinados postulados morais, ou a uma dada moralidade, serão enfrentados aqui os seus aspectos mais gerais, situados no plano do direito constitucional, a partir da contribuição de um dos autores de referência no campo pós-positivista: ROBERT ALEXY.

A partir de uma síntese teórico-conceitual das suas posições no âmbito desta questão, traçaremos um quadro geral que será posteriormente retomado em capítulo específico no qual se avaliará o potencial normativo do princípio da moralidade administrativa no plano constitucional e ordinário.

1.3.1 - O Dissenso entre Positivistas e Pós-Positivistas em Torno da Normatividade dos Princípios

Segundo BONAVIDES,⁴⁷ o processo histórico por meio do qual vieram os princípios a ter a sua normatividade reconhecida pode ser dividido em três etapas.

Na primeira (*jus naturalista*), habitariam uma esfera por inteiro abstrata, da qual se deduzia uma normatividade basicamente nula - e duvidosa - em contraste com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa (como “ideia” que inspira os *postulados de justiça*).⁴⁸

Para os positivistas, que constituem a segunda etapa, o ordenamento, em princípio, era pleno, e os princípios deduzidos do plexo normativo eram suficientes para responder aos casos mais inusitados. No entanto, talvez com o intuito de silenciar as críticas dos *jusnaturalistas*, passaram a admitir sua positivação no âmbito dos próprios códigos, regulamentando-os enquanto “fonte normativa subsidiária”, com o intuito de se criarem “válvulas de segurança”, garantes do reinado da lei. Nessa condição ficava claro que não se admitia que possuíssem normatividade que lhes permitisse sobrepor-se ou anteceder-se à Lei, mas somente poderiam ser dela extraídos ou nela introduzidos para ampliar sua eficácia e impedir-se um vazio normativo.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 255-295.

⁴⁸ O grande representante desta concepção teria sido DEL VECCHIO, para quem os princípios gerais do direito, como os evocados pelo art. 3º do Código Civil italiano de 1865, deveriam ser interpretados como princípios de direito natural, já que aqueles extraídos dos textos legislativos seriam insuficientes para tornar pleno o ordenamento em face das lacunas. Tal crítica teria sido feita em 1921, quando já imperava na Europa a Escola Histórica do Direito, em vias de substituição pelo período de hegemonia da tradição positivista.

Na terceira etapa,⁴⁹ teríamos a emergência do “pós-positivismo”, a partir das novas Constituições promulgadas com o fim da 2ª Guerra Mundial, que acentuaram a *hegemonia axiológica dos princípios*,⁵⁰ convertidos em “pedestal normativo” dos novos sistemas constitucionais.⁵¹

Essa etapa originou uma nova hermenêutica,⁵² onde a compreensão do *fenômeno constitucional* mostrou-se cada vez mais atada à consideração dos “valores” e à fundamentação racional⁵³ e discursiva do ordenamento jurídico. Assim, sobre novas bases axiológicas, Lei e Direito passaram a conjugar-se.⁵⁴ VEZIO CRISAFULLI, RONALD DWORKIN, E ROBERT ALEXY são, dentre outros⁵⁵, os representantes mais expressivos e originais desse novo campo de pensamento.

Esses autores teriam rompido com a tipologia de Kelsen - que distinguia “normas” de “princípios”, passando a compreender a primeira como gênero e a segunda, juntamente com as “regras”, como uma de suas espécies.

Uma vez fixados novos parâmetros por meio dos quais se buscou compreender a dimensão normativa dos princípios, agora definidos, ao lado das regras, como espécie do gênero *norma jurídica*, restava elucidar melhor a natureza e a função de cada uma dessas espécies. Imediatamente a indagação acerca da existência ou não de atributos normativos junto aos princípios foi substituída por aquela sobre a natureza e amplitude (“graus”) dessa normatividade. Ou seja, se é espécie normativa, normatividade possui...

Coube a DWORKIN e a ALEXY estabelecer critérios de diferenciação entre princípios e regras.

⁴⁹ O período corresponde às últimas décadas do século XX.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁵¹ Historicamente, o reconhecimento da natureza normativa dos princípios iniciou-se no âmbito das Cortes Internacionais, a exemplo do art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (1920), que afirmava que: *os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas, são aptos e idôneos para resolverem controvérsias, ao lado dos tratados e costumes internacionais*. A dicção foi transposta, em 1945, para o art. 38, I, “c”, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, com ligeiras variações, pelo art. 215, 2, do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica europeia, em 1957.

⁵² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional : a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁵³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

⁵⁵ J. ESSER, KARL LARENZ, E GRABITZ.

Para DWORKIN,⁵⁶ as regras seriam aplicadas à base do “tudo ou nada” (*all or nothing*). Ou seja, caso ocorram os fatos nela previstos, sendo válida, a resposta estará previamente configurada no enunciado, que deve ser aplicado sem considerações.

A ideia de *tudo ou nada* - ou a regra é válida e se aplica, ou não é válida, e não se aplica - seria, por sua vez, incompatível com o padrão de normatividade dos princípios, com parâmetros na dimensão do “peso” ou “valor”, exclusiva desses. Neste sentido, se um determinado princípio for aplicado em um caso, e nele não prevalecer, nada obsta que noutras circunstâncias volte a ser utilizado e aceito nos termos inicialmente propostos.

De igual, entre princípios, admite-se a possibilidade de que dois ou mais colidam, gerando um conflito que será resolvido em face do peso ou valor atribuído a cada um no âmbito do caso especificamente considerado.⁵⁷ Assim, um deles poderá ser afastado ou ter a sua incidência reduzida. No entanto, todos continuarão igualmente válidos e eficazes no plano do ordenamento jurídico. Diversamente, em um sistema de regras, não se pode dizer que uma é mais importante do que outra, de modo que, quando duas regras conflitam, não se admite a prevalência de uma em razão do seu peso.

Aliás, o conflito sequer poderá existir, será “aparente”, já que, ou a regra é válida e se aplica, ou não se aplica por ser inválida. O conflito aparente de regras se resolve pelos critérios ou postulados de aplicação da *especialidade*, *cronologia* ou *hierarquia*. Por meio deles, apenas uma regra poderá ser admitida como válida e eficaz - a menos que o sistema tenha introduzido uma “*regra de exceção*”.

No caso dos princípios, dado o âmbito em que se relacionam, busca-se uma harmonização, pelos postulados da “ponderação de interesses” e da “concordância prática”,⁵⁸ dentre outros. Ou seja, o conflito entre regras se resolve no plano da “validade”. A colisão entre princípios, na dimensão da “eficácia”.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

⁵⁷ FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de direitos** : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

⁵⁸ PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Direitos fundamentais** : conflitos & soluções. São Paulo: *Labor Juris*, 2000.

ALEXY,⁵⁹ ao desenvolver a sua teoria normativa material, elaborou uma concepção próxima da assinalada por DWORKIN, articulando também as duas espécies (princípios e regras) no interior do gênero “norma jurídica”.

Para ele, tanto regras como os princípios seriam normas na medida em que se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, tais como *mandamento*, *permissão* e *proibição*.

Prescreve então que tanto princípios quanto regras constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever, não obstante, constituam espécies diversas. Neste sentido, os princípios seriam normas dotadas de um elevado grau de generalidade, ao contrário das regras, que não obstante sejam também normas, possuem um baixo grau de generalidade.

ALEXY afirma que a distinção entre regras e princípios não pode ser reduzida a uma distinção de “grau”, mas seria também de “qualidade”. Propõe um critério gradualista-qualitativo que possui como ponto determinante a compreensão dos princípios como “*mandados de otimização*” - âmbito no qual se distingue “qualitativamente” das regras.

A principal característica dessas *normas de otimização* consistiria na possibilidade de serem cumpridas em graus variados, de forma que a medida de exceção imposta dependeria tanto das possibilidades fáticas, quanto jurídicas.

As regras seriam normas que poderiam ser ou não cumpridas. Mas, se uma regra é válida, ter-se-ia que fazer exatamente o que nela está determinado, não se podendo ir além ou ficar aquém do estipulado.

Em razão dessas contribuições, o pensamento pós-positivista, evoluiu paralelamente ao movimento de positivação dos princípios,⁶⁰ no âmbito das Constituições a partir da segunda metade do século XX.⁶¹

Nesse itinerário, o processo de constitucionalização dos princípios teria sido também marcado por duas fases.⁶² Uma primeira, “programática”, na qual a

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001; ALEXY, R. **Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral**. In: **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993; ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001; ⁵⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁶⁰ BARBOSA, Ana Paula C. **A Legitimação dos princípios constitucionais fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

⁶¹ BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 : conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

normatividade reconhecida aos princípios teria sido mínima. E uma segunda, “não-programática”, caracterizada por um forte ímpeto de concreção e objetividade, na qual se buscou um grau máximo de normatividade.

Na primeira, os princípios foram afastados para um plano constitucional abstrato, sujeitos a um grau de aplicabilidade diferido. Na segunda, ocuparam um espaço de relevo, no qual se vislumbra a aplicação imediata, a dimensão objetiva e concretizadora, tudo ancorado em sua positividade expressa.

Contemporaneamente alguns doutrinadores (boa parte de origem alemã) começaram a apontar supostas limitações nas concepções e tipologias de DWORKIN e ALEXY acerca da teoria da norma jurídica. Entre nós, destacaríamos a proposta de Humberto Ávila,⁶³ em um campo teórico referenciado por nomes como CLAUS-WILHELM CANARIS E KLAUS VOGEL.

ÁVILA, acompanhado de outros autores nacionais,⁶⁴ chama-nos atenção para a importância atribuída nas últimas décadas para a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. Sobre como devemos conferir a construção de sentido e a delimitação da função desenvolvida a partir dessas normas (*princípios*) que prescrevem fins a serem atingidos, como fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional.

Refere-se à forma efusiva pela qual tais normas (“*princípios jurídicos*”) passaram a ser recebidas pela doutrina e jurisprudência ao ponto de criar-se expressões do tipo *Estado principiológico*. Admite que esse *êxtase doutrinário* acabou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos⁶⁵ que, ao final, inibiram a própria efetividade do ordenamento jurídico, em especial de elementos denominados *fundamentais*.

De início situa a discussão no plano da distinção entre princípios e regras. Firma que, de um lado, elaboraram-se distinções que separam princípios de regras em virtude da estrutura e dos modos de aplicação e colisão, tomando como “necessárias” qualidades que seriam meramente “contingentes” nas referidas espécies normativas.

Aprofundando, afirma que essas distinções exaltam a importância dos princípios de forma a apequenar a função das regras. As distinções teriam também atribuído aos princípios condição de normas que, por estarem relacionadas a valores, demandariam

⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

⁶⁵ Outros autores também se posicionaram de modo semelhante, dentre estes: AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In : **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 121.

apreciação subjetiva do aplicador, sendo insuscetíveis de investigação intersubjetivamente controlável.

Neste sentido, diz ser imprescindível a descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios, visto que, hoje, tal necessidade cedeu lugar a uma investigação circunscrita à mera “proclamação”,⁶⁶ muitas vezes desesperada e inconseqüente, sobre sua importância.

Os princípios seriam reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que isso lhes agregue elementos de compreensão e aplicação.

Há falta de clareza conceitual na manipulação das espécies normativas, pela utilização de distintas categorias como se sinônimas fossem⁶⁷ - utilização indiscriminada da expressão “princípio” referenciado como *regra*, *axioma*, *postulado*, *ideia*, *medida*, *máxima* ou *critério*.

No entanto, esses distintos “postulados” seriam manipulados de idêntica forma, como se dá com a alusão acrítica à *proporcionalidade*,⁶⁸ muitas vezes confundida com *justa proporção*, *dever de razoabilidade*, *proibição de excesso*, *relação de equivalência*, *exigência de ponderação*, *dever de concordância prática* ou mesmo com a própria *proporcionalidade em sentido estrito*.

Neste aspecto, a contribuição mais importante de seu trabalho parece ser a maneira como busca simplificar a distinção entre as espécies normativas, demonstrando que a dissociação elementar decorre do fato de as *regras* possuírem uma *dimensão imediatamente comportamental*, enquanto os *princípios* teriam uma *dimensão eminentemente finalística*.

Seriam estas últimas normas cuja qualidade essencial residiria na determinação da realização de um *fim juridicamente relevante*, diversamente das regras, que devem prever um comportamento e a ele atribuir uma conseqüência jurídica.

Ou seja, princípios e regras possuem distintos padrões de normatividade, de modo que, não é que os princípios estejam abertos a uma apreciação “subjetiva” do julgador, mas contém diversas possibilidades de realização, objetivação ou concreção – sobretudo, na esfera da administração pública.

⁶⁶ CUNHA, Sérgio Sérulo. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

⁶⁷ LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais : considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

⁶⁸ BRANCO, Luiz Carlos. **Eqüidade, proporcionalidade e razoabilidade**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

Como consequência, seus mecanismos de controle devem ser distintos, requerendo um instrumental conceitual mais sofisticado,⁶⁹ que até o momento não havia recebido a atenção necessária, ainda que, de regra, enfrentado no terreno correto do *princípio substancial do devido processo legal*.⁷⁰ Essa distinção possui conseqüências importantes, seja no plano da aplicação⁷¹ do princípio substancial da igualdade, seja na maneira como se deve dar o controle dos atos estatais.⁷²

Mesmo reconhecendo que o importante não seria saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio, mas sim o modo seguro de garantir-se sua aplicação e efetividade, ÁVILA alerta para o fato de que a aplicação do direito dependeria precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais não se tornaria realidade. Neste sentido, a transformação de textos normativos em normas jurídicas dependeria da *construção de conteúdos de sentido*, em razão do *dever de fundamentação*

⁶⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais : razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

⁷⁰ PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido processo legal : aspecto material**. Curitiba: Juruá Editora, 2004; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁷¹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

⁷² “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte. Ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e, preliminarmente, parciais na medida em que, sobre abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Já as regras, consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 167-168.

que inicialmente os tornaria compreensíveis pelos que os manipulam. Assim não sendo, ficaria ainda mais difícil a compreensão pelos destinatários.⁷³

Daí a importância da distinção entre as categorias utilizadas pelo aplicador.⁷⁴ O uso desnecessário dessas categorias contrapõe-se à exigência de clareza e previsibilidade do próprio direito - elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito.⁷⁵

1.3.2 - Direito e Moral: Hipóteses e Graus de Vinculação Admissíveis

A tradição teórica do positivismo notabilizou-se pelo consenso em torno da “tese da separação” ou “desvinculação”⁷⁶ entre o direito e a moral. O conceito de direito requereria uma verdadeira *decantação* que o libertasse do substrato moral, já que sua racionalidade sistêmica e seu conteúdo objetivo não poderiam ser eclipsados pelo subjetivismo imanente a esse discurso.

ALEXY⁷⁷, alinhado aos “não-positivistas”, retomando uma polêmica que remonta à Kelsen e Hart⁷⁸, sustenta uma tese de vinculação (*Verbindungsthese*), atestando que *no conceito de direito constam elementos morais*. Argumenta apontando três elementos que deveriam ser relacionados para a adequada conceituação do direito: **i)** a legalidade conforme o ordenamento; **ii)** a eficácia social, e; **iii)** a correção material.⁷⁹

Busca analisar os conceitos formulados pelos positivistas classificando-os previamente em dois grupos: **i) conceitos de direito primariamente orientados à eficácia**

⁷³ Em nossa opinião, uma compreensão acerca da normatividade dos princípios como apontada, se mostra necessária para uma correta interpretação dos princípios constitucionais gerais da Administração Pública elencados no *caput* do art. 37 da CF/88. Tal importância se ressalta quando pensamos em sua aplicação em contextos específicos, como seria o caso dos princípios da moralidade e impessoalidade tomados como parâmetros normativos para a vedação a práticas de **nepotismo** – ou de ação patrimonialista em geral. Neste plano, a compreensão da normatividade dos princípios a partir da ideia de um *estado de coisas a ser atingido* pode mitigar efeitos não desejados pelo constituinte originário, mas infelizmente abertos quando da regulamentação da matéria pelo legislador ordinário. Isto porque, a aparente aplicação “automática” de regras jurídicas, destituídas de ponderação teleológica ancorada na normatividade dos princípios pode acabar levando ao abuso de poder e ao desvio de finalidade.

⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004; ÁVILA, Humberto. (org.). **Fundamentos do Estado de Direito** : estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

⁷⁶ Kelsen, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁷⁷ ALEXY, R. **Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral**. In: **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

⁷⁸ HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

⁷⁹ No conceito de direito sustentado pelos positivistas, os dois primeiros elementos seriam combinados de diversas formas gerando uma inflação de definições a partir dessa base em comum; no entanto, ignora-se o tema da correção material.

e *ii*) *conceitos de direito primariamente orientados à instauração normativa*. O primeiro grupo – fundamentado em teorias sociológicas - teria sua análise guiada pela “*ótica do observador*”. As diversas concepções desse campo se realinham internamente em razão da predominância de uma variante externa (coação estatal) ou interna (motivação psicológica). Já o segundo grupo - no âmbito da teoria analítica -, se ocuparia do estudo lógico e conceitual da prática jurídica, a reflexão pela “*ótica do participante*”, sobretudo, pela perspectiva do juiz.

Segundo SAAVEDRA,⁸⁰ ALEXY procurou alinhar seus argumentos a partir de alguns postulados: *i*) há uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral; *ii*) há razões normativas para a inclusão de elementos morais no conceito de direito que reforçariam essa conexão conceitualmente necessária, indo além dela.

O autor estrutura o argumento em cinco pontos fundamentais: *1*) existiria uma distinção entre os conceitos livres e não-livres de validade. A incorporação do conceito de validade no de direito implica na inclusão nesse (direito) do seu contexto institucional de promulgação, aplicação e imposição; *2*) o sistema jurídico poderia ser um sistema de normas (perspectiva externa), ou de procedimentos (perspectiva interna). No primeiro caso, representa um sistema de resultados ou produtos de procedimentos de criação de normas, indiferente às suas características. No segundo, um sistema de ações baseado e guiado por regras pelas quais se promulgam, fundamentam, interpretam, aplicam e impõe normas - a depender da perspectiva a que se refere; *3*) existiriam duas perspectivas de análise do sistema jurídico: do *observador* e do *participante*. Como mencionado, no centro da perspectiva do participante teríamos o juiz, e ainda todos que de algum modo participam da discussão acerca da ordenação do sistema, já que esses entendem o que o juiz deveria considerar em uma “decisão correta.” Adotar a perspectiva do observador implicaria indagar-se sobre o modo de decidir no âmbito de um determinado sistema jurídico; *4*) existiriam duas possíveis conexões entre o direito e a moral: “definitória” ou “classificante” e qualificante” ou “ideal”. A primeira, fundada em argumentos baseados em pressupostos conceituais ou normativos, está presente quando se nega à alguma norma ou sistema de normas, por não satisfazerem a algum predicado moral, a própria natureza de normas ou sistemas “jurídicos”. A segunda, quando se atribui a alguma norma ou sistema de normas a condição de “deficientes” por

⁸⁰ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97-98.

não satisfazerem um determinado parâmetro moral; 5) o *contexto*, que pode ser conceitualmente necessário ou normativamente necessário.

Haveria uma evidente esterilidade nessa discussão já que se institucionalizou por meio de uma pluralidade de teses com diálogos paralelos. ALEXY tratou de reduzir essa pluralidade a dois aspectos: *i)* optou por um conceito de direito que incluía o de validade; *ii)* estruturou as demais distinções no âmbito da dicotomia: *perspectiva do observador/perspectiva do participante*.

Pela *perspectiva do observador* pertenceriam ao direito todas as ações e comunicações empreendidas por tribunais e demais autoridades quando fundamentadas no texto de normas que foram promulgadas corretamente, no âmbito dos respectivos critérios de validade instituídos pelo sistema jurídico em questão. De modo que, na perspectiva do observador a *tese da separação* seria a única admissível, existindo nesse ponto, uma identidade completa entre a concepção do autor e de LUHMANN, quando se refere à *observação de primeira* ou *de segunda ordem*.

Por outro lado, na *perspectiva do participante*, ALEXY acredita que a correção estará com a tese da vinculação. Três fundamentos estrutura seus argumentos: *i)* argumento da correção (*Richtigkeitsargument*); *ii)* argumento da injustiça (*Unrechtsargument*); *iii)* argumento dos princípios (*Prinzipienargument*).

O *argumento da correção* implica que tanto os sistemas jurídicos como as normas e as decisões judiciais isoladas estariam necessariamente formulados em face de uma “*pretensão de correção*.” A não observação implícita ou explícita implicaria na perda da qualificação “jurídica”, atribuída a normas ou sistemas de normas, no âmbito da chamada “*relevância classificatória*.” Nesses casos, ALEXY admite a possibilidade de duas ordens de erro ou inadequação: *i)* *lógico*: quando o operador jurídico (*participante*) viesse a promover alguma *contradição performativa*,⁸¹ *ii)* *jurídico*: quando se deixa de formular uma *pretensão de correção*, falecendo então o enunciado em questão de *relevância classificatória*, e perdendo a natureza de “*jurídico*”.

Quando a pretensão de correção se encontra apenas parcialmente fundamentada, se tornariam *deficientes*. Com isso, ficaria evidente que *na medida em que tal pretensão*

⁸¹ Mais adiante, no capítulo 04, retomaremos a questão referente ao conceito de *contradição performativa* ao discutirmos a relação entre direito e moral (moralidade jurídica/moralidade comum) no âmbito do sistema constitucional brasileiro em face da positivação no *caput* do art. 37 da CF/88 do princípio da moralidade administrativa.

tenha implicações morais, a conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, *nesta perspectiva do participante*, seria manifesta.

Quanto ao *argumento da injustiça*, aos poucos estaria ele transitando do plano ético para o plano jurídico. Um não-positivista não negaria o caráter ético do argumento, mas sustentaria, por exemplo, como base na “*extrema injustiça*”. Um problema ético seria ao mesmo tempo um problema jurídico.

Para ALEXY, de modo progressivo na modernidade ocidental, *seria o procedimento*⁸² *que definiria o direito*. Consideração que se acentuaria em face de algumas críticas endereçadas pelos positivistas, como: **a)** um conceito de direito não-positivista não poderia ter efeito em relação à injustiça legal; **b)** tal conceito encerraria um perigo de legitimação acrítica da injustiça legal.

No enfrentamento das objeções, o autor diz que existiriam *duas teses* referentes à *vinculação entre o direito e a moral*: **i) tese forte**: uma norma só será jurídica se o seu conteúdo coincidir com a moral; **ii) tese fraca**: uma norma só perderia seu caráter ou natureza jurídica se atingisse níveis intoleráveis de contradição com a moral.

Nessa perspectiva, a *tese da vinculação fraca* estaria a salvo das críticas, já que a contradição entre direito e moral não eliminaria a natureza jurídica da norma.

Acresce ainda o fato de que *uma pauta mínima de exigências morais* estaria hoje *crystalizada em quase todos os sistemas constitucionais*,⁸³ constituindo-se no *núcleo dos direitos humanos fundamentais* - responsáveis pela fixação de um limite além do qual uma norma perderia a natureza ou caráter jurídico, circunstância suscetível de fundamentação racional⁸⁴, que se daria no *interior de um discurso jurídico limitado pelo processo judicial*.

Pelo *argumento dos princípios*, poderíamos sustentar que o juiz, no âmbito de abertura do direito positivo, estaria hoje de tal forma vinculado à normatividade dos princípios do texto constitucional, que essa (vinculação) constituiria uma articulação (também) necessária entre o direito e a moral. Na base do argumento teríamos a distinção já apresentada entre regras (mandados definitivos/*definitivegebote*) e princípios (mandados de otimização/*Optimierungsgebote*).

⁸² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Dimensões da dignidade** : ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁸⁴ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

Como apontado anteriormente, para ALEXY às regras teriam como forma elementar de aplicação a *subsunção*. Os princípios, *ordenariam que algo se realize na maior medida possível* - o que implicaria dizer que os princípios podem ser realizados em diferentes graus, sendo que a sua medida de realização dependeria tanto de possibilidades *fáticas* quanto *jurídicas*.⁸⁵

Quanto a essas, seriam determinadas essencialmente pelos “princípios”, que, como vimos, depende e requer ponderação, concordância prática, e outros elementos de gradação da normatividade.

Fixa então *três postulados* para demonstrar a existência de uma correlação eficaz entre o *argumento dos princípios* e a *tese da vinculação* - ressaltando-se que tal perspectiva só é pertinente em face da *perspectiva do participante*: **i)** da incorporação (*Inkorporationsthese*); **ii)** moral (*Moraltehes*); **iii)** da correção (*Richtigkeitsthese*).

Postulado da incorporação: a incorporação de normas principiológicas nos sistemas jurídicos corresponde a um aumento de sofisticação indicativo de um maior grau de desenvolvimento (capacidade de auto-diferenciação em relação ao entorno, na perspectiva de LUHMANN) desse sistema. Estes princípios poderiam ser incorporados pela positivação no texto constitucional ou por outros instrumentos, emanados da Constituição ou não, de acordo com a tradição jurídica⁸⁶ em questão.

De qualquer modo, ALEXY indica a existência de uma evidência empírica quanto à correlação entre Estado Democrático de Direito e incorporação de normas principiológicas pelo sistema jurídico. Tais princípios não seriam *morais, extrajurídicos*. Mas seriam uma das formas de manifestação da *pretensão de correção* que exigiria, especialmente em face daquilo que ALEXY chamou de “*casos duvidosos*” (*hard cases*, na terminologia de DWORKIN), a utilização de mecanismos de ponderação, funcionando os princípios como *standards* a partir dos quais a normatividade do sistema pode ser mais bem graduada em face do *caso concreto*.

Nesse sentido, temos que a existência de um mecanismo sistêmico-normativo como o descrito pelo conceito de “*pretensão de correção*” se impõe pela própria natureza genérica e abstrata de sistemas estruturados essencialmente sobre regras, que não fornecem margem de manobra suficiente para o sistema se adaptar aos casos em que

⁸⁵ MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

⁸⁶ PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Readequação constitucional do Estado Moderno** :transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2006.

nuances e particularidades os afastam de modo significativo de um dado *âmbito normativo*.⁸⁷ Trata-se então do mais importante de todos os instrumentos de integração nos sistema de direito contemporâneos;

Postulado moral: como afirmado, existiriam duas teses com pretensões para justificar uma correlação necessária entre o direito e a moral – *tese forte*: há forte correlação entre o Direito e uma moral “correta”; *tese fraca*: existe uma correlação necessária entre o direito e “alguma moral”. ALEXY se volta exclusivamente para a *tese fraca*, em que a existência de princípios no sistema jurídico conduz a uma conexão necessária entre o direito e a moral. Dentre os “princípios” - elementos constitutivos dos sistemas jurídicos contemporâneos - “alguns” pertenceriam a “alguma moral”, sem que se submeta esta moral a qualquer juízo de valor, se boa ou má.

Postulado da correção: resultaria de uma aplicação do “argumento da correção” no marco teórico do argumento dos princípios. *Pretensão de correção* seria sinônimo de *pretensão de fundamentalidade*. A conexão *qualificante* ou *fraca* não seria capaz de vincular o direito a uma moral concreta, determinada, designada expressamente como correta.

Ao contrário, teríamos uma conexão necessária do direito com a ideia de uma “*moral fundamentada*.”⁸⁸ Desse modo pertenceriam ao sistema jurídico, além das regras especiais de fundamentação jurídica, “*as regras gerais de argumentação moral*” - visto que o que seria correto no âmbito moral, o seria em face do respeito a essas regras.

Nesse contexto, a “*moral correta*” possuiria o caráter de uma ideia indicativa, de *preenchimento de sentido*, direção a se trilhar. Assim sendo, a *pretensão de correção* apontaria para uma dimensão ideal, não em um sentido platônico, mas ético-político, e, *necessariamente vinculado ao direito*.

Como desdobramento desse entendimento, Alexy correlaciona os três elementos do seu conceito de direito - *eficácia social, correção material e legalidade conforme o ordenamento*; com os três conceitos de validade - *sociológico, ético, e jurídico*.

O *conceito sociológico* ou *da validade social* manifestaria por sua vez três características fundamentais do conceito de validade: **i)** a validade seria uma questão de

⁸⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1998.

⁸⁸ Como se coloca no caso de uma *moral crítica*, nos termos em que foi exposta entre nós por MÁRCIA NOLL BARBOZA. **O Princípio da moralidade administrativa** : uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002., e que teremos a honra de apresentar e melhor discutir no capítulo 04 do presente trabalho.

grau; *ii*) uma norma vale socialmente se é obedecida ou, em caso de afronta, se dessa resulta a aplicação de uma sanção; *iii*) ela inclui o emprego da coação física na forma de coação estatal organizada nos modernos sistemas jurídicos.

Quanto ao *conceito ético*, compreenderia a validade moral da norma. Sua validade dependeria da plausibilidade de sua justificação com base em regras de argumentação moral.

Por fim, com relação ao *conceito jurídico*, sua validade *strictu sensu*, ocorre quando sua elaboração se dá conforme o ordenamento vigente. Mas o *conceito jurídico de validade* colocaria outros dois problemas: *i*) *interno*: a definição de validade jurídica pressuporia a prévia existência da validade jurídica, o que parece indicar uma tautologia; *ii*) *externo*: o âmbito de determinação do conceito jurídico de validade com outros conceitos de validade.

A dinâmica imposta pela ocorrência de *casos difíceis* permitiria reconhecer o que em situações normais não seria perceptível. Em termos de validade, esses casos configurariam verdadeiras “*colisões de validade*” – podendo-se chegar a sistemas jurídicos dotados de validade jurídica, porém, destituídos da validade social.

Desse modo, as três partes da definição poderiam corresponder aos três postulados (de correção, da injustiça, dos princípios) aqui expostos. Por fim, amplia-se a extensão do que pertence ao direito, devido ao fato de se incorporar ao conceito de direito o procedimento de aplicação do próprio direito.⁸⁹

Concluindo, podemos afirmar que depois de Alexy, o conjunto das teorias do campo pós-positivista (*normativismo por princípios*), promoveu uma verdadeira subsunção dos discursos de validação (justificação) e dos de aplicação no interior de um único sistema jurídico. Daí porque, mesmo acrescentando à discussão as formulações propostas por Dworkin e Alexy, o conceito de sistema, e de direito como sistema, pode basicamente ser reconstruído para todo o campo com base no modelo de Luhmann.

Em perspectiva crítica, temos a manifestação de Habermas, que acredita ser necessário romper com o fechamento operacional do sistema para se garantir uma

⁸⁹ “Tudo aquilo no que se apóia e/ou tem que se apoiar quem aplica o direito a fim de satisfazer uma pretensão de correção pertence ao direito. Dessa maneira, podem ser convertidos em elemento do direito uma série de princípios não identificáveis como jurídicos sobre a base dos critérios de validade da Constituição e outros argumentos normativos que fundamentam a decisão. Ao direito pertencem tanto aqueles argumentos com os quais quem os aplica apóia de fato suas decisões (também quando elas não satisfaçam a pretensão de correção) como aqueles argumentos nos quais deveria apoiar as decisões para satisfazer a pretensão de correção.” SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106.

legitimidade democrática ao direito, o que só seria possível “*por meio de uma nova divisão de trabalhos.*” Nessa linha de raciocínio, os Parlamentos deveriam se tornar mais sensíveis às tematizações oriundas da “esfera pública”, e receberem a prerrogativa (competência) para agir com base em “discursos de justificação” que não estejam acessíveis ao sistema jurídico.

Ao mesmo tempo, o sistema jurídico deveria permanecer circunscrito no âmbito dos “discursos de aplicação”. Na visão habermasiana, apenas com base em tal divisão de tarefas, seria possível transcender o modo de autolegitimação hoje predominante, por procedimentos capazes de garantir de forma efetiva uma legitimação democrática para o direito (heterolegitimação). Como discutiremos adiante, ao abordarmos o tema da jurisdição constitucional, no que diz respeito à legitimidade do direito, adotamos um campo intermediário entre as teses de LUHMANN e HABERMAS.

1.4 - Pertinência e Adequação entre o Referencial Metodológico Adotado e o Respetivo Universo de Análise

1.4.1 - Características Gerais dos Fenômenos Analisados e Matriz Teórico-Conceitual

Nosso primeiro objeto de investigação é o Estado. Não o Estado em geral, uma concepção genérica e abstrata desse ente,⁹⁰ mas um Estado objetivamente considerado, situado em um transcurso histórico bem definido. Interessa-nos o procedimento de transplantação⁹¹ do Estado português para a colônia e seu desenvolvimento histórico nas novas circunstâncias, ambientais, sociais, econômicas, culturais, etc.

Nesse contexto, será de extrema valia o conceito de Estado Patrimonial,⁹² desenvolvido por RAYMUNDO FAORO.

Foi no seio das relações patrimonialistas que se disseminou um conjunto de práticas políticas voltadas para a apropriação privada do patrimônio e do interesse público, seja com vistas ao mero apossamento pessoal de recursos e posições de poder, seja como mecanismo de composição entre as facções que buscam a hegemonia no âmbito do sistema político, redundando em práticas comumente denominadas por *fisiologismo*, *clientelismo*, *nepotismo*, etc.

Tais práticas político-sociais só foram possíveis em razão do desenvolvimento de uma ideologia,⁹³ uma verdadeira “*cultura do privilégio*”, absorvida pelo conjunto da sociedade brasileira, com impressionante capacidade de sobrevivência e mutação ao longo da história, cujas linhas gerais de análise estão, dentre outros,⁹⁴ em SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA⁹⁵, com seu “homem cordial”. Nesse âmbito, procederemos à análise da constituição e desenvolvimento daquilo que FAORO denominou por “*estamento*”.⁹⁶ Paralelamente verificou-se também entre nós um modo peculiar de desenvolvimento, na Administração Pública, da camada do *funcionalismo*.⁹⁷

⁹⁰ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁹¹ WERNECK SODRÉ, Nelson. **Síntese de história da cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

⁹² FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 1984.

⁹³ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

⁹⁴ CHAUI, Marilena. **Conformismo e resistência**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986.

⁹⁵ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1982.

⁹⁶ Trata-se de um conceito que expressa um modo peculiar de composição das diversas facções políticas, que em uma espécie de *condomínio*, mantém sob o seu controle amplos espectros do poder político-social. O domínio político do Estado no Brasil por um *estamento*, instituído pelas mãos da metrópole portuguesa, aclimatou-se e desenvolveu-se até hoje. E nessa trajetória ele elaborou um mecanismo adaptativo, por

Assim, desde uma perspectiva de longo curso, fundamentada em torno de uma concepção revisitada do materialismo histórico, iremos analisar a crise e a reconfiguração do Estado patrimonial no Brasil, especialmente após a redemocratização, com ênfase para os grupos que ascenderam ao estamento, nele se mantendo e aprimorando técnicas de apropriação patrimonial dos bens e interesses públicos - em especial o nepotismo.

Para fechar essa análise (Estado patrimonial e nepotismo), discutiremos as contradições e ambigüidades do sistema jurídico-normativo brasileiro em face da apropriação patrimonialista do Estado.⁹⁸

Após, avançaremos nos aspectos normativos e dogmáticos referentes ao princípio da moralidade administrativa e institucional.⁹⁹ Nesse ponto, a “perspectiva do observador” será substituída por uma análise focada na “perspectiva do participante” e daí teremos um deslocamento para um campo estritamente normativo, no bojo do que qualificamos como uma *operação interna ao sistema jurídico*, destinado a alimentar sua própria *autopoiesis*, pelo enriquecimento e ampliação de sua “*dogmática*”.

Pretendemos investigar, num primeiro passo, a aclimação e o desenvolvimento do princípio da moralidade no interior do sistema jurídico-normativo brasileiro.¹⁰⁰

Outra questão que nos interessa diz respeito à evolução normativa desse princípio entre nós,¹⁰¹ assinalando sua trajetória no bojo do direito constitucional e o seu desenvolvimento, nos planos da legislação ordinária e infra-legal. Procederemos então

meio do qual impediu que os conflitos e contradições entre as diversas facções que vão se constituindo e se agregando ao poder estatal levassem à sua fragmentação ou isolamento: trata-se da chamada “dinâmica do conchavo e da conciliação”, por meio da qual, às diversas facções se compõe de modo a permanecerem em conjunto no poder (em nome da “governabilidade”), dividindo privilégios e transferindo os custos dessa acomodação para o conjunto da sociedade. Com o transcurso histórico, o estamento evoluiu, acompanhando o amplo movimento de formalização de todos os âmbitos de ação que marcou as sociedades modernas, inclusive aquelas situadas no bojo de uma modernização tardia, para a constituição de um verdadeiro sistema político – subsistema do sistema geral da sociedade.

⁹⁷ Instrumento fundamental a disposição do estamento em seu propósito de controle sob a sociedade, o funcionalismo público no Brasil, se constituiu como um reflexo tardio de uma cultura nobiliárquica que, na ausência de uma realeza, em razão da qual pudesse auferir privilégios, a substituiu pelo emprego público e pelo título de bacharel – sendo que na maioria das vezes as duas coisas se encontram articuladas, uma requerendo e conduzindo à outra.

⁹⁸ Trata-se de uma situação peculiar na qual muitas vezes o sistema jurídico é provocado para reprimir um tipo de prática que ele próprio promove, dando ensejo a uma pluralidade de manifestações contraditórias entre si.

⁹⁹ RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

¹⁰⁰ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

¹⁰¹ RANGEL JUNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional** : conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

uma avaliação da “eficácia” e “efetividade”¹⁰² contemporânea do princípio da moralidade administrativa, no âmbito do sistema jurídico-normativo.¹⁰³

Atenção especial será conferida à Resolução nº 7, do CNJ e à Súmula Vinculante nº 13, do STF, interessando-nos apontar a maneira pela qual uma série de resistências, contradições e ambigüidades são colocadas, por órgãos de base e de cúpula do Poder Judiciário - enquanto “sistema jurídico” - na interpretação e aplicação dessas.

E uma abordagem essencialmente normativa buscará avaliar o potencial jurídico do princípio da moralidade em face de nossa nova jurisdição constitucional e da dogmática constitucional contemporânea.¹⁰⁴ Para compreendermos esse potencial, elevaremos o princípio à condição de um verdadeiro *tópoi*¹⁰⁵ jurídico-constitucional, um parâmetro de argumentação que pode ser desenvolvimento no plano intersubjetivo do processo jurisdicional¹⁰⁶ em uma pluralidade de sentidos e direções.

A partir daí, enfrentaremos o tema da moralidade administrativa, considerando as conseqüências de uma estrutura semântica aberta, dotada de pluralidade de sentidos¹⁰⁷, no plano do controle de constitucionalidade^{108/109}, investigando possibilidades e limites do princípio no controle do patrimonialismo e do nepotismo em nosso país.

¹⁰² BAHENA, Kele C. D. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

¹⁰³ Nessa perspectiva, a manutenção do estamento no âmbito dos sistemas social e político do Brasil contemporâneo, especialmente no campo da Administração pública, com seus milhares de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, constituem um obstáculo extraordinário para a efetiva moralização das relações entre o Estado e a sociedade no país. A questão da cultura do privilégio e do nepotismo será analisada em seguida na perspectiva do princípio da divisão dos Poderes, visto que, a autonomia entre estes, é comumente utilizada como “válvula de escape” – sobretudo, por representantes do Legislativo e do Executivo – para furtarem-se a eventuais procedimentos de fiscalização e controle desse tipo de prática por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário. A partir de tal referencial teórico-normativo, analisaremos o cotidiano dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para investigar a ocorrência de práticas de nepotismo no seu interior, selecionando os casos mais ruidosos e expressivos para interpretação no contexto proposto por esse trabalho. Após a investigação e análise de práticas de nepotismo no âmbito administrativo dos três poderes, estudaremos o posicionamento e a manifestação do STF e do CNJ em relação ao tema; suas contradições e ambigüidades na apreciação da matéria.

¹⁰⁴ AYRES BRITO, Carlos. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

¹⁰⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Madrid: Taurus, 1964.

¹⁰⁶ PERELMAN, Chaim ; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005; ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2001.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar F. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005; STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

¹⁰⁹ Como desdobramento dessa questão, abordaremos com muita atenção as articulações entre a interpretação/aplicação do princípio da moralidade no contexto do que vem sendo denominado por “judicialização da política” e “ativismo judicial”.

1.4.2 - Elementos de Justificação da Metodologia em Face dos Fenômenos Investigados

Propusemo-nos investigar dois fenômenos historicamente situados em face do princípio jurídico da moralidade: *nepotismo*, no quadro de um *Estado patrimonial*.

A viabilidade desse empreendimento dependeu de um arranjo metodológico que: **a)** reconstruísse a gênese e o desenvolvimento do Estado patrimonial, bem como das práticas de nepotismo no Brasil - o que se buscou fazer sob um quadro renovado do materialismo histórico (ponto 1.1); **b)** descrevesse e justificasse o conteúdo jurídico e o grau de normatividade dos princípios nos sistemas constitucionais contemporâneos, estruturantes de um Estado Democrático e Social de Direito, onde se problematizasse a vinculação entre direito e moral - o que se procurou desenvolver no âmbito dos postulados do pós-positivismo e da dogmática por ele inspirada (ponto 1.3); **c)** articulasse no mesmo plano teórico-conceitual, uma abordagem extrajurídica (histórico-sociológica) com outra, jurídico-normativa (dogmática), problematizando a possibilidade retirada de conseqüências normativas - o que se fez a partir da “teoria dos sistemas” de inspiração luhmanniana, “lapidada” por HABERMAS (ponto 1.2).

A esse esforço, agregaram-se elementos adicionais, destacando-se: **i)** a recorrência histórica dos fenômenos investigados; **ii)** que esses são passíveis de análise e interpretação tanto histórica, quanto jurídico-normativa; **iii)** que os conceitos a eles referidos constituírem-se no âmbito de algum “sistema”; **iv)** a utilidade de uma interpretação atenta à aspectos intersubjetivos, sob um marco discursivo, em especial, nos planos da moralidade e da ideologia; **v)** a utilidade de um enfoque que integre uma reconstrução histórico-sociológica para, daí, com fundamento no sistema jurídico vigente (Constituição Federal, de 1988), deduzi-se conseqüências normativas voltadas à repressão das práticas incompatíveis com os *standards* definidos pelos princípios da moralidade e republicano, em especial, as vinculadas à tradição do patrimonialismo, notadamente, o nepotismo.

CAPÍTULO 02 - ORIGENS, FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO DO ESTADO PATRIMONIAL NO BRASIL.

Este capítulo traz uma reconstrução das características do Estado patrimonial, de suas origens, em Portugal, salientando os elementos políticos, econômicos e culturais que definiram seu perfil peculiar, de expressão genérica de uma ação política institucional caracterizada pela indiferenciação entre o público e o privado, que projeta padrões de conduta distantes dos parâmetros republicanos de impessoalidade e legalidade, caracterizadores do moderno Estado de Direito.

Assim, procuramos apontar o modo pelo qual a proeminência das relações patrimonialistas determinou a subserviência da iniciativa privada à vontade e caprichos estatais, aguilhoando a burguesia empreendedora em um sistema de cartas régias e concessões, pelo qual o Estado acabou por se tornar “sócio” de qualquer atividade econômica estabelecida no seu *imperium*. O Estado passou então a organizar as relações econômicas no plano da sociedade com base em uma espécie *capitalismo cartorial*.

Como consequência, o Estado passou a atuar tanto “diretamente” - no comando da empresa econômica ou associado ao particular -, quanto “indiretamente” - como “poder concedente” e “regulador”, configurando-se uma modalidade *sui generis* de “*capitalismo de Estado*”, que Faoro¹¹⁰ preferiu denominar por “*capitalismo politicamente orientado*”.

E essa atribuição de sentido no bojo do sistema do Estado patrimonial português, para cá transplantado, tem por responsáveis sujeitos pertencentes a um *estamento*.

O conceito de *estamento* na forma como foi elaborado por FAORO - e aqui adotado -, em muito se assemelha à ideia de “*oligarquia*”, de Aristóteles¹¹¹, com a peculiaridade de que não há aqui propriamente uma “classe” oligárquica, mas um *ajuntamento*, historicamente situado, ditado por *razões de estilo e interesse*.

Trata-se de uma forma peculiar de composição do poder social semelhante a um “condomínio”, no qual diversas facções disputam a hegemonia no âmbito do sistema político-estatal, contudo, preservando uma *unidade de interesses em comum*, que se expressam na forma de “*privilégios*”.

Esses são obtidos direta ou indiretamente do aparelho político-administrativo. São mantidos e repartidos conforme a correlação de forças, em cada momento histórico,

¹¹⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder** : formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro, 1984.

¹¹¹ ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Ediouro. 1982.

entre seus componentes, por meio de procedimentos destinados à “privatização” da riqueza e do interesse público.

O estamento destacou-se historicamente pelo desenvolvimento de uma “cultura política” ou “ideologia” voltada à autopreservação. Nesse sentido, sempre que ameaçado por algum novo grupo ou facção, o *sistema* tende a reagir, pela via da intimidação e da violência.

No entanto, no limite, a confrontação (“revolução”) tende a ser diferida por mecanismos de cooptação (“reforma”), pelos quais facções até então dominantes cedem sua hegemonia a novas facções dirigentes, requerendo, em contrapartida, a garantia da intangibilidade da pretérita rede de privilégios. Trata-se da chamada “tradição” do *conchavo* e da *conciliação*¹¹², ou, em uma releitura, do atual “compromisso pela governabilidade”.

O estamento não se confunde com o funcionalismo e a burocracia administrativa – cujas características WEBER destacou de modo tão otimista como *standards* de modernização social e político-administrativa. Mas antes, opera por meio do primeiro, tendo, na possibilidade de indicar e/ou nomear indivíduos para compô-lo, uma das modalidades tradicionais e recorrentes de manifestação de práticas patrimonialistas.

Esse funcionalismo, ao longo de seu desenvolvimento histórico em Portugal e no Brasil, manifestou-se também de forma muito peculiar, enredando pela *perversão do corporativismo patrimonial*.

A reconstrução do sistema jurídico, do contexto do Estado português à transplantação para nosso país, com seu ulterior desenvolvimento sob peculiaridades da nossa evolução histórico-social, permite melhor caracterizar algumas *práticas* de nossa sociedade, como o *clientelismo*, o *fisiologismo* e o *nepotismo*, enquanto expressão política e ideológica de uma *cultura do privilégio*.

¹¹² RODRIGUES, José Honório. **Conciliação e reforma no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1982.

2.1 - Estado Patrimonial: Uma Concepção Transplantada

A sociedade brasileira decorre de um extraordinário processo de transplantação da empresa colonial portuguesa, que vê em nossas abundantes e incultas terras um objeto viável ao seu enriquecimento, por meio da exploração do trabalho escravo e de uma produção destinada aos mercados externos.

Assim, o que veio a se caracterizar por “civilização brasileira” decorre da assimilação, pelos que aqui já se encontravam (indígenas), de práticas políticas, econômicas, sociais e culturais ditadas integralmente pelo influxo externo (europeu e africano)¹¹³, donde a mais relevante foi a transplantação da administração estatal de cunho patrimonialista.

Veja-se que Portugal constituiu o primeiro Estado moderno na Europa, cuja implantação, sob a liderança do *Mestre de Avis*, deu-se sob o influxo da ampliação do comércio marítimo na costa atlântica e arredores do mar do norte, no contexto das lutas travadas na península ibérica pela expulsão dos sarracenos em torno da “reconquista”¹¹⁴.

Estabelecida uma identidade de propósitos entre os barões de Galiza, ancestralmente ligados ao comércio, a aristocracia dominante, já bastante aburguesada, uniu-se ao restante da população pelo estandarte da reconquista, onde a religião católica forneceu o cimento ideológico que permitiu a formação de uma identidade nacional

¹¹³ “O primeiro traço a destacar-se, no estudo do caso brasileiro, é o da origem colonial. É preciso distinguir, ainda, no amplo quadro da origem colonial (que abrange todos os continentes, salvo a Europa) que, no caso do Brasil, trata-se antes de mais nada, de uma “civilização transplantada.” Não havia, antes, no nosso território, nada que interessasse ao europeu. O Brasil surge na história com a descoberta, cuja consequência mais importante é sua incorporação ao mercado mundial, que só então começa a existir. Como nada existe aqui de interesse para o surto mercantil da época, trata-se para os europeus de criarem riqueza, à base de mercadoria já existente na troca. (...) Os elementos destinados à empresa de colonização, isto é, de ocupação produtiva – no caso do Brasil – provêm do exterior, são para aqui transplantados, tanto os senhores – os que exploram o trabalho alheio – como os trabalhadores – os escravos. (...) A contribuição da nova área é apenas a terra – abundante e inculta. A colônia torna-se objeto porque, para a produção, só pode proporcionar o objeto. Numa produção transplantada, e montada em grande escala, para atender exigências externas, surge naturalmente uma cultura também transplantada”. SODRÉ. Nelson Werneck. **Síntese de história da cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 4-5

¹¹⁴ Também referenciada como Conquista cristã, é a designação historiográfica para o movimento cristão com início no século VIII que visava à recuperação dos Visigodos cristãos das terras perdidas para os árabes durante a invasão da Península Ibérica. A reconquista de todo o território peninsular vai durar cerca de oito séculos, só ficando concluída em 1492 com a tomada do reino muçulmano de Granada pelos Reis Católicos.

precoce, constituindo uma vantagem comparativa que daria aos portugueses uma hegemonia relativa nos primórdios da expansão ultramarina européia¹¹⁵.

Dadas as características geográficas de Portugal, assim que consolidados os marcos da independência, a *Dinastia de Avis*¹¹⁶ tratou de agarrar o comando da *aventura mercantilista portuguesa* e o marco de um tipo peculiar de absolutismo foi se constituindo à medida em que se estruturava uma administração estatal fortemente burocratizada com vistas ao controle dos elementos necessários à essa expansão.

O Estado, encarnado de modo personalista pelo soberano, constituiu empresas próprias, e também se associou ao restante do segmento burguês para empreender a sua aventura comercial. Também regulamentou a empreitada, por um sistema de concessões régias que abarcou praticamente toda atividade econômica, à base de um regime de monopólio.

Esse modelo de *capitalismo cartorial*, que fazia tudo depender de uma concessão estatal, fez emergir uma sociedade ignorante de direitos e ávida por *privilégios* - que diversamente dos direitos consolidados diante de um dado ordenamento jurídico, podem ser discricionariamente suprimidos por quem os instituiu. Sua outorga e manutenção dependiam da observância de um rígido código de disciplina e lealdade, que conferia aos monarcas poderes centralizadores dignos da mais eficaz das dinastias absolutistas e tornava o Estado português, pela dinâmica cartorial, sócio das atividades econômicas desenvolvidas.

Como a atividade econômica só era possível em face de uma *concessão*, que implicava exploração em regime de monopólio, o Estado necessariamente auferia um percentual do lucro, além de reservar poderes para intervir no empreendimento ou transferi-lo, ao tempo e da forma que melhor lhe aprouvesse.¹¹⁷

¹¹⁵ “A circunstância que mais decisivamente determina este caráter da nossa história primitiva é a conquista dos territórios sarracenos de aquém Mondego, levada a cabo pelos barões portugueses, sem os auxílios do suserano de Leão. É este movimento que, principiando por quebrar os laços de solidariedade entre galegos leoneses e os portugueses, vai gradualmente adicionando a estes últimos os lusitanos (seja nos lícito dizer assim, para mais claramente definir o nosso pensamento), até o ponto de os últimos predominarem na fisionomia posterior da nação, transferindo de Guimarães e Coimbra, para Lisboa, a capital do reino; fazendo substituir, à vida rural, primeiro quase exclusiva, a vida comercial e marítima, depois predominante e quase absoluta” MARTINS, Oliveira. **História de Portugal**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987, p. 53.

¹¹⁶ A Dinastia de *Avis* realizou a aliança da burguesia com o novo rei, incitando condições favoráveis à expansão comercial e marítima de Portugal no séc. XV (centralização política, acumulação prévia de capital, grupo mercantil forte aliado aos interesses reais e desenvolvimento náutico).

¹¹⁷ “As garras reais, desde cedo, se estenderam ao comércio, olhos cobiçosos no comércio marítimo. Já em meados do século XIII, estimulado pela conquista de Lisboa em 1147, o comércio marítimo mostra os sinais do seu futuro próximo, ativo com as trocas dos produtos da Inglaterra, França, Castela e Andaluzia.

A articulação entre Estado, economia e sociedade se deu com base no direito¹¹⁸ e pela ação politicamente orientada dos juristas que, desde a primeira-hora estiveram ao lado do monarca garantindo os fundamentos do nascente Estado patrimonial. Ou seja, o vínculo entre o monarca e seu estamento permitiu organizar o Estado de modo calculado e eficiente, predispondo-o aos imperativos da empresa mercantilista, com base nas contribuições de um corpo burocrático recrutado diretamente pelo rei.

Aos poucos, com a consolidação de um estamento dirigente, constituiu-se uma espécie de *oligarquia empreendedora*, com coragem para promover uma ruptura com a tradição predominante na península, lançando as bases do novo capitalismo comercial¹¹⁹.

No entanto, não obstante os elementos vinculados a uma nova racionalidade econômica, esse modelo de Estado trouxe uma série de idiossincrasias que limitariam

Disponha o país, para o tráfico internacional, de assentada economia de sal, pescado, vinhos, azeite, frutas, couros, cortiça – cujos produtos lhe proporcionavam os têxteis flamengos e italianos, o ferro da Biscaia, as madeiras do norte, a prata da Europa central e oriental, as especiarias, o açúcar. Portugal, além disso, cobria-se de feiras ardentes a ativas na promoção do comércio interno, já vinculado à navegação internacional. Tudo dependia, comércio e indústria, das concessões régias, das delegações graciosas, arrendamentos onerosos, que, a qualquer momento, se poderiam substituir por empresas monárquicas. São os fermentos do mercantilismo lançados em chão fértil. Dos privilégios concedidos – para exportar e para importar – não esquecia o príncipe de arrecadar a sua parte, numa apropriação de renda que só analogicamente se compara aos modernos tributos. No fim do século XIV, a *sisá*, devida ao tesouro pelos consumidores na compra e venda e na troca de mercadorias, ocupa o primeiro lugar no orçamento, recaindo sobre toda a gente, nobres, eclesiásticos e plebeus, com o rompimento do privilégio da imunidade.” (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984, p. 9).

¹¹⁸ “O conteúdo do Estado, capaz de ajustar juridicamente as relações entre o soberano e os súditos, formou-se de muitos fragmentos, colhidos numa longa tradição. O ponto inicial, quanto ao caráter político, pode ser situado na Constituição de Diocleciano (285-305). O direito será o de Justiniano (527-565), cujas modificações se propagaram no ocidente, modelo indelével do pensamento jurídico. (...) Para acabar e até destruir a prepotência e até o equilíbrio dos elementos políticos, a pena do jurista, mais pesada que o montante do soldado, porque representava a inteligência, achava-se na balança ao lado do cetro. Educados na admiração da sociedade romana na época do império, deslumbrados pela indubitável superioridade das suas instituições civis sobre as rudes e incompletas usanças tradicionais da idade média, os letrados acolhiam com o mesmo culto supersticioso as máximas da política despótica dos césares.” Op. Cit. P. 11-15.

¹¹⁹ “Os mencionados fundamentos sociais e espirituais reúnem-se para formar o Estado patrimonial. A realidade econômica, com o advento da economia monetária e a ascendência do mercado nas relações de troca, dará a expressão completa a este fenômeno, já latente nas investigações comerciais da idade média. A moeda – padrão de todas as coisas, medida de todos os valores, poder sobre os poderes – torna este mundo novo aberto ao progresso do comércio, com a renovação das bases de estrutura social, política e econômica. A cidade toma o lugar do campo. A emancipação da moeda circulante, atravessando países e economias até então fechadas prepara o caminho de uma nova ordem social, o capitalismo comercial e monárquico, com a presença de uma oligárquica governante de outro estilo, audaz, empreendedora, liberta de vínculos conservadores. Torna-se possível ao príncipe e ao seu estado-maior organizar o Estado como se fosse uma obra de arte, criação calculada e consciente. As colunas tradicionais, posto que não anuladas ou destruídas, graças aos ingressos monetários, ao exercito livremente recrutado e aos letrados funcionários da coroa, permitem a construção de formas mais flexíveis de ação política, sem rígidos impedimentos ou fronteiras estáveis. É o Estado moderno, precedendo ao capitalismo industrial, que se projeta sobre o ocidente” Op. Cit. p. 15-16.

profundamente sua evolução histórica, já que tal modo de estruturação das relações (indivíduos, poder e ordem econômica), caracteriza-se por um profundo autoritarismo, marcando a subordinação dos indivíduos e, do próprio mercado interno, aos imperativos do estamento administrativo. Autoritarismo que se faz sentir mais ainda na medida em que inexiste nessa sociedade qualquer perspectiva de natureza *contratual* e de autolimitação entre o Poder soberano e os indivíduos. Assim, o aparelho estatal está legitimado a partir da necessidade por ele proclamada (e reconhecida pelo conjunto dos indivíduos) a garantir sua *autoridade* - confundida com *ordem pública* no interior de um efetivo “*Estado-de-polícia*”.

Mas se essa forma de organização em um primeiro momento se mostrou funcional por permitir uma espécie de *acumulação primitiva de capitais*, no médio e longo prazo, afigurou-se ruínosa.

O regime de concessões, pautado em monopólios (*capitalismo cartorial*), foi até bastante hábil para contornar as resistências ideológicas da Igreja Católica ao mercantilismo, visto que esta rejeitava o lucro, por equipará-lo à usura. Mas, por outro lado, a ausência de concorrência tornou o capitalismo cartorial lusitano leniente, acomodado ao simples “*comércio de transito*”, incapaz de induzir um desenvolvimento acentuado das forças produtivas e correlacioná-la às novas relações sociais de produção.

Com isso, perdeu-se a oportunidade de aproveitamento dos elementos de arejamento político típicos de uma sociedade de mercado, com sua propensão a uma ampla democratização das instituições e o desenvolvimento de mecanismos de integração social propiciadores de maior autonomia e emancipação para indivíduos e agrupamentos de natureza coletiva. No longo prazo, a necessidade de se arbitrar politicamente os conflitos originados no âmbito da produção, irá sobrecarregar o sistema político, reduzindo as margens de manobra e abrindo espaço para movimentos de contestação de sua legitimidade e eficácia¹²⁰.

¹²⁰ “Patrimonial e não feudal o mundo português, cujos ecos soam no mundo brasileiro atual, as relações entre o homem e o poder são de outra feição, bem como de outra índole a natureza a ordem econômica, ainda hoje persistente. Na sua falta, o soberano e o súdito não se sentem vinculados à noção de relações contratuais, que ditam limites ao príncipe e, no outro lado, asseguram o direito de resistência, se ultrapassadas as fronteiras de comando. Dominante o patrimonialismo, uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para funcionário tomará relevo e expressão. Além disso, o capitalismo dirigido pelo Estado, impedindo a autonomia da empresa, ganhará substância, anulando a esfera das liberdades públicas, fundadas sobre as liberdades econômicas, de livre contrato, livre concorrência, livre profissão, opostas todas, aos monopólios e concessões reais” Op. Cit. p. 18.

O núcleo fundamental do conceito de relação (jurídica e política) patrimonial se expressa, portanto, na indiferenciação entre a esfera pública e a privada¹²¹. No âmbito de uma relação jurídico-administrativa patrimonialista, a fortuna do rei e o tesouro nacional se confundem, assim como a função de magistrado supremo e de empresário, não raramente submetendo os imperativos da primeira às conveniências da segunda.

Ocorre que, se no contexto da formação dos primeiros Estados nacionais, a estrutura patrimonialista podia até legitimar-se política e socialmente, por permitir (pela concentração de recursos e unidade de comando que propiciou) uma melhora na perspectiva de vida da sociedade portuguesa, logo em seguida, tornou-se fonte de atraso político e subdesenvolvimento econômico, que se replicou no Brasil.

A indistinção entre o patrimônio/interesse público e o privado, inicialmente circunscrito à pessoa do rei, foi internalizada pela sociedade, constituindo uma “*ideologia de privilégio*” adotada pelos membros do *estamento político* como um verdadeiro *estilo de vida* – e a partir deles almejado por boa parte da população.

¹²¹ “A propriedade do Rei - suas terras e seus tesouros - se confundem nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos de família ou em obras e serviços de utilidade geral. O rei, na verdade, era senhor de tudo – tudo hauria dele a legitimidade para existir, como expressão de sua autoridade incontestável” Op. Cit. p. 8.

2.2 - O Estamento Político

Segundo FAORO, na dinâmica patrimonialista, o Estado se aparelha segundo suas necessidades, na forma de organização político-administrativa, juridicamente elaborada, formalizada e racionalizada, sistematizada por juristas, pertencentes, dentre outros, a uma corporação de poder estruturada na forma de “*estamento*”.

Ainda que possa em determinado contexto coincidir com o conceito de “*classe*”, o de *estamento* deste se distingue, já que o núcleo a partir do qual emanam as decisões fundamentais, não se localiza por referência a um lugar no plano da produção, nem se origina da agregação de interesses econômicos aglutinados pelo mercado.

Pertencer ao *estamento* implica em aderir a uma *identidade de estilo*, onde todos são reconhecidos como pertencentes ao *âmbito do poder*¹²², não importando a posição individual. A pretensão de legitimidade na intervenção política pela orientação assertiva imposta e seguida por conveniência ou temor, funda-se no reconhecimento de uma assimetria, uma espécie de *etiqueta social*, qualificadora de determinados sujeitos para a função de governar. Ser “*recrutado*” depende, assim, de qualidades cunhadas na personalidade e reconhecíveis em face de um *estilo*, da adequação a um *perfil*. E a “igualdade” implica simplesmente em tratamento isonômico (pelo Estado) a todos os que estão no “entorno”, com “desigualdade” de regime jurídico desses em relação ao estamento, marcada por “prerrogativas” distintas para esse e submissão para os primeiros. O que não significa dizer que não haja *assimetria* (poder e prestígio) entre os membros do estamento - constituindo essa, aliás, o motor de seu dinamismo e um dos signos de sua identidade.¹²³

¹²² “De outra natureza é o estamento – primariamente uma camada social e não econômica, embora possa repousar, em conexão não necessária, real e conceitualmente, sobre uma classe. O estamento político – de que aqui se cogita, abandonando o estamento profissional, por alheio ao assunto – constitui sempre uma comunidade, embora amorfa: os seus membros pensam e agem conscientes de pertencerem a um mesmo grupo, a um círculo elevado, qualificado para o exercício do poder. A situação estamental, a marca do indivíduo que aspira aos privilégios do grupo, se fixa no prestígio da camada, na honra social que ela infunde sobre toda a sociedade. Esta consideração social apura, filtra e sublinha um modo ou estilo de vida; reconhece como próprias certas maneiras de educação e projeta prestígio sobre a pessoa que a ele pertence; não raro hereditariamente” Op. Cit. p. 46.

¹²³ O conflito externo que o estamento procura impedir ou administrar, seja no plano político, pela cooptação ou destruição dos seus adversários; seja no plano econômico, pela eliminação da concorrência no âmbito de um capitalismo cartorial, são permanentemente repostos na forma de conflitos e choques entre lideranças e facções no seu interior - quase sempre arbitradas em face de um comando de autoridade interno imposto de forma assimétrica. Mas de qualquer forma, é neste mecanismo interno de composição de conflitos que reside boa parte da dinâmica responsável pela evolução histórica do estamento, caracterizada em nossa sociedade por uma extraordinária capacidade de adaptação.

Nesse contexto, estamento (sistema político) e Administração pública (sistema estatal) tendem a coincidir, facilitando a apropriação privada de bens e riqueza pública e todo tipo de traficância de informações privilegiadas¹²⁴ em associação ao setor privado, regulado e fiscalizado pela Administração. Dessa forma, se *criam dificuldades* burocráticas, para se vender *facilidades*, numa nova modalidade de apropriação semelhante à extorsão¹²⁵. Esses recursos servirão para financiar aventuras do *poder*, de pirataria a grupos paramilitares, do contrabando ao tráfico negreiro e de entorpecentes, tudo em nome do lucro rápido, da rapina, do *saque indiscriminado*.

Em suas relações com a sociedade, o estamento - ontologicamente *elitista*¹²⁶ -, se comporta como uma *oligarquia de feições paternalistas*, não escondendo a natureza minoritária do seu domínio, justificada pela competência, capacidade administrativa, preparo e, sobretudo, pelas “realizações”. Desconsidera a necessidade de um sistema de assentimento formal da *nação*. Nesse sentido, o povo deve ser “satisfeito” com assistencialismo. Em circunstâncias excepcionais, mecanismos específicos (milícias e

¹²⁴ “O estamento supõe distancia social e se esforça pela conquista de vantagens materiais e espirituais exclusivas. As convenções, e não a ordem legal determinam as sanções para a desqualificação estamental, bem como asseguram privilégios materiais e de maneiras. O fechamento da comunidade leva à apropriação de oportunidades econômicas, que desembocam, no plano extremo, nos monopólios de atividades lucrativas e de cargos públicos. Com isso, as convenções, os estilos de vida, incidem sobre o mercado, impedindo-o de expandir sua plena vitalidade de negar distinções pessoais. Regras jurídicas, não raro enrijecem as convenções, restringindo a economia livre, em favor de quistos de consumo qualificado, exigido pelo modo de vida. De outro lado, a estabilidade econômica favorece a sociedade de estamentos, assim como as transformações bruscas, da técnica ou das relações de interesses, os enfraquecem. Daí que representem eles um freio conservador, preocupados em assegurar a base do seu poder. Há estamentos que se transformam em classes e classes que evoluem para o estamento – sem negar seu conteúdo diverso. Os estamentos governam, as classes negociam. Os estamentos são órgãos do Estado, as classes são categorias sociais (econômicas).” (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984, p. 47.)

¹²⁵ “O estamento, cada vez mais de caráter burocrático, filho legítimo do Estado patrimonial, ampara a atividade que lhe fornece os ingressos, com os quais alimenta sua nobreza e seu ócio de ostentação, auxilia o sócio de suas empresas, estabilizando a economia em favor do direito de dirigi-la, de forma direta e íntima. O encadeamento das circunstâncias históricas, que parte do patrimonialismo e alcança o estamento, fecha-se sobre si mesmo, com a tutela do comércio de trânsito, fonte do tesouro régio, do patrimônio do rei, fonte das rendas da nova aristocracia, erguida sobre a revolução do Mestre de Avis, engrandecida na pirataria e na guerra que incendeiam os oceanos Índico e Atlântico. A jornada da pimenta, sucessora da jornada do ouro e do escravo, precursora da jornada do pau-brasil, se dissolvia em tenças, comendas e mercês, para fortuna da espada aventureira e dos administradores suspeitos de pouca honra. Um soldado, que nem receia mal pelo que disser nem espera bens pelo que lisonjear, definirá o lucro da aventura: *é dinheiro de encantamento, que se converte em carvões*” Op. Cit. p. 59.

¹²⁶ “O estamento, quadro administrativo e estado-maior de domínio, configura o governo de uma minoria. Poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos. O grupo dirigente não exerce o poder em nome da maioria, mediante delegação ou inspirado pela confiança que do povo, como entidade global, se irradiava. É a própria soberania que se enquista, impenetrável e superior, numa camada restrita, ignorante do dogma do predomínio da maioria. Não há, entretanto, mesmo quando ainda não se consagraram os princípios democráticos, o governo isolado, absolutamente alheio ao povo: o recíproco influxo entre maioria e minoria, mesmo nas tiranias mais cruas, responde pela estabilidade dos regimes políticos.” Op. Cit. p. 88-89.

exército) de integração social entram em cena e o conflito é chancelado como caso de polícia – *perturbação da ordem*.

O estamento, nas origens, elaborou sua identidade a partir da incorporação de um conjunto de valores aristocráticos, ao estilo da renascença. Assim, valores de uma sociedade escravocrata e patriarcal se tornaram referência e elemento de justificação de práticas políticas e sociais, onde o *ócio* prevalece sobre o *negócio*, a vida contemplativa sobre a prática, a erudição, a retórica rebuscada, e os generalismos sobre a ciência, a objetividade, a simplicidade e a elegância das leis fundamentais.

O *estilo* a partir do qual se constitui a identidade coletiva do estamento é assumidamente *esnobe*, voltado para a diferenciação do entorno, já que enquanto um *sistema* (internalizado) *de personalidade*, seus membros e sua “área de influência” devem *distinguir-se visualmente dos demais*. Essa distinção (roupas, títulos nobiliárquicos, comendas, cargos) busca, em sua unidade, transparecer um estilo de vida de uma aristocracia meritocrática, quase o *governo dos filósofos* de PLATÃO¹²⁷ - mas sem as virtudes desse, como voltar-se ao interesse geral da *polis*.

Ao contrário, sua prática parece corresponder à modalidade corrompida, pervertida de aristocracia. Trata-se daquilo que Aristóteles definiu por *oligarquia*.¹²⁸

¹²⁷ PLATÃO. **A República**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965; PLATÃO. **As leis**. São Paulo: Edipro, 1999.

¹²⁸ Como forma degenerada de governo, em que alguns se apropriam do Estado, com vistas a obter para si privilégios. E é bom lembrar que Aristóteles, que nunca foi um fervoroso democrata, não opunha resistência ao fato de serem poucos a exercer o poder - já que admitia como virtuoso o governo “aristocrático”, em que uma minoria (como o governo de filósofos de PLATÃO) também arvora para si o comando do Estado. Contudo, para ARISTÓTELES, um poder aristocrático se caracterizaria exatamente na medida em que a “elite” no poder sobrepõe aos seus interesses particulares e/ou corporativos o interesse geral - visível em sua intencionalidade, ainda que não necessariamente no resultado de suas ações. Aliás, o conceito de “elite” - seja ela militar, intelectual, política ou eclesiástica - torna-se fundamental para a caracterização de um poder aristocrático, já que a ele quase sempre se associa uma “missão” a ser cumprida (que pode ser percebida em dimensões espaço-temporais bastante variadas, como na Dinastia *Ming* na China, nos primórdios do poder bolchevique na União Soviética, ou no Estado Teológico Tibetano). Já o conceito de “oligarquia”, possui uma conotação evidentemente pejorativa. Nele, a característica fundamental é exatamente o predomínio do interesse particular e de grupo sobre o interesse geral. Tal característica torna-se tão evidente, que fica difícil para os detentores do poder sequer negá-la. Por isso, em estruturas de poder de natureza oligárquica, a *privatização do público* é apresentada como um exercício *natural* de quem detém o poder. “Tendo oportunidade, quem não aproveitaria?” - indaga comumente o senso comum, marca evidente do vigor com que a *ideologia do estamento* já penetrou no imaginário popular. E é esta continuidade, de um poder amparado na manutenção de “privilégios”, que acreditamos ser necessário buscar na constituição e permanência dos vários “sistemas de poder” que se compuseram ao longo da História do país, e que caracteriza a forma de mando e exercício do poder político entre nós por um estamento. Portanto, o conceito de oligarquia não pode ser compreendido apenas em um ou outro sentido historicamente datado, e em sua visibilidade mais evidente. Seria o caso de falarmos de uma oligarquia de senhores de escravos, ou da oligarquia cafeeira no contexto da república velha, que pretensamente teria sido destruída pelo movimento político militar de 1930. Contudo, não nos parece que tal facção ou grupo tenha sido vencido ou muito menos destruído por tal movimento, mas que simplesmente teve que se acomodar em um lugar subordinado no interior de um sistema político

O estamento se apresenta oligárquico no conteúdo (intervenção política) e aristocrático na forma (estilo), assumindo uma conotação de *perversão*, já que o estilo aristocratizante só pode existir enquanto embuste e seus membros não ambicionam conhecimento e virtude - mas simples *representação social*. Não buscam *ser*, mas *parecer ser*. Não há descoberta, inovação, êxito, mas *título, beca e cultura de bacharel*.

Talvez por isso o estamento demonstre uma aptidão especial para o ilusionismo social, a pirotecnia política, a criação de *factoides*, a manipulação das massas e a *espetacularização do poder*.

Essa *internalização de um sistema de personalidade específico* parece resistir à passagem do tempo, com ecos no presente. Até os dias de hoje é perceptível, em alguns segmentos, o desprezo pelo “trabalho manual,” identificado como pouco digno. A própria palavra “trabalho”, em sua origem referida a um aparelho de tortura (*tripaliare; tripalium*), parece identificar apenas atividades reservadas a escravos e plebeus, indignas e não reconhecidas – ao contrário das atividades intelectuais.

O estamento é como afirmamos a pouco, ontologicamente *elitista*, mas não se confunde com a “elite” ou com a “classe política” ou “dirigente”¹²⁹ - porque esses conceitos dizem respeito a um determinado agrupamento de indivíduos observáveis no campo de qualquer regime político, tenha um viés aristocrático ou democrático.¹³⁰

Portanto, *elite, classe política* ou *dirigente* são termos que podem ser atribuídos com significado equivalente aos elementos que atuam como *operadores do estamento* no âmbito do *sistema político* – do mesmo modo que os funcionários públicos atuarão como seus operadores no âmbito do *sistema público-estatal*.

recomposto sobre a hegemonia de outras facções. De natureza *oligárquica*, portanto, é a “ideologia” que permeia e se reproduz no interior de um *sistema estamental de poder*, mantido intacto por todas as ondas de *modernização* que até o momento se abateram sobre o País.

¹²⁹ “A nobreza burocrática, vincada pela tradição apurada da secular aristocracia, não se confunde com a elite, a classe política ou dirigente, a oligarquia destilada pela ação organizatória de um grupo. A elite governamental, dentro da rede social da aristocracia, da qual o estamento tece sua estrutura externa, obedece ao cunho do estilo de vida, das normas de conduta da nobreza burocrática. Só por abuso terminológico, por transposição analógica, confundir-se-á a aristocracia com a elite, erro de que se acautelou PARETO.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984, p. 89.

¹³⁰ “A classe dirigente, a elite ou a classe política seria, desta sorte, um produto destilado por qualquer sistema, sistema aristocrático ou democrático, com os caracteres dependentes do solo que a gerou. Seria se melhor aprofundada a análise, uma excrecência do mecanismo representativo, distorção necessária do exercício da soberania popular, perecível sempre que reivindicar autonomia social e independência política. Num grau mais alto de degenerescência – degenerescência que se evidencia pela esclerose – se coloca em lugar das forças sociais que a suscitam, anunciando perturbações doentias na sociedade e na política.” Op. Cit. p. 91.

Por outro lado, faz-se necessário esclarecer que podem ocorrer circunstâncias de ausência de uma “elite” ou “classe política”, caracterizando momentos de “*crise de liderança*”, decorrentes do aniquilamento, físico ou político-eleitoral, das agremiações partidárias e lideranças sustentadoras das velhas estruturas. Nesse caso, se o estamento mantiver seu núcleo político coeso, terá condições de administrar as tensões e até mesmo *fabricar* novas lideranças, sintonizadas e recém-legitimadas. Se essa via não for viável, buscará cooptar novas lideranças opositoras e/ou revolucionárias, a *nova elite*, persuadindo-a da desnecessidade de uma ruptura completa com o sistema (estamental) e convencendo-a a substituir seu ímpeto inicial pela prudência de um processo “*reformista*”, de acomodação, mediante o reconhecimento da “nova liderança”. Nesse sentido, o estamento assume uma estrutura dinâmica, flexível, despida de dogmatismo, de modo que pode ascender à liderança indivíduos de qualquer espectro ideológico e/ou segmento social, desde que demonstrem capacidade para cumprir “compromissos” e não arisquem a integridade e a identidade política do mesmo.^{131/132}

Ademais, existem situações agudas, nas quais se observa uma crise de legitimação, nas quais as funções determinantes, ligadas à integração social, são assumidas diretamente. Trata-se das “situações limite”, nas quais o estamento age com profundo senso de sobrevivência, atento aos custos da inércia e disposto a correr riscos para a manutenção do *status quo*. Momentos como aquele eternizado por um velho governador mineiro (Antônio Carlos), membro incontestado do estamento político

¹³¹ “Numa ordem de estamento, o vazio é rapidamente preenchido, por meio de chefes e líderes designados do seio da camada de domínio, líderes e chefes que ninguém conhecia o nome. Este preenchimento das funções institucionalizadas do poder se faz num sentido conservador, num compasso provisório de espera, até que, da faixa dirigente, se decantem os dirigentes. Há nesse processo, o jogo de muitos artificios e falsidades: as mudanças estruturais provocam alheamento da elite, em seu lugar opera a comunidade que a sustenta, que provê a sociedade de liderança. Essa liderança, em deslocamentos dentro da mesma faixa de origem, conquista a confiança popular e lhe infunde, de cima, a representação arbitral de interesses comuns. Nesta dança, orquestrada pelo estamento, não entra o povo: quem seleciona, remove e consolida as cheias é a comunidade de domínio, num ensaio maquiavélico de captação do assentimento popular. A soberania popular funciona as avessas, numa obscura e impenetrável maquinação de bastidores, sem o efetivo concurso da maioria reduzida a espectador que cala ou aplaude. Aqui está o ponto de contato da classe dirigente com o estamento, força, este, aparentemente de reserva, depositário, na realidade, das energias políticas” Op. Cit. p. 91-92.

¹³² “Na peculiaridade histórica brasileira, todavia, a camada dirigente atua em nome próprio, servida dos instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal. Ao receber o impacto de novas forças sociais, a categoria estamental amacia, domestica, embotando-lhe a agressividade transformadora, para incorporá-las a valores próprios, muitas vezes mediante a adoção de uma ideologia diversa, se compatível com o esquema de domínio. As respostas às exigências assumem caráter transacional, de compromisso, até que o eventual antagonismo dilua, perdendo a cor própria e viva, numa mistura de tintas que apaga os tons ardentes. As classes servem ao padrão de domínio, sem que orientem a mudança, refreadas ou combatidas, quando o ameaçam, estimuladas, se o favorecem. O sistema compatibiliza-se, ao imobilizar as classes, os partidos e as elites, aos grupos de pressão, com a tendência de oficializá-los.” Op. Cit. p. 745.

brasileiro¹³³ às vésperas da queda da República Velha,¹³⁴ segundo o qual: “*Era preciso fazer alguma coisa para manter tudo como estava. Nem que para isso, fosse preciso fazer a revolução antes que o povo a faça.*”¹³⁵

Do ponto de vista do desenvolvimento das forças produtivas, as sociedades dirigidas por estamentos, trilham inexoravelmente o caminho da “*modernização conservadora*”.¹³⁶ Trata-se de um expediente por meio do qual o estamento busca incorporar novas matrizes tecnológicas necessárias para a manutenção dos seus interesses junto à divisão internacional do trabalho. Quase sempre se dá por uma aliança, uma “*associação*”¹³⁷ aos interesses do centro mais dinâmico do capitalismo mundial. Essa articulação leva a um padrão de desenvolvimento “*dependente e associado*”¹³⁸ que, segundo os críticos, traz consequência, dentre outras, a “*exploração dual*”¹³⁹ do excedente econômico.

No âmbito de uma *modernização conservadora*, para que os processos de modernização tecnológica não provoquem tensões indesejáveis no âmbito da sociedade civil, é preciso dissociar sua introdução no país dos efeitos tradicionalmente a eles associados¹⁴⁰. Assim, o reconhecimento jurídico do trabalho assalariado como sucessor da escravidão deveria ser acompanhado das liberdades individuais e coletivas, ao exemplo dos países centrais.

¹³³ MURGEL STARLING, Heloisa M. **Os senhores das gerais**. Petrópolis: Editora Vozes, 1986, p. 197.

¹³⁴ CARONE, Edgard. *A República Velha : instituições e classes sociais*. São Paulo: Difel, 1975.

¹³⁵ “Uma longa herança – herança social e política – concentrou o poder minoritário numa camada institucionalizada. Forma-se, desta sorte, uma aristocracia, um estamento de caráter aristocrático, do qual se projeta, sem autonomia, uma elite, um escol dirigente, uma “classe” política. Ela forma a base do Estado, sempre que ondas sucessivas, tumultuárias, renovadoras, não o varrem, em nome do poder majoritário.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984, p. 92.

¹³⁶ FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. Rio de Janeiro: 1981.

¹³⁷ EVANS, Peter. **A Tríplice Aliança : as multinacionais, as estatais e o capital nacional no desenvolvimento dependente brasileiro**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

¹³⁸ AMIN, Samir. **O desenvolvimento desigual : ensaio sobre as formações sociais do capitalismo periférico**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1976.

¹³⁹ Articulação político-econômica preponderante nas relações em que se relacionam as economias e Estados centrais aos periféricos. O estamento dominante nos Estados periféricos, sem recursos para seu autofinanciamento, tecnologicamente defasados, e desprovidos de um projeto de desenvolvimento nacional capaz de lhes proporcionar voo próprio, adere aos projetos formulados a partir dos interesses radicados nos países centrais. Transformados em meros “agentes” do capital financeiro internacional, com suas margens de lucro constantemente “drenadas” por diversos mecanismos de extorsão financeira (dívida externa, guerra cambial, etc.), acabam por *repassar os custos dessa associação para os segmentos mais fragilizados das sociedades locais*, expondo-os assim, a um duplo processo de espoliação econômica com dramáticas consequências sociais - expressa pela incapacidade do Estado em atender a necessidades básicas das populações mais marginalizadas.

¹⁴⁰ FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil : ensaio de interpretação sociológica**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

Mas isso não ocorreu. E quando foram finalmente reconhecidas essas liberdades, quase sempre por concessão do próprio estamento, havia uma defasagem histórica extraordinária. Situação nada nova, e que se perpetua.¹⁴¹

Segundo FAORO, tal realidade seria responsável por um antagonismo velado entre Estado e nação, governo e povo¹⁴², mais ou menos no contexto daquilo que BONAVIDES¹⁴³ denominou por “crise constituinte”. Tal antagonismo estaria sendo empurrado *para debaixo do tapete* pelo estamento, sempre administrando suas crises históricas como quem busca (eternamente) ganhar tempo, empurrando suas contradições e ambiguidades *com a barriga*.

Ou seja, desde a fundação da colônia, podemos dizer que se mantêm no Brasil um “*sistema de poder*”, que se caracteriza fundamentalmente por sua capacidade para se auto reproduzir e de se adaptar, propiciando aos seus “*condutores*” uma atribuição política muito peculiar. São fundamentalmente “proprietários” do Estado e do poder. O controle sobre o Estado também viabilizou todas as composições entre facções rivais dentro do estamento, evitando sua desagregação por meio de uma tradição caracterizada pela *conciliação* e pelo *conchavo*.

Desse modo, o *simulacro* expressa a essência do que o *senso comum* tomou como *momentos de significativa mudança na vida política brasileira*. Da ruptura do pacto colonial, passando pela abolição, a proclamação da República, a “revolução” de 30, o “Estado Novo”, o golpe de 1964, a *Nova República*¹⁴⁴, a deposição de Collor, a reforma do Estado nos anos FHC, até a ascensão do PT ao governo federal, enfim, diversas composições se apresentaram, atribuindo-se um comando hegemônico em determinados momentos a uma ou outra facção.

Muitas tensões ocorreram. Mas de maneira geral, três processos se repetiram: 1)

¹⁴¹ “Os países aprisionados pelo estamento se modernizam, ocidentalizando-se, por via de um plano do alto, imposto à nação, com a teorização, retardada de muitas décadas, de processos espontâneos nas sedes criadoras. O mundo se parte em mundo metropolitano, diretor e condutor, e mundo de retaguarda, alheando ainda mais a minoria do conjunto da nação. O estamento absorve as técnicas importadas, refreando a elite ocidentalizadora, para que as novas ideias, as ideologias não perturbem o domínio da sociedade, domínio, mesmo vestido de palavras novas, tradicionalmente cunhado”. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1986, p. 93.

¹⁴² “Somente a perspectiva histórica dará o traço e completará o quadro. O estamento como categoria autônoma, superior à sociedade, emancipado do caudal triturador da história – este problema não solvido. Quatro séculos de hesitações e de ação, de avanços e recuos, de grandeza e de vacilação, serão a resposta de um passado teimosamente fixado na alma da nação. Estado e nação, governo e povo, dissociados e em velado antagonismo, marcham em trilhas próprias, num equívoco renovado todos os séculos, em contínua e ardente procura recíproca.” Op. Cit. p. 94.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.387.

¹⁴⁴ FERNANDES, Florestan. **Nova República?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

a participação popular nas disputas intra-oligárquicas em uma posição caudatária; 2) a composição entre as facções em conflito sempre que este ameaçasse a estrutura de poder estamental; 3) o acerto patrimonialista entre as facções, tendências e agrupamentos acomodados no interior do estamento - o que só se tornou possível em face de uma ampliação da pilhagem sobre o Estado, com o conseqüente esvaziamento das possibilidades de prestação e atendimento público de bens e serviços de interesse social. Como consequência renuncia-se (talvez com a exceção do primeiro governo Vargas) a um *projeto de desenvolvimento nacional*. Este sistema de poder tem resistido a todas as ondas de modernização até o presente intentado.

2.3 - O Capitalismo Politicamente Orientado

A consolidação de um estamento político voltado à apropriação patrimonialista do Estado conduziu a um *capitalismo politicamente orientado* onde a remuneração dos agentes do comércio e da produção se dá com base no *merecimento social* - e não na audácia mercantil, no cálculo racional ou dos riscos do empreendimento.

Sob a perspectiva administrativa, esse Estado nasce e se justifica como autêntico *Estado de polícia*. *Polícia administrativa* voltada essencialmente para o controle das atividades econômicas, sob a justificativa de refreamento do ímpeto individual (caótico e potencialmente lesivo para a unidade e harmonia do *interesse coletivo*), visando a paz e a prosperidade social. Há, dessa forma, a internalização de uma ideologia capaz de naturalizar a intervenção desse Estado no domínio econômico, substituindo-se aos agentes privados ou subordinando-os.

O estamento não apenas se impôs pelo aparelho estatal como sócio das atividades lucrativas operadas a partir dos seus domínios territoriais de Portugal, mas também elaborou, dirigiu e coordenou todos os elementos dessas, buscando repelir ou manter sob o seu controle o movimento essencialmente caótico (porém, criativo e pleno de oportunidades) do livre mercado.¹⁴⁵

Por isso, no âmbito do capitalismo politicamente orientado que aqui se instalou por obra de nossa colonização, o estamento define os partícipes do jogo econômico e seu *status*. Ajusta esse, partindo de uma rígida normatização marcadamente burocrática, que

¹⁴⁵ “Próximo dos monopólios, com outra forma de cooperação dos particulares, instituíram-se as companhias privilegiadas de comércio, a Companhia Geral do Comércio do Brasil (1649), a Companhia do Maranhão (1678), a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão (1755) e a Companhia de Pernambuco e Paraíba. Essas empresas, ao contrário das companhias inglesas e holandesas, que abrigavam os particulares sob o auxílio do soberano, distinguem-se pela iniciativa oficial e pelo preponderante papel do Estado. Outra modalidade de comando material, efetivo, íntimo da economia constituíam as concessões – formas de delegação de gestão econômica de bens que se articulam no conceito moderno -, das quais a de mineração era a mais importante, modalidade que se dilui, apesar de seus caracteres iniciais, no tráfico de escravos, engenhos de açúcar e regime de sesmarias. Os três tipos de controle da economia – o monopólio, as companhias, e as concessões (típicas e atípicas) – se integram no domínio do comércio da metrópole, o pacto colonial, o comércio reservado, xenofobamente, aos portugueses, desde as medidas de D. Sebastião e dos Filipes (1571, 1591, 1605). Os monopólios, os privilégios, as concessões não são expedientes de fria exploração: eles fomentam para explorar, alimentam a vaca americana – a expressão é do primeiro Bragança, D. João IV – para ordená-la com maior vigor, impiedosamente.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984, p. 221-222.

permite acomodações casuísticas, fazendo proliferar monopólios, concessões, e articulando os envolvidos em uma teia de privilégios.¹⁴⁶

Desse modo, o controle sob o sistema político-estatal sempre implicou, entre nós, no controle (“responsabilidade”) do âmbito econômico e social. Em seu *modus operandi*, o Estado patrimonial, sob o controle do estamento, buscou dirigir a economia de modo a manipular seus resultados de forma paternalista.

Ocorre que, de um modo geral, tanto na tradição liberal quanto na marxista, a existência de um Estado patrimonial, seu controle por um estamento, e a sua capacidade para dirigir a economia são admitidos como fases ou momentos passageiros, transitórios, necessariamente destinados à superação pela dinâmica das relações de poder ditadas por um mercado mundial.

Mas aqui, o passado se mostrou capaz de pautar o futuro. E o desenvolvimento das relações capitalistas se mostra relativamente travado pela intervenção do estamento, regulando e adaptando os influxos do mercado mundial frente às conveniências políticas impostas pelos imperativos de sua própria reprodução.

A *modernização conservadora* foi uma das respostas na tentativa de adaptação aos novos tempos, representando desenvolvimento sem ruptura, sem revolução.

O perfil claramente “bonapartista”¹⁴⁷ assumido pelo estamento, buscando posicionar-se acima do conflito de classes, reservando-se a posição de árbitro, para melhor encenar o seu jogo (sobrevivência própria e reprodução), foi, com o tempo e a

¹⁴⁶ “O capitalismo comercial, politicamente orientado, só ele compatível com a organização política estamental, sempre gradativamente burocrático, ajusta a si o direito, limita a ideologia econômica, expande-se em monopólios, privilégios e concessões. Os parceiros da jornada da África, Ásia e América se entendem e se ajudam, estabilizando a economia, nela intervindo íntima e diretamente, sob a tutela do soberano. O Brasil, de terra a explorar, converte-se, em três séculos de assimilação, no herdeiro de uma longa história, em cujo seio pulsa a Revolução de Avis e a corte de D. Manuel” Op. Cit. p. 67-68.

¹⁴⁷ “Nos escritos de MARX e ENGELS, a expressão bonapartismo refere-se a uma forma de regime político da sociedade capitalista na qual a parte executiva do Estado, sob o domínio de um indivíduo, alcança poder ditatorial sobre todas as outras partes do Estado e da sociedade. O bonapartismo constitui assim uma manifestação extrema daquilo que, em escritos marxistas recentes sobre o Estado, foi chamado de sua ‘autonomia relativa’. O principal exemplo dessa forma de regime durante a vida de MARX foi o de Luís Bonaparte, sobrinho de Napoleão I, que passou a ser Napoleão III depois do golpe de Estado que deu em 2 de dezembro de 1851. Esse episódio inspirou uma das mais importantes e brilhantes páginas históricas de MARX. **O dezoito brumário de Luís Bonaparte**. ENGELS, por sua vez, também dedicou considerável atenção ao governo de Bismarck na Alemanha, nele encontrando muitos paralelos com o bonapartismo. (...) ENGELS disse que, embora o Estado representasse a classe dominante, excepcionalmente, porém, ocorrem períodos nos quais as classes em luta se equilibram de tal modo que o poder estatal, como mediador ostensivo, adquire um momento, uma certa margem de independência em relação a ambas. Essas formulações ressaltam o alto grau de independência do Estado bonapartista, mas seu caráter ditatorial merece igual destaque.” BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988, p. 35.

evolução da complexidade social (urbanização e industrialização), projetando lideranças que, em seus desdobramentos, cunhou variantes como o *caudilhismo* e o *populismo*.

Mas o mais importante aqui nos parece ser, o reconhecimento do caráter não provisório, transitório ou precário e de eficácia indiscutível dessa modalidade de controle político social e de sua capacidade para imprimir uma orientação ao desenvolvimento econômico – *capitalismo politicamente orientado*.¹⁴⁸

Enfim, o capitalismo politicamente orientado, sob uma ordem estamental de domínio e poder, apresenta-se pleno, mediando relações econômicas importantes e decisivas para o mercado interno e articulações desse com o mercado global.

Avanço e atraso se combinam. Incorporam-se novas tecnológicas e perpetuam-se velhos privilégios. Mantém-se a subordinação do setor privado ao público-estatal e controla-se o ritmo do desenvolvimento e o seu potencial para propiciar melhorias nas condições de vida de amplos segmentos da sociedade nacional.¹⁴⁹

¹⁴⁸ “A crítica liberal e a marxista, ao admitirem a realidade histórica do Estado patrimonial, com sua alma no capitalismo politicamente orientado, partem do pressuposto da transitoriedade do fenômeno, quer como resíduo anacrônico quer como fase de transição. Ambas, na verdade, comparam a estátua imperfeita a um tipo ideal, este, em termos de distância histórica, de existência mais curta, de cores mais embaralhadas que a clara visão de seus ideólogos. O ponto de referência é o capitalismo moderno tal como decantado por ADAM SMITH, MARX e WEBER, tratados os estilos divergentes como se fossem desvios, atalhos sombreados, revivescências deformadoras, vestígios evanescentes. Sobre um mundo acabado, completo, ou em via de atingir sua perfeição última e próxima, a vista mergulha no passado, para reconstruí-lo, conferindo-lhe um sentido retrospectivo, numa concepção linear da história. O passado tem, entretanto, suas próprias pautas, seu curso, embora não caprichoso obra dos homens e de circunstâncias não homogêneas. O historiador adverte o filósofo, elimina o elemento irracional dos acontecimentos, mas, nesta operação, cria uma ordem racional, que não só por ser racional será verdadeira.” Op. Cit. p. 735.

¹⁴⁹ “A um corpo renovador, expansivo e criador, se agregam, em convivência relutante, nações modernizadoras, em constante adaptação, mas dentro de projeções de seu próprio passado, de sua história, lançada em outro rumo. Característico principal, o de maior relevância econômica e cultural, será a do predomínio, junto ao foco superior de poder, do quadro administrativo, o estamento que, de aristocrático, se burocratiza progressivamente, em mudança de acomodação e não estrutural. O domínio tradicional se configura no patrimonialismo real, que se estende sobre largo território, subordinando muitas unidades políticas. Sem o quadro administrativo, a chefia dispersa assume o caráter patriarcal, identificável no mando do fazendeiro, do senhor de engenho e dos coronéis. Num estágio inicial, o domínio patrimonial desta forma constituído pelo estamento apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal. O caminho burocrático do estamento, em passos entremeados de compromissos e transações, não desfigura a realidade fundamental, impenetrável às mudanças. O patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como técnica de operação da economia. Daí se arma o capitalismo político ou capitalismo politicamente orientado, não calculável nas operações, em terminologia adotada no curso desse trabalho. A compatibilidade do moderno capitalismo, com esse quadro tradicional, equivocadamente identificado ao pré-capitalismo, é uma das chaves da compreensão do fenômeno português-brasileiro, ao longo de muitos séculos de assédio do núcleo ativo e expansivo da economia mundial, centrado em mercados condutores, numa pressão de fora para dentro” Op. Cit. p. 736.

A essa altura, parece-nos necessário demonstrar o modo pelo qual o estamento mantém sua unidade, adaptando-se às consequências políticas desencadeadas por mudanças inesperadas na sociedade e no mercado mundial.

Analisaremos como este foi se convertendo em uma *tradição*, uma *ideologia*, um *discurso de justificação*, que refreia a transformação que brota espontaneamente na sociedade civil. Trata-se da *cultura do conchavo* entre líderes, de *conciliação pelo alto*.

2.4 - A Tradição Política da Conciliação e do Conchavo

Afirmamos que a configuração política estabelecida entre as diversas facções que compõe o estamento político no Brasil é de natureza eminentemente oligárquica. E todo poder oligárquico é excludente e implica numa expropriação pela minoria.

De fato, ao longo de nossa História, o *estamento* vem se expandindo por “ajuntamento”, por *sedimentação*, podendo-se compreender sua organização interna, por aproximação, a partir do conceito de “*bloco histórico*” formulado por Gramsci.¹⁵⁰

Aqui, os representantes e elementos organicamente vinculados a determinados grupos econômicos, cujos interesses estão associados ao estamento, ao perceberem ares de decadência, em suas respectivas atividades produtivas, seja em função da predatória exploração extrativista (açúcar, ouro, borracha, etc.), ou por mudanças na divisão internacional do trabalho (café, manufaturados de baixa qualidade), sempre conseguiram negociar com os novos grupos, política e economicamente ascendentes, a sua permanência no poder - ainda que em posição subordinada.

Do ponto de vista político, o que mais nos chama atenção é a capacidade demonstrada pelo estamento na administração de suas crises internas. Como dissemos, o estamento constitui-se em um “bloco de poder” em contínua expansão. Este movimento foi certamente facilitado pelo longo período do *poder agrário*, em que se desenvolveu um profundo senso de solidariedade entre os dominantes, expressado nas “*relações de compadrio*”.

Assim, sempre que determinados grupos, em sua ascensão política e/ou econômica, sentiram-se capazes e autorizados a pleitear uma fatia (ou a “hegemonia”, aqui também em sentido gramsciano) do poder político, este lhe abria as portas em um processo histórico recorrente de *cooptação*.

Os conflitos internos foram, assim, resolvidos pelo recurso do *conchavo* ou *conciliação*. Talvez por isso, possamos explicar a ausência de qualquer tradição partidária no interior do bloco estamental-oligárquico. Na verdade, os partidos nunca pareceram ter tido muita importância, constituindo-se em mera sigla para registro, de caráter apenas formal. Por outro lado, o centro de gravidade parece ter-se constituído em torno de alguns “caciques” que, em certos momentos, aglutinam aspirações por

¹⁵⁰ GRAMSCI, Antônio. **Maquiavel, a política e o Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984.

hegemonia em luta.

Mas de um modo geral, toda vez em que foi necessária a acomodação de um segmento emergente ao bloco no poder, recorreu-se à pilhagem do Estado (*patrimonialismo*), sob as práticas de *super* e/ou *subfaturamento* nas contratações administrativas, como forma de transferir à cada facção o seu “quinhão” - a exemplo da “máfia do orçamento” no Congresso e diversas operações envolvendo privatizações.

Todavia, a principal moeda de negociação continua sendo a nomeação de pares para cargos dentro do próprio Estado, com a apropriação direta do poder político, na administração pública; ou indireta, como nas empresas estatais.

O Estado é o balcão de negócios do estamento oligárquico brasileiro e viabiliza a manutenção de um poder paroquial, justificado por adesão das diversas facções políticas à cultura da conciliação e do conchavo entre *os mais iguais*. Por isso, no estamento não são admitidas classes sociais. Mas apenas indivíduos, lideranças representativas com capacidade para manipulá-las, que se aglutinam no interior do estamento em agrupamentos, identificados por um *estilo* e pela unidade por meio da qual enfrentam os reconhecidos como inimigos.

Por isso, os que não se adequaram ao *estilo* requerido, ao modo de composição de interesses e de manutenção de compromissos (não se mostrando confiáveis para ao seu conjunto), foram tratados com extrema violência, física e/ou simbólica. Visto que, para manter a unidade, identidade e existência, o estamento sempre combinou persuasão/cooptação com extremada repressão.

Nesse contexto, a ordem jurídica, a lei, sempre se manifestou sob dupla-face: “*aos amigos tudo, aos inimigos à lei.*”¹⁵¹

Não nos surpreende diante da combinação de tantas “habilidades” que o estamento continue exercendo seu modo peculiar de controle sobre o Estado e a sociedade. Uma melhor compreensão acerca desse processo histórico requer a

¹⁵¹ “A lei podia e pode dizer que todos são iguais, mas uns são mais iguais e outros menos iguais, tanto que as rebeliões e insurreições foram tratadas mais ou menos rigorosamente de acordo com os iguais que se insurgiam. Veja-se como tratam os menos iguais, os cabanos, os balaios, os praieiros; e as conspirações, as anistias com que tratam os mais iguais, os farrapos, para os quais enviam e renovam-se presidentes de província e gerais no comando. Assim, a conciliação foi sempre minoritária, feita pelo grupo dominante entre si, com pequenas e mínimas concessões à grande maioria brasileira. Assim foi no Império, assim foi na República, na Velha e na Nova, nas quais quando foi necessário recorreu-se à ideia de conciliação. O poder foi sempre um círculo de ferro, onde é difícil penetrar, mas quando um ou uns são iguais do grupo minoritário que se mostram rebeldes, é possível fazer a conciliação, buscar a coexistência evitando o conflito, e fazendo à maioria as concessões mínimas indispensáveis ao êxito sempre temporário, sempre transferível para adiante, sempre realizado em tempo travado, longo, de forma lenta e gradual” RODRIGUES, J. H. *Conciliação e reforma no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 13.

reconstrução de três fatores estruturantes de nossa realidade político-estatal: a *organização administrativa*, o *funcionalismo público* e o *sistema jurisdicional*.

2.5 - A Organização Administrativa e o Funcionalismo do Estado Patrimonial

Diversamente do ocorrido na gênese e desenvolvimento do Estado absolutista clássico (França e Inglaterra), onde a autoridade estatal emergente viu-se obrigada a empreender uma dramática ação centralizadora para enfrentar e submeter uma pluralidade de autoridades regionais hostis a um único poder soberano, o Estado patrimonial, surgido da reconquista, buscou um grau de centralização suficiente apenas para garantir sua participação na grande empresa mercantil.

Por isso, não obstante seja sua estrutura administrativa hierárquica e monocrática, há um sistema de delegação dirigido às esferas intermediárias (Conselhos Colegiados) e dessas aos órgãos individuais de execução local.

Mas como o soberano, de regra, só se interessava pela arrecadação do fisco e pelos lucros, e os órgãos colegiados pela manutenção de seu estilo aristocrático e seus privilégios, desde muito cedo houve no reino (Portugal) margem significativa para o exercício quase pessoal do poder pelos órgãos locais de administração.

Poder unipessoal e marcadamente autoritário deixou marcas profundas, sobretudo, nas sociedades constituídas por transplantação, como a nossa. Aqui também a existência de órgãos colegiados e a fraca rigidez da estrutura hierárquico-administrativa contribuirão para tornar o governo fluído.

Isto porque, dada à natureza personalista assumida pela autoridade administrativa no âmbito de um Estado patrimonial, não obstante a hierarquização que se compunha por várias instâncias intermediárias como previsto nas *Ordenações*, todos procuravam contornar as mediações institucionais para dirigir-se pessoalmente ao “rei” e/ou aos membros do estamento mais próximos dele.

Em sua composição interna, o sistema administrativo do Estado patrimonial teve que recrutar seus quadros no contexto histórico e social disponível,¹⁵² encontrando nos *letrados* o recurso humano necessário à Administração. Nesse grupo destacam-se os

¹⁵² “Há um rumor antiaristocrático na reorganização política e administrativa do reino, antiaristocrático com o sentido de oposição à nobreza territorial, sem caracterizar um movimento democrático. Uma aristocracia nova ocupará o lugar da velha aristocracia, incapaz esta, em todo o curso da história portuguesa, de ordenar o Estado à sua feição, instrumento, numa oportunidade, da política do rei contra o clero, vítima, mais tarde, da aliança do rei com a burguesia... As Cortes de 1385 distinguem quatro ordens de pessoas, capazes de tomar assento no plenário das decisões políticas: prelados, fidalgos, letrados, e cidadãos. Ao lado das outras três categorias ganha relevo o letrado, cuja matéria prima constituirá o aparelho público da fazenda, justiça e administração superior.” Op. Cit.. 48.

bacharéis e juristas, especialmente afeiçoados ao cumprimento das mais importantes tarefas administrativas e jurisdicionais.

Esse modelo, que na metrópole já demonstrou sua propensão ao fomento do arbítrio e à desobediência junto aos órgãos locais de execução, distantes dos centros administrativos do poder Estatal, quando transposto para o Brasil, intensificou ainda mais os seus sintomas de perversão.¹⁵³

Seja nas capitâneas hereditárias, nos engenhos, nas concessões da mineração ou na grande propriedade cafeeira, um poder local, pessoal e privado, sempre se imiscuiu na esfera administrativa, usurpando funções de natureza pública.

Todavia, a compreensão mais adequada de como evoluiu esse quadro até o nepotismo, requer uma análise da representação do “*cargo público*”.

Já no início da expansão marítima, o Estado português atingira um grau substantivo de centralização capaz de permitir um salto de qualidade na aventura mercantilista, impondo sua autoridade e garantindo seus interesses em um vasto território ocupado por uma reduzida população. A gestão da coisa pública se dava por meio de inúmeros cargos, separados física e juridicamente da Casa Real.

No entanto, a separação era mais aparente que real e o que se buscava por meio desses cargos era um reconhecimento jurídico distintivo, vinculado a privilégios, um “passaporte” para a obtenção de um título de nobreza¹⁵⁴. Para os que os aspiravam, o desejo era de intimidade com o poder, com a autoridade superior.

¹⁵³ “Um esquema vertical na administração pública colonial pode ser traçado, na ordem descendente: o rei, o governador-geral (vice-rei), os capitães (capitâneas) e as autoridades municipais. A simplicidade da linha engana e dissimula a complexa, confusa e tumultuária realidade. Sufoca o rei, seu gabinete de muitos auxiliares, casas, conselhos e mesas. O governador-geral, chefe político e militar, está franqueado do ouvidor-geral e do provedor-mor, que cuidam da justiça e da fazenda, os capitães-gerais e governadores e os capitães-mores das capitâneas se embarçam de uma pequena corte, frequentemente dissolvida nas juntas, os municípios, com seus vereadores e juizes, perdem-se no exercício de atribuições mal delimitadas. A dispersão em todos os graus se agrava com o vínculo frouxamente hierárquico: todos se dirigem ao rei e ao seu círculo de dependentes, atropelando os graus intermediários de comando. Duas fontes de fluidez do governo: os órgãos colegiados e a hierarquia sem rigidez. O quadro metropolitano da administração como que se extravia e se perde, delira e vaga no mundo caótico, geograficamente caótico, da extensão misteriosa da América. Os juristas e burocratas portugueses, pobres de inspiração criadora – ao contrário dos escolásticos espanhóis, enredados na sutileza de especulações pouco práticas e dos colonizadores ingleses, desvinculados da teoria rígida – transplantam mais do que adaptam, exportam mais do que constroem. Flexibilidade colonizadora e hierática fixação de pensamento – esta a característica da armadura colonial, imposta ao flutuante, mutável e rebelde mundo atlântico. Vinho novo lançado em odres velhos, mas vinho sem capacidade para fermentar e romper os vasilhames tecidos por muitos séculos. O arbítrio, a desobediência, a rebeldia das autoridades coloniais, ao lado da violência, terão um papel criador, ajustando o vinho novo aos odres antigos, não raro desfigurados, deformados pelas pressões locais” Op. Cit. p. 176-177.

¹⁵⁴ “O cargo público em sentido amplo, a comissão do rei, transforma o titular em portador de autoridade. Confere-lhe a marca de nobreza, por um fenômeno de interpenetração inversa de valores. Como o

Esse quadro funcional, sevado à bajulação, legitimado pela proximidade com o poder, adquire, ele próprio, uma parcela desse poder, para utilizá-lo contra a sociedade, de modo arbitrário e despótico¹⁵⁵. Disso resulta uma relação na qual se difunde uma *moralidade pervertida*, de justificação utilitária, cabendo aos “inferiores” garantirem determinadas tarefas e respeito a procedimentos que sejam adequados aos fins determinados pelos “superiores”¹⁵⁶.

A utilidade para o exercício da função bonapartista reservada ao estamento deve ser ressaltada, em face da importância simbólica do cargo público,¹⁵⁷ em uma sociedade organizada em torno de um Estado patrimonial.

O poder para nomear e a aptidão para ser nomeado para um cargo público constituiu um dos objetivos fundamentais de lideranças e indivíduos no interior de sociedades patrimonialistas.¹⁵⁸

emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático dos súditos. Para a investidura, em muitas funções públicas, era condição essencial que o candidato fosse homem fidalgo, de limpo sangue (Ordenações Filipinas, L. I, Tit. I), ou de boa linhagem (idem, Tit. II). Nas Câmaras se exigia igual qualificação para a escolha dos vereadores entre os homens bons – embora, na realidade, esses caracteres fossem muitas vezes ignorados. Os homens bons compreendiam, num alargamento contínuo, além dos nobres de linhagem, os senhores de terras e engenhos, a burocracia civil e militar, com a contínua agregação de burgueses comerciantes. Os Livros da Nobreza, guardados pelas Câmaras, sofriam registros novos e inscrições progressivas, sem contudo, eliminar a categoria aristocrática. Não tardaria muito e a venda de empregos elevaria aos cimos da nobreza a burguesia enriquecida, para indignação e pasmo das velhas linhagens.” Op. Cit. p. 175.

¹⁵⁵ “A objetividade, a impessoalidade das relações entre súdito e autoridade, com os vínculos racionais de competências limitadas e controles hierárquicos, será obra do futuro, do distante e incerto futuro. Agora, o sistema é o de manda quem pode e obedece quem tem juízo, aberto o acesso ao poder retificador do rei somente aos poderosos. O funcionário é à sombra do rei, e o rei tudo pode: o Estado pré-liberal não admite a fortaleza dos direitos individuais, armados contra o despotismo e o arbítrio.” Op. Cit. p. 172.

¹⁵⁶ “Fazenda, guerra e justiça são funções dos reis, no século XVI, funções que se expandem e se enleiam no controle e aproveitamento da vida econômica. Uma constelação de cargos, já separada a administração pública da casa real, realiza as tarefas públicas, com nomeações e delegações de autoridade. Separação, na verdade, tênue, em que o valido da corte se transmuta em funcionário ou soldado, num processo de nobilitação, que abrange o letrado e o homem de armas. O patrimônio do soberano se converte, gradativamente, no Estado, gerido por um estamento, cada vez mais burocrático. No agente público – o agente com investidura e regimento e o agente por delegação – pulsa a centralização, só ela capaz de mobilizar recursos e executar a política comercial. O funcionário é o outro eu do rei, um outro eu muitas vezes extraviado da fonte de seu poder. (...) O cargo, como no sistema patrimonial, não é mais um negócio a explorar, um pequeno reino a ordenar, uma mina a aproveitar. O senhor de tudo, das atribuições e das incumbências, é o rei – o funcionário será apenas a sombra real. Mas a sombra, se o sol está longe, excede a figura...” Op. Cit. p. 171.

¹⁵⁷ “A burguesia, nesse sistema, não subjuga e aniquila a nobreza, senão que a esta se incorpora, aderindo à sua consciência social. A íntima tensão, tecida de zombarias e desdêns se afrouxa com o curso das gerações, no afidalgamento posição da ascensão social. A via que atrai todas as classes e as mergulha no estamento é o cargo público, instrumento de amálgama e controle das conquistas por parte do soberano.” Op. Cit. p. 176.

¹⁵⁸ “O patrimonialismo, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência. O Estado ainda não é uma pirâmide autoritária, mas um feixe de cargos,

Para se conferir homogeneidade à massa de funcionários públicos continuamente recrutados, desde a formação do Estado em Portugal, foi se constituindo um sistema de educação voltado a esse objetivo¹⁵⁹, preparando-os, qualificando-os e imprimindo a eles um *estilo de vida* voltado para uma administração burocrática e para apoio à grande empresa mercantilista na qual o próprio Estado se transformou.

Essa identidade distintiva e desigual que está na base da ideologia do estamento, ao que parece, em muito facilitou outras modalidades de perversão que foram se instituindo no âmbito do Estado patrimonial em Portugal e no Brasil.

Ora, na medida em que toda forma de atividade econômica requeria prévia autorização do poder público e que praticamente só existia regime de monopólios e concessões, necessário se fazia uma gama de funcionários dedicados ao planejamento, coordenação, supervisão e, sobretudo, fiscalização. E nesse meio, inúmeros interesses serão cotidianamente contrariados, *criando-se dificuldades para se vender facilidades*.

De qualquer modo, ao arbítrio no exercício das competências administrativas, agrega-se o espírito de extorsão e a corrupção¹⁶⁰ logo se tornou uma presença inseparável, ora tolerada e até estimulada pelo estamento, ora brandida como mal da humanidade, a ser extirpado com o sangue de adversários políticos que não se deixaram cooptar.

Ocorre que a relação do estamento com o funcionalismo obedece ao sabor da conjuntura econômica, derramando-se em generosidade corporativa nos períodos de

reunidos por coordenação, com respeito à aristocracia dos subordinados. A comercialização da economia, proporcionando ingressos em dinheiro e assegurando o pagamento periódico das despesas permitiu a abertura do recrutamento, sem que ao funcionário incumbissem os gastos da burocracia, financiando os seus dependentes. Todos, cargos elevados – que dava nobreza ou qualificavam origem aristocrática –, como os cargos modestos hauriam a vida e o calor do tesouro, diretamente vinculado à vigilância do soberano” Op. Cit. p. 84.

¹⁵⁹ “O sistema de educação obedece à estrutura, coerentemente: a escola produzirá os funcionários, letrados, militares e navegadores. Mas os funcionários ocupam o lugar da velha nobreza, contraindo sua ética e seu estilo de vida. O luxo, o gosto suntuário, a casa ostentatória são necessários à aristocracia. O consumo improdutivo lhes transmite prestígio, prestígio como instrumento de poder entre os pares e o príncipe, sobre as massas, sugerindo-lhes grandeza, importância, força.” Op. Cit. p. 84-85.

¹⁶⁰ “O funcionário está por toda a parte, dirigindo a economia, controlando-a e limitando-a a sua própria determinação. Uma realidade política se entrelaça numa realidade social: o cargo confere fidalguia e riqueza. A venalidade acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela de poder que o acompanha. A expressão completa dessa comédia se revela numa arte, cultivada as escondidas: a arte de furtar. A nota de crítica e de censura flui de duas direções, ao caracterizar o enriquecimento no cargo como atividade ilícita: a ética medieval, adversa a cobiça e a ética burguesa, timidamente empenhada em entregar o comércio ao comerciante. (...) Onde há comércio há governo: a administração segue a economia, organizando-a para proveito do rei, senhor e regente do tráfico. Desta confusão de águas não resulta apenas a peita, a corrupção, senão a enxurrada de servidores e pretendentes a servidores, de soldados e dependentes, de reivindicadores de pensões para a velhice” Op. Cit. p. 82-83.

bonança e impondo o arrocho que for necessário nos momentos de crise sistêmica - muitas vezes transformado em *bode expiatório* de todo o esbanjamento patrimonialista.

Mas o fato é que o padrão de administração instituído pelo estamento no bojo do Estado patrimonial ibérico admite como um modo usual de se contornar crises, e compor divergências, a incorporação permanente de novas levas de funcionários no âmbito da Administração.¹⁶¹

Ulteriores redefinições do marco jurídico-político e administrativo, como a criação de um Estado Federal, por exemplo, só fará aumentar o problema, agora presente em diversos níveis.

No âmbito do Estado patrimonial, a lei não apenas distingue trabalhadores do setor público e privado, mas no primeiro estabelece outras diferenciações, a exemplo de *funcionário e agente*.¹⁶²

A desigualdade remuneratória, aliada à precariedade e a transitoriedade da condição de muitos funcionários acentua a predisposição à corrupção, legitimada pelo suposto pouco caso do próprio aparelho administrativo.

Nesse contexto histórico, a função administrativa, ou função pública, delimitada no contemporâneo Estado Democrático e Social de Direito, como busca republicana do bem em comum, é percebida apenas no seu aspecto econômico imediato, como uma burocracia que articula, coordena e comanda toda a economia.

De fato, durante o período colonial no Brasil, o estamento buscou utilizar a *função pública* como mecanismo de integração social, recrutando e mantendo no interior da Administração, quadros oriundos da metrópole e novas lideranças da própria colônia.

¹⁶¹ “Para o desenvolvimento espantoso que tem esse corpo oficial entre nós, não concorre, como pensam, o número dos empregos; sim a tendência absorvente da administração a par da falta de iniciativa particular. Não se trata de uma classe, grupo ou camada que se apropria do Estado, do seu mecanismo burocrático, para o exercício do governo. Uma categoria social, fechada sobre si mesma, manipula lealdades com o cargo público, ela própria, sem outros meios, assentada sobre as posições políticas. Entre a carreira política e a dos empregos há uma conexão íntima e necessária, servindo o Estado como o dispenseiro de recursos, para o jogo interno da troca de vantagens. Essa coluna, parte do imperador e vai até às eleições paroquiais, articula-se na vitaliciedade e se projeta nas autoridades policiais e judiciárias donas dos votos, no manejo caricato da soberania nacional.” Op. Cit. 390-391.

¹⁶² “O funcionário recebe retribuição monetária, o agente desfruta de vantagens indiretas, com títulos, patentes, que compensam a gratuidade formal. Os ordenados dos funcionários pouco crescem no curso dos anos numa despesa global fixa, apesar do número crescente de pessoal, com o aumento das tenças e dos juros nas despesas públicas, o que sugere a expansão da nobreza e do comércio, controlada a burocracia numa rede de governo, que gravita em torno do rei e de sua aristocracia. Essa degradação dos vencimentos explicará as inúmeras denúncias de corrupção, aliada a violência, instrumento, esta, para garrotar os súditos, sobretudo, se as distâncias e o tempo os desamparam da vigilância do superior. Os vícios que a colônia revela nos funcionários portugueses se escondem na contradição entre os regimentos, leis e provisões e a conduta jurídica, com o *torcimento* e as evasivas do texto em favor do apetite e da avareza.” Op. Cit. p. 172.

Após a independência, igualmente se serviu desse artifício para reduzir-se a tensão entre a capital e as províncias, mesclando, em todos os níveis da administração, elementos dos dois pólos, recrutados em todas as regiões.

Como já afirmamos, trata-se de uma *estratégia historicamente aperfeiçoada pelo estamento*, que internaliza as contradições políticas e sociais no seio da Administração, para aí buscar uma composição. O que surpreende é a longevidade e a eficácia desse arranjo político.¹⁶³

No entanto, utilizar o serviço público como meio usual de composição de facções políticas, de interesses econômicos, de integração social, transformando o emprego neste, por sua estabilidade, vitaliciedade e privilégios, implicou em extirpar o dinamismo, a inventividade e o espírito de empreendimento, fatores decisivos para as sociedades que lograram atingir um patamar satisfatório de desenvolvimento político-social na modernidade ocidental.

Entre nós, o patamar simbólico atribuído ao cargo público impediu a emergência de um sistema de personalidade justificado pela iniciativa empreendedora individual, como o *self made man* dos anglo-saxônicos. Ao contrário, prevaleceu o espírito de grupo, de corpo, e, mais recentemente, de *quadrilha*. Aqui, o emprego público, *de per se*, tornou-se referência de “*oportunidades*”. Daí porque fundamental garanti-lo para si e os parentes.

¹⁶³ “A função pública congrega, reúne e domina a economia. Ela é o instrumento regalista da classe dominante, formando um “patriciado administrativo.” Por meio dele, amolda-se o complexo metropolitano e se homogeneiza o mundo americano. Nas suas duas expressões – o funcionário de origem cortezã e o agente local recrutado pelo rei – fixa-se a transação entre a centralização governamental e as correntes desintegradoras dos núcleos locais e provinciais. Um problema de domínio se resolve num problema de conciliação, formulada pelo alto: a conciliação entre a unidade do governo e a tendência regionalista e desintegradora, oriunda da extrema latitude de base geográfica, em que assenta a população. A independência, o império, e a República sentirão, a cada passo e em todos os episódios, o latente ou aberto contraste das duas pontas do dilema.” Op. Cit. p. 174-175.

2.6 - *Origens do Sistema Jurídico-normativo do Estado Patrimonial Brasileiro*

O Direito surge como desenvolvimento da linguagem, das forças produtivas (tecnologia), e das relações sociais de produção, no âmbito do que MARX chamou de “superestrutura,”¹⁶⁴ - com as relativizações da crítica de HABERMAS¹⁶⁵.

Portanto, toda sociedade que pauta sua existência na linguagem e na necessidade coletiva de produzir bens indispensáveis à sua sobrevivência, desenvolve instituições, princípios e valores jurídicos.

Qualquer totalidade sociocultural tende a criar o *seu direito*.¹⁶⁶

Mas no Brasil, este veio transplantado pela aventura colonial, representante da dominação política e militar de uma cultura. Assim, inicialmente entre nós aplicaram-se os *Forais*¹⁶⁷, em especial durante o período das *capitanias hereditárias*.

Neste contexto, o “*donatário*” acumulava funções de administração, chefia militar e magistratura. Atuava de forma inquisitorial confundindo ordem jurídica com prepotência pessoal.

Com a centralização promovida pela criação de um Governo Geral, a vontade da *Coroa* passou a se impor pelas *Ordenações do Reino* - Afonsinas (1466), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).¹⁶⁸ Tratava-se de compilações de leis extravagantes, na maioria

¹⁶⁴ “Na produção social da sua existência, os homens estabelecem relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e a qual correspondem determinadas formas consciência social.” (MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 1983. p. 24.)

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

¹⁶⁶ Como podemos perceber em algumas experiências marginais ocorridas ao longo de nossa história, como nos quilombos e em inúmeras nações indígenas que não chegaram a se aculturar (como os yanomani), ou até mesmo naquelas que se desenvolveram sob a orientação jesuítica no período anterior às reformas pombalinas.

¹⁶⁷ Documento real de concessão de foro jurídico próprio, isolado, diverso, aos habitantes medievais de uma povoação européia (no caso português, também a qualquer nova localidade fundada no seu Império) que se queria libertar ou manter livre do poder senhorial ou feudal, erigindo-se em conselho, com autonomia municipal, colocando-se no domínio e jurisdição exclusivas da Coroa, sob proteção pessoal do Rei, mas sem ser incorporada no domínio patrimonial senhorial da Casa Real.

¹⁶⁸ “As ordenações Afonsinas foram a primeira grande compilação das leis esparsas em vigor. Resultaram de um vasto trabalho de consolidação das leis promulgadas desde Afonso II, das resoluções das cortes desde Afonso IV e das concordatas de D. Dinis, D. Pedro e D. João, da influência do direito canônico e da Lei das Sete Partidas, dos costumes e usos. Pelo Fato de terem sido substituídas, em 1521, pelas Ordenações Manuelinas, tiveram pouco espaço de tempo quanto à sua aplicação no Brasil-Colônia. As Ordenações Manuelinas, de 1521, foram obra da reunião das leis extravagantes promulgadas até então com as Ordenações Afonsinas, num processo de técnica legislativa, visando a um melhor entendimento

com conteúdo jurídico-normativo que hoje denominaríamos de Direito Público, voltadas para a organização e atuação do Estado-Administração.¹⁶⁹

A centralização permitiu a constituição de um sistema estruturado, que passou a contar com instâncias recursais, nas quais se destacava a figura do *Ouvidor-Geral* – nomeado por um período de três anos, mas passível de demissão *ad nutum*.

Na primeira instância encontravam-se os *juízes ordinários*, os *juízes de fora* (nomeados por carta régia para representar interesses da Coroa), os *juízes de órfãos*, além de escrivães, tabeliães, meirinhos, inquiridores, quadrilheiros, e almotacés.

Com relação aos *Tribunais de Apelação*, tivemos a criação do *Tribunal de Relação na Bahia* (1587), que não chegou a instaurar-se, senão em 1609. Mais de um século após, em 1751, veio o *Tribunal de Relação* do Rio de Janeiro, constituído por dez desembargadores, dentre os quais um chanceler. E, no topo da pirâmide recursal, havia a possibilidade, em casos considerados especiais, de pedido à *Casa da Suplicação em Lisboa*.

Todavia, com a transferência da família real em 1808, D. João VI determinou, por *Alvará* de 10 de maio, a transformação do *Tribunal de Relação* do Rio em *Casa da Suplicação do Brasil*, que passou a atuar como *Superior Tribunal de Justiça*, nossa

das normas vigentes. Promulgadas em 1603, as Ordenações Filipinas compuseram-se da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, no sentido de, também, facilitar a aplicabilidade da legislação. Foram estas ordenações as mais importantes no Brasil, pois tiveram aplicabilidade durante um grande período de tempo. Basta lembrar que as normas relativas ao direito civil, por exemplo, vigoraram até 1916, quando foi publicado o nosso Código Civil Nacional” CRISTIANI, Cláudio Valentim. **O direito no Brasil Colonial**. In: **Fundamentos de história do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 216-217.

¹⁶⁹ “O príncipe se comunica com seus vassallos – e só o rei tem vassallos – por meio do regulamento, que, ao reconhecer os direitos fixos do estamento, delimita-os. Leis para quase-funcionários, aptas a ressaltar a supremacia real e capazes de organizar, por meio de cargos e privilégios, a ordem política do reino. As Ordenações Afonsinas, obra consequente da Revolução de Avis, preocupam-se, fundamentalmente, com as atribuições dos cargos públicos, inclusive os militares e os municipais; os bens e privilégios da igreja, os direitos do rei e da administração fiscal, a jurisdição dos donatários e as prerrogativas dos fidalgos, são nitidamente especificados. Depois de construída a arquitetura administrativa, especificam-se os direitos civil, processual e penal. (...) As Ordenações Manuelinas, reclamadas pela introdução de reformas administrativas e financeiras, sobretudo, concernentes à administração local, reformas que alteraram profundamente o novo código. (...) Um período de rápidas transformações, com a descoberta de novos mundos, levando o reino a se ajustar à realidade ultramarina, ferida a consolidação com inúmeras leis extravagantes, levou em 1603 à edição das Ordenações Filipinas, o mais persistente código legislativo de Portugal e do Brasil, confirmado, em 1640, por D. João IV, o primeiro rei da Dinastia de Bragança. As Ordenações Filipinas são, básica e principalmente, o estatuto da organização político-administrativa do reino, com minudente especificação de atribuições dos delegados do rei, não apenas daqueles devotados à justiça, senão dos ligados à corte e à estrutura municipal. Elas respiram, em todos os poros, a intervenção do Estado na economia, nos negócios, no comércio marítimo, nas compras e vendas internas, no tabelamento dos preços, no embargo de exportações aos países mouros e à Índia. A codificação expressa, além do predomínio incontestável e absoluto do soberano, a centralização política e administrativa.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder : formação do patronato político brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984, p. 64-65.

última instância. Mudança que levou a um maior profissionalismo na aplicação do direito, internalizando um sistema de personalidade adequado ao funcionamento de uma *maquina* - convertida em verdadeiro Estado nacional. Com isso, membros do *sistema jurídico*, sobretudo da cúpula, passaram a ocupar um papel diferenciado na sociedade colonial, constituindo-se em ocupantes honorários de nosso estamento político.

Ao contrário do que supunha a metrópole, esse “*profissionalismo*” não foi capaz de criar um corpo que ficasse distante dos interesses e pretensões das elites coloniais, origem do estamento político brasileiro. Antes, desenvolveram-se relações de natureza pessoal (parentesco, amizade, inimizade, *compadrio*, etc.) que passaram a orientar a tomada de decisões por parte dos operadores do Poder Público aqui constituído.

Mesmo os burocratas que partiam de Portugal cômicos de seu dever para com a Coroa, envaidecidos pela posição e responsabilidade, ao aqui chegarem, logo eram abordados por hábeis e persuasivos representantes do nascente estamento local.

Como na sua grande maioria o corpo burocrático do judiciário não pertencia à nobreza, quase sempre se transferiam como responsáveis por uma espécie de *familia ampliada*, raramente recusavam um aceno do estamento local.

“À elite local era extremamente conveniente à união com o corpo burocratizado de operadores jurídicos. A recíproca também não deixava de ser verdadeira. De um lado, encontrava-se uma elite local com esquemas formados de corrupção e manutenção do status quo. Do outro lado, magistrados dispostos a tudo a fim de garantirem privilégios para si e para os seus. A cooptação desses magistrados, por essas razões, não foi uma empresa difícil. Antes foi um encontro de interesses, de troca de favores recíprocos, pois ‘os atrativos oferecidos pelos grupos e indivíduos da colônia e os desejos dos magistrados davam início ao processo de interpenetração.’ Foram os operadores jurídicos do Brasil-Colônia, principalmente os desembargadores, os verdadeiros formadores de opinião, intelectuais orgânicos legitimadores do status quo, que nunca souberam diferenciar o público das relações privadas e os interesses da coletividade com os seus próprios interesses e os da classe dominante que representavam.”¹⁷⁰

Outro ponto de destaque diz respeito à ideologia prevalente entre os operadores do direito no Brasil. Em uma sociedade de iletrados, periférica, carente da nobreza nobiliárquica da Corte, a ascensão social só poderia dar-se pela “batina,” pela “farda,” ou pela “beca.” Um anel de grau acabava ocupando o espaço de um título de nobreza.

Em momento algum a Coroa teve preocupação com o desenvolvimento do ensino superior na colônia. No contexto de exploração, integrada à empresa mercantilista, a formação de uma elite intelectual local representava até um inconveniente. A assimetria

¹⁷⁰ CRISTIANI, Cláudio Valentim. Op. cit. p. 221-222.

intelectual em relação aos africanos e aos nativos, contrariamente ao que ocorreu na América espanhola, aumentou ainda mais o desprezo por tal investimento.¹⁷¹

Assim, enquanto em 1538 os espanhóis fundavam a Universidade de São Domingo, e treze anos depois a Universidade de São Marcos em Lima (Peru), a primeira faculdade de Direito brasileira só seria constituída em 1827, em Olinda.

O ensino no Brasil foi entregue pela Coroa aos jesuítas. Dominação e catequese colocaram-se como faces de uma mesma moeda na conversão dos gentios pra o serviço da expansão mercantil. Ministrando um ensino de natureza acadêmica, voltado para atividades contemplativas deslocadas do fazer local, apoiadas em uma interpretação escolástica da obra de ARISTÓTELES, essa concepção serviu apenas para aprofundar-se o preconceito entre o “trabalho manual” (visto como inferior e indigno) e o “trabalho intelectual” (visto como signo de distinção social e próprio à ascensão).

Até a independência, os quadros da administração pública foram inteiramente formados por formados na Universidade de Coimbra. Uma elite política e intelectual constituída que correspondia aos interesses centralizadores do poder metropolitano – ainda que isso não tenha sido suficiente para afastá-los da conjuração de interesses com as elites políticas e econômicas locais.¹⁷²

Com a proclamação e o aperfeiçoamento da construção do Estado nacional houve uma mudança significativa. À Faculdade de Direito de Olinda seguiu-se a criação da Faculdade de Direito de São Paulo. Apesar de funcionarem basicamente com um quadro docente de professores portugueses, essas escolas passaram a absorver - sobretudo, entre os estudantes - os *ares* do pensamento liberal de uma Europa que ainda vivia sob a vaga das jornadas revolucionárias.

¹⁷¹ LUGON, C. **A república comunista dos Guaranis**. Rio de Janeiro: Paz e Terra 1968.

¹⁷² “O bacharel, o pré-juíz, o pré-promotor, o pré-empregado, a véspera do deputado, senador e ministro, não criam a ordem social e política, mas são seu filho legítimo. O sistema prepara escolas para gerar letrados e bacharéis, necessários à burocracia, regulando a educação de acordo com suas exigências sociais. (...) Desde as primeiras horas da colonização, Portugal, sensível ao plano de governo da terra imensa e selvagem, mandou à colônia, ao lado dos agentes do patrimônio real, os fabricantes de letrados, personificados nos jesuítas. O gosto pelo diploma de bacharel – nota GILBERTO FREIRE – pelo título de mestre, criaram-no bem cedo os jesuítas no rapaz brasileiro; no século XVI já o brasileiro se deliciava em estudar retórica e latim para receber o título de bacharel ou de mestre em artes. Já a beca, dava uma nobreza toda especial ao adolescente pálido que saía dos pátios dos jesuítas. Nela se anunciava o bacharel do século XIX – o que faria a República, com a adesão até dos bispos, dos generais e dos barões do Império. Todos um tanto fascinados pelo brilho dos bacharéis. O caminho da nobilitação passava pela escola, pelos casarões dos jesuítas, pela solene Coimbra ou pelos acanhados edifícios de Olinda, São Paulo e Recife. O alvo seria o emprego público e, por via dele, a carruagem do estamento burocrático, num processo de valorização social decorrente do prestígio do mando político.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder** : formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984.

Todavia, se a adesão de nossos jovens bacharéis ao discurso liberal pôde abrir-lhes as portas da prática política, como autênticos representantes de um projeto de mudanças e transformações, logo constatou que diante da força política do estamento, seria mais conveniente utilizar o título e o anel *para abrir brechas* - para uma confortável acomodação a serviço de um Estado patrimonial excludente.

Ocuparam principalmente os postos ligados à nascente imprensa nacional, transformando-a em tribuna por meio da qual os ataques aos inimigos de hoje, transformavam-se nos elogios aos aliados de amanhã.¹⁷³

Contudo, justiça seja feita, nossos bacharéis não foram os únicos a capitular diante da “ideologia” do conchavo e da conciliação. Houve aqui uma dominação política fundada sobre uma forma peculiar de poder oligárquico, que abortou todas as tentativas históricas de transformação, acomodando em seu interior as forças potencialmente revolucionárias, cooptando-as, ou na impossibilidade, destruindo-as.

Essa dominação formou um poder de tipo *paroquial* fundado hierarquicamente na autoridade pessoal do chefe e nos favorecimentos e mandonismos daqueles laicos que os circundam. Dominação capaz de manter a massa da população entorpecida e domesticada por práticas *clientelísticas*; dominação capaz de facilitar pelo *fisiologismo* o acerto entre as várias facções que compõe o estamento pelo loteamento do Estado.

Nesse contexto, não poderíamos esperar senão o que identificamos como uma *colonização do sistema jurídico* (como de resto já se dera com o sistema administrativo-estatal) *pelo político*, sob a hegemonia do estamento.

Ora, se mesmo em Estados nos quais o direito passou a regular de modo peremptório a conformação do *Ser-estatal*, submetendo-o a uma rígida democracia procedimental, sob o pálio de valores republicanos, o sistema jurídico tende a ser *contaminado* pela ideologia dominante, no Estado patrimonial ele é apropriado desde os seus primórdios por membros associados e integrados ao estamento.¹⁷⁴

¹⁷³ “Nada obstante à ascensão do bacharel tipicamente brasileiro, que trouxe consigo os ideais do Iluminismo, o que se verifica é que não houve, nem poderia haver, a conformação do Estado, efetivamente, às ideias liberais, o que, em outras palavras, poderia significar a substituição do modelo tradicional por uma dominação de tipo racional nos moldes weberianos. Também a qualidade das relações sociais não sofreu qualquer alteração significativa, antes o que houve foi a incorporação daqueles elementos à estrutura já estabelecida, já delineada, ainda que em primeiros traços, desde a experiência das capitânicas hereditárias, dando ensejo a uma interessante contradição entre o discurso e a prática, o que aliás, se verifica até os dias de hoje” KOSIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: **Fundamentos de história do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 241.

¹⁷⁴ “Somente onde uma comunidade, um grupo, uma classe pôde subsistir sem a interferência do príncipe, se consolidou o direito como categoria inviolável ao arbítrio do Estado. Fora daí, numa estrutura de

A seguir passaremos a um recorte do universo conceitual, político e sociológico de algumas práticas decorrentes desse arranjo político-institucional. Pois, como afirmamos, o *patrimonialismo* deve ser concebido como *gênero*, cujas *espécies* constituem-se em práticas específicas de apropriação privada do patrimônio e do interesse público. Em suas variações destacamos o *paroquialismo*, o *fisiologismo*, o *clientelismo* e o *nepotismo*.

predomínio absoluto das interferências estatais, a realidade jurídica será sempre uma sombra do poder político, altaneiro, incontrastável, ameaçador. As atividades econômicas, os interesses, os contratos não se reduzem, dentro desse contexto social, ao ganho, ao lucro e às vantagens materiais. Tudo se subordina à glória, à honra, ao incremento dos valores que o estamento corporifica, atolado na cobiça mas com a cabeça nas nuvens. (...) O Brasil, de terra a explorar, converte-se, em três séculos de assimilação, no herdeiro de uma longa história, em cujo seio pulsa a Revolução de Avis e a corte de D. Manuel". FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984, p. 67-68.

CAPÍTULO 03 - MECANISMOS DE APROPRIAÇÃO PATRIMONIAL DO ESTADO NO BRASIL E SUA RECONFIGURAÇÃO RECENTE.

3.1 - O Paroquialismo como Estrutura Relacional de Poder

Compreendemos por *paroquialismo*¹⁷⁵ uma forma de organização piramidal da dominação política, fundada sobre uma ampla base territorial, sob a liderança de um “chefe local”. Trata-se de um verdadeiro *sistema*, uma organização relacional do poder político-social, por meio do qual se estabelece uma *linha de influência* entre os que, no topo, controlam os cofres do Estado e os que, “na base”, sustentam *clientelisticamente* o poder oligárquico-estamental.

Uma *estrutura* semelhante à hierarquia eclesiástica católica, na qual os senhores de engenho e/ou coronéis compunham-se, construindo instâncias intermediárias de decisão, até chegar ao *grande chefe*¹⁷⁶ - fosse ele representante do poder metropolitano, regente, imperador ou presidente.

Esse *velho paroquialismo* não foi eliminado com o processo de industrialização e urbanização - no bojo de uma *modernização conservadora*. Um *neoparoquialismo urbano e high-tec* assenhorou-se das cidades, somando-se ao poder dos *velhos coronéis* - transmutados rapidamente em *novos barões do agronegócio*.

Essa nova espécie, amparada pelos meios de comunicação, inicialmente o rádio e posteriormente a TV, teve como associado um *pool* de geradores de conteúdo dos quais são membros o estamento e seus prepostos, na condição de concessionários e/ou

¹⁷⁵ Termo derivado da hierarquia eclesiástica, que como se sabe, organiza-se em “*paróquias*” - nas quais cada padre (ou *pároco*) é responsável por seu “rebanho” (ou cada *líder* ou *coronel* por seu *curral*).

¹⁷⁶ “O domínio do coronel tornava-se incontestável em sua fazenda. Estendia-se ao município, se ele era o chefe dos fazendeiros dos distritos rurais. Os chefes municipais, por sua vez, se agrupavam em torno dos líderes da cidade mais importante de uma região, que elegiam os chefes políticos regionais como os Osórios em Pelotas, os Vargas em Missões, os Flores da Cunha em Livramento, todos no Rio Grande do Sul. Finalmente, os mais fortes destes eram os mandões do partido no Estado. Formavam a oligarquia estadual e formavam o Governo. Mas o poder dos chefes políticos municipais não se originava apenas da dominação exercida em sua região. Para alcançar a liderança local, precisavam do apoio do Governo do Estado. Só assim asseguravam o auxílio financeiro para a realização de obras públicas municipais e pagamento dos funcionários, a ajuda das forças policiais do Estado e o controle dos empregos públicos nos municípios. Sem isso, era difícil para eles manterem-se no poder durante muito tempo. Havia uma dependência mútua entre os chefes municipais e os chefes estaduais, mas estes últimos formavam o lado mais forte: como governo estadual controlava o grosso dos recursos, os coronéis e chefes municipais viam-se obrigados, na maioria das vezes, a se curvar às suas determinações, caso quisessem continuar mandando. Daí o interesse de muitas facções de um mesmo município em se aliar com a oligarquia estadual dominante. Daí também se dizer na época que o maior mal que podia acontecer a um chefe político municipal era ter o Governo, Federal ou do Estado, como adversário...” ALENCAR, Francisco; CARPI, Lúcia; RIBEIRO, Marcus Venício. **História da sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Livro Técnico S/A, 1981, p. 186.

permissionários. Esses, utilizando-se do controle político sobre os meios de comunicação, consolidam e ampliam sua influência - e de aliados - sobre suas bases eleitorais, contra eventuais opositores.

Por outro lado, o comando político e administrativo do Estado, assegurado e reforçado por esse *sistema paroquial*, garantiu o controle sobre os orçamentos, os cofres públicos e as nomeações da própria administração, viabilizando a manutenção de políticas *fisiologistas e clientelistas*.

3.2 - O Fisiologismo como Parâmetro de Composição entre os Agrupamentos Constitutivos do Estamento Político

Se o termo *paroquialismo* deriva da organização eclesiástica católica, *fisiologismo*, derivado da biologia, sugere a descrição interna do funcionamento do estamento político brasileiro, no que diz respeito à articulação entre as suas diversas instâncias e dimensões (*órgãos*), de modo análogo ao de um organismo vivo.

Nessa moldura, os diversos órgãos que compõe o organismo - *totalidade* -, não subsistem fora desse, só dele se nutrindo para desenvolver-se, numa relação de dependência. No entanto, eventualmente, pode o mesmo sobreviver em detrimento de um ou alguns de seus órgãos, *extirpados* em certas circunstâncias.

O estamento político brasileiro relaciona internamente os seus quadros e facções, bem como sua *área de influência*, de modo fisiológico – visto que a manutenção de sua unidade e identidade depende da integração orgânica a uma rede (semelhante ao *sistema vascular*) que irriga com favores públicos diversos interesses privados. Isso quer dizer que todos aqueles que venham a compor os quadros do estamento, tácita ou expressamente, participam de algum modo da apropriação privada dos bens e interesses públicos. A maior ou menor participação nesse *banquete patrimonialista* vai depender do grau de intervenção junto ao arranjo hegemônico, ou seja, da correlação de forças internas e da contribuição que efetivamente uma facção forneça em cada momento histórico para a preservação e desenvolvimento do estamento – que, apesar de ser expressão de uma ideologia conservadora está em permanente *evolução adaptativa*.

Mas o pertencimento ao estamento ou o reconhecimento por esse da condição de *área de influência*¹⁷⁷, por si, já garante algum *naco* de “participação”.

Uma vez reconhecido um membro, sua cota de participação na apropriação fisiológica sofre variações, diante do pertencimento à condição de *situação* ou *oposição* no arranjo partidário prevalente no momento, mas continua a lhe render o equivalente à sua contribuição geral para a manutenção do *status quo*.

É desse modo fisiológico, balizado pela correlação de forças do momento, que o estamento distribui o controle sobre o aparelho estatal entre suas lideranças e

¹⁷⁷ Grupos e indivíduos identificados com o estamento, dele recebendo toda a sorte de favores e as mais variadas formas de demonstração pública de apreço, constituindo-se, de fato, em fonte permanente de recrutamento de quadros e *longa manus* operacional a serviço do estamento.

agrupamentos. Essa distribuição inicia pelo *loteamento* dos cargos disponíveis - em face do peso político de cada liderança ou facção.

A partir desse mecanismo, com fundamento nos poderes de polícia e normativo-regulamentar, implicitamente, distribuem-se orçamentos, licitações, gestão de contratos e a possibilidade de intervenção no domínio econômico privado.

Ou seja, com base no controle sobre o aparelho administrativo, o estamento se apropria diretamente dos recursos públicos servindo-se de expedientes para transferi-los ao setor privado. Como retribuição, indivíduos e grupos alinhados na *área de influência* financiam eleições e/ou os pagamentos periódicos a membros da *base aliada* para garantir-se uma estável *governabilidade*.¹⁷⁸

Assim, *político fisiológico* ou *quadro fisiológico* é aquele cuja sobrevivência enquanto tal depende *umbilicalmente* de vínculos com o poder político estamental. E no que concerne às relações com a base político-eleitoral, o vínculo fisiológico é pré-condição para o exercício de outra prática patrimonialista: o *clientelismo*.

¹⁷⁸ Nesse contexto, o que recentemente denominou-se por *mensalão*, não passa de um *modus operandi* já institucionalizado dentro das práticas políticas do estamento. Práticas essas que nunca estiveram circunscritas às relações entre membros do estamento situados nos Poderes Executivo e Legislativo - mas que envolvem, também, o Judiciário e o Ministério Público.

3.3 - O Clientelismo Como Meio De Cooptação Político-Social

O “clientelismo” compreende também ele uma estrutura relacional de poder na qual o estamento oferece, em troca de legitimação e apoio, toda a sorte de ajuda pública de que dispõe, como cargos, financiamentos, concessões, permissões, medidas assistenciais, etc. Isso resulta não de um consenso institucionalizado, mas de uma rede de fidelidades pessoais que passa pelo uso de verbas públicas para um objetivo político-eleitoral.

O clientelismo se estabelece a partir de uma *verticalização da esfera pública* por meios de regulação arbitrários, corrompendo o potencial de democratização da sociedade. Trata-se de uma modalidade pervertida de paternalismo¹⁷⁹ e/ou populismo¹⁸⁰, voltado para o esvaziamento da capacidade de organização e mobilização autônoma de segmentos da sociedade civil e, conseqüentemente, para a acomodação e o aparelhamento de entidades com o fim de perpetuação do estamento.

De regra, seu emprego baseia-se na capacidade de antecipação das demandas sociais, esvaziando as reivindicações por meio de uma *oferta prévia de facilidades*.

Desse modo, a conquista coletiva de direitos é substituída pela aquisição individual de favores, prática que contribui para difundir e internalizar nos setores da sociedade, os referenciais ligados à ideologia do estamento, sobretudo, a *naturalização dos privilégios*.

Envolta em uma argumentação de viés medieval, quase *agostiniana*, as diferenças sociais explicam-se pela ideia de *graça*, segundo a qual Deus privilegia os *iluminados*. Assim, espera-se pela redenção, sendo o sofrimento o estado natural da condição humana. E o clientelismo aperfeiçoa a estrutura de poder de natureza paroquial, na medida em que permite o recrutamento e a cooptação para os quadros do

¹⁷⁹ “Na linguagem vulgar, Paternalismo indica uma política social orientada para o bem-estar dos cidadãos e do povo, mas que exclui sua direta participação: é uma política autoritária e benévola, uma atividade assistencial em favor do povo, exercida desde o alto, com métodos meramente administrativos. Para expressar tal política, nos referimos então, usando de uma analogia, à atividade benevolente do pai para com seus filhos *menores*. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, p. 908.

¹⁸⁰ “Podemos definir como populistas as fórmulas políticas cuja fonte principal de inspiração e termo constante de referência é o povo, considerado como agregado social homogêneo e como exclusivo depositário de valores positivos, específicos e permanentes. Alguém disse que o populismo não é uma doutrina precisa, mas uma ‘síndrome’. O populismo não conta efetivamente com uma elaboração teórica orgânica e sistemática. Muitas vezes, ele está mais latente do que teoricamente explícito. (...) Para SHILS, Edwalrd, o Populismo se baseia em dois princípios fundamentais: o da supremacia da vontade do povo e o da relação direta entre povo e o *leadership*”. Op. Cit. p. 980-981.

estamento ou de sua área de influência, de lideranças locais, vinculadas às populações mais marginalizadas. A autoridade dessas, por sua vez, será reforçada nas respectivas comunidades, pela ampliação do seu *transito político*. É que em face das ligações com os *donos do poder*, essas lideranças são identificadas como pessoas que, em certas circunstâncias, podem *quebrar um galho*, dar *um jeitinho* - já conhece *pessoas importantes*.

A contrapartida evidente da comunidade é o apoio eleitoral a certos candidatos¹⁸¹.

O clientelismo tornou-se especialmente visível durante as primeiras décadas da primeira República, a *República dos Coronéis*, devido ao forte viés oligárquico, imortalizado pelo *truque da botina*, em que as lideranças locais identificadas na área de influência do estamento, chamados “cabos-eleitorais” ou *notáveis*, entregavam “um pé-de-botina” aos eleitores antes do pleito, retendo o outro, para ser entregue após o resultado, caso a vitória de seus candidatos se confirmassem.

Nesse sentido que se afirma que as massas populares se convertem em *clientes* do estamento. Consumidoras fiéis dos seus *agrados*, eternamente dependentes de seu reconhecimento e gratidão, como meio de obter *pequenos favores*.

As práticas clientelistas continuam se expandindo, contudo, ultimamente, travestidas (ou relativizadas nos seus aspectos oligárquicos) por políticas públicas de viés mais universalista. De qualquer modo, mesmo quando cumprem-se mandamentos

¹⁸¹ “Esse uso o encontramos [do *conceito de clientelismo*], em primeiro lugar, nas pesquisas sobre modernização política e sobre as realidades sociais em transformação entre o tradicional e o moderno, onde o modo capitalista de produção e a organização política moderna, apoiada num aparelho político-administrativo centralizado, se compenetraram, mas não conseguiram abalar completamente as relações sociais tradicionais e o sistema político preexistente. De fato, embora o impacto com as estruturas do mundo moderno provoque rupturas na rede de vínculos de clientela, embora as relações de dependência pessoal sejam formalmente excluídas, tudo isso tende, contudo, a sobreviver e a adaptar-se, seja em face de uma administração centralizada, seja em face das estruturas da sociedade política - eleições, parlamentos, partidos. Há apenas uma diferença fundamental: enquanto na sociedade pré-moderna, os sistemas de clientela formavam verdadeiros e autênticos microssistemas autônomos, que, excepcionalmente, sobrevivem como tais, apresentando-se como alternativa do sistema político estadual (*máfia*), no sistema político moderno eles tendem a coligar-se e a integrar-se numa posição subordinada ao sistema político. Exemplo clássico disso é o Partido dos ‘notáveis’ - não os notáveis em sentido genérico, mas os senhores fundiários - onde acabava, como ocorria com os ‘senhores da casa’ pré-modernos, uma rede de relações de clientela que agora se transforma, porém, em estruturas de acesso e contato com o sistema político. Sobretudo na época do sufrágio restrito - mas não faltam exemplos após a introdução do sufrágio universal -, o notável, a quem, de direito e de fato, está reservado um trato privilegiado com o poder político, serve de elemento de ligação do poder com a sociedade civil e com seus próprios clientes, a quem continua a dispensar proteção e ajuda diante de um poder frequentemente distante e hostil, em troca do consenso eleitoral.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, p. 177-178).

constitucionais expressos e dispositivos legais atinentes a direitos sociais, as facções do estamento no poder, o fazem de modo a parecer mais um *favor* que um *direito*.

3.4 - O Nepotismo Como Expressão Política De Uma Ideologia Do Privilégio

*“E nesta maneira, Senhor, dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta terra vi. E, se algum pouco alonguei, Ela me perdõe, que o desejo que tinha de vos tudo dizer mo fez assim pôr pelo miúdo. E, pois que, Senhor, é certo que assim neste cargo que levo, como em qualquer outra coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há-de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé Jorge Osouro, meu genro, o que d’Ela receberei em muita mercê.”*¹⁸²

De um referencial etmológico, nepotismo deriva do latim *nepos*, *nepotis*, significando neto ou sobrinho. *Nepos* indicaria ainda a descendência, a posteridade, mas poderia também expressar a ideia de pródigo, dissipador, perdulário ou mesmo devasso.

É consenso entre estudiosos o fato de que o termo na sua versão moderna (*nepotismo*) deriva de uma tradição cultivada por pontífices da Igreja Católica. Diz-se que alguns Papas concediam cargos, presentes, favores e privilégios a parentes próximos e leais, legitimando tal deferência ao *natural* vínculo de confiança derivado de laços de sangue e afinidade. Esse é o sentido contemporâneo do termo, que designa uma conduta de agentes públicos que, de modo abusivo, provém, ao seu universo familiar e pessoal mais próximo, de modo especial, cargos públicos.

Vê-se que os vínculos entre a instituição e o dirigente são fluídos, prevalecendo uma confusão jurídica e política entre eles. O dirigente não age por regras e princípios jurídicos gerais e abstratos, orientado por valores republicanos de separação entre o público e o privado, mas sim sob uma cultura política personalista, fundada em favores e privilégios. Modelo que visa manter a sociedade em permanente estado de fragmentação.

O importante são as relações de subordinação e lealdade de que se cercam o rei, ministros, secretários, chefes de repartição, diretores de departamentos, etc. Mesmo nos partidos e facções aparentemente mais programáticas, referenciadas em um campo de esquerda (como o que recentemente aderiu com entusiasmo ao estamento, a ele

¹⁸² Trecho da carta em que Pero Vaz de Caminha comunica ao rei de Portugal o “descobrimento” do Brasil. Aqui já se prenuncia claramente a cultura do favor e do privilégio. A busca junto às autoridades por um *jeitinho* no qual se acomode suas pretensões independentemente do que diz a lei em sua generalidade e abstração. A regra de ouro do favoritismo. De conformidade com o que nos conta EDUARDO BUENO, elucidando o contexto de tal reivindicação, Pero Vaz de Caminha teria um importante motivo para dessa forma se dirigir ao rei D. Manuel, pois pretendia que o mesmo perdoasse seu genro, Jorge Osouro, então condenado à pena de degredo na ilha de São Tomé, no continente africano. Segundo BUENO, o genro do escriba do descobrimento teria sido perdoado por seus ilícitos no ano de 1501. Cf. BUENO, Eduardo. **A viagem do descobrimento**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 1998, p. 114-115.

incorporando parte do seu universo ideológico), as proximidades familiares e os vínculos de cega fidelidade tendem a prevalecer sobre o conteúdo dos programas e estatutos.

Trata-se de uma contrariedade radical à ideia contemporânea de moralidade administrativa, além de violenta transgressão do *princípio republicano* que está na base da cultura política ocidental desde a consolidação dos fundamentos democráticos da *polis* grega. Aliás, o princípio constitui o mais importante imperativo ético, sem o qual não se teria superado o velho paradigma aristocrático, para constituir-se politicamente a ideia do *primado do bem comum*.

O nepotismo institui, portanto, uma prática social na qual a liderança política organiza e preenche a Administração pública com elementos recrutados essencialmente por vínculos familiares ou de proximidade pessoal, lastreado em premissas de lealdade e confiança que culmina na institucionalização de uma *cultura do favorecimento*.¹⁸³

Percebe-se que o nepotismo é uma prática amplamente difundida, histórica e geograficamente. No entanto, é nas sociedades organizadas em torno de um Estado patrimonialista, que ele se expande com impressionante naturalidade.

Situação que se complica em nossa sociedade, diante do papel simbólico, político, econômico e social desempenhado pelo *cargo público*. De tal modo que, o fato de obtê-lo *de favor*, de algum *padrinho*, não chega a indignar.

Afinal, em uma sociedade onde a ascensão social pelo mérito e pela qualificação profissional apenas recentemente passou a representar uma *possibilidade* para muitos, dada à indigência de nossas políticas educacionais, por qual outro modo, *qualquer um*, poderia *sonhar* com uma melhora de sua condição de vida, senão pelo favor de um *padrinho* capaz de lhe nomear para um cargo público?

¹⁸³ “O nepotismo, em alguns casos, está relacionado à lealdade e à confiança existente entre o ‘benemérito’ e o favorecido, sendo praticado com o fim precípua de resguardar os interesses daquele. Essa vertente pode ser visualizada na conduta de Napoleão, que nomeou seu irmão, Napoleão III, para governar a Áustria, que abrangia a França, a Espanha e a Itália. Com isto, em muito diminuíam as chances de uma possível traição, permitindo a subsistência do império napoleônico. Em outras situações, o ‘benemérito’ tão-somente beneficia determinadas pessoas a quem é grato, o que, longe de garantir a primazia de seus interesses, busca recompensá-las por condutas pretéritas ou mesmo agradá-las. Como ilustração, pode ser mencionada a conduta de Luiz XI, que presenteou sua amante Ana Pásseleu com terras e até com um marido (João de Brosse), o que permitiu fosse elevada à nobreza. Nepotismo, em essência, significa favorecimento. Somente os agentes que ostentem grande equilíbrio e retidão de caráter conseguem manter incólume a dicotomia entre o público e o privado, impedindo que sentimentos de ordem pessoal contaminem e desvirtuem a atividade pública que se propuseram a desempenhar.” (GARCIA, Emerson. O nepotismo. **Jus Navigandi**, Teresina, PI, v, 7, n. 72, 13 set. 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4281>. Acesso em: 30 jul. 2010).

Em uma perspectiva induzida pela ideologia do estamento, uma verdadeira *cultura do privilégio*, o acesso a esse cargo público pode dar-se tanto pela proximidade com alguém importante, como pelo reconhecimento da importância e utilidade do favorecido para os objetivos do estamento. Trata-se de uma perspectiva quase *lotérica*, mas de potencial persuasivo o bastante para obter-se do conjunto da sociedade a aquiescência silenciosa dessa autêntica manifestação.

Obviamente essa aquiescência invadiu todos os poros da sociedade, convertendo-se em *padrão cultural*. Daí porque, não obstante algumas leis proibam certas modalidades de nepotismo e nossa Constituição, por sua estruturação principiológica, não o tolere em hipótese alguma, o próprio Poder Judiciário mostra-se incapaz de reprimí-lo em níveis adequados, quando não o pratica descaradamente.

Nesse trabalho procuramos reconstruir o quadro histórico das origens do Estado patrimonial, para demonstrarmos *as raízes* de certas práticas e as dificuldades impostas a uma efetiva moralização.

Muitos críticos, ingenuamente bradam que o núcleo do problema *não está no fato de nomear parentes ou amigos, mas fazê-lo em relação a indivíduos que não possuem a devida “qualificação” para o cargo.*

Ora, a eficácia demonstrada pelo enraizamento da ideologia do privilégio difundida ao longo de séculos de história decorre exatamente de que, no nepotismo, o cargo público poderia ser acessível a *qualquer um*.

No entanto, ainda assim, esses críticos não deixam de ter razão em relação a muitos outros aspectos de sua interpretação¹⁸⁴.

¹⁸⁴ “A prática do nepotismo viola, primeiramente, o senso comum de justiça. Justiça no sentido de oportunidade e direito iguais a todos. Os ocupantes de cargos públicos não ocupam empregos privados nem são donos de uma empresa familiar, onde mandam e desmandam da forma que bem entendem. Ocupam cargos públicos, são gestores da coisa coletiva, do dinheiro público e, como tal, devem zelar pela eficiência e probidade do serviço público. A nomeação de parentes e amigos para ocupar cargos públicos traz indignação quando tal nomeação é feita sem nenhum critério de profissionalismo e qualificação técnica, feita apenas com base em laços de sangue e favoritismos. O que se despreza não é a nomeação de parentes ou amigos, mas sua nomeação apenas pelo seu favoritismo, sem a ponderação de valores éticos e profissionais. Viola-se, também, a moralidade do serviço público, que por meio da prática do nepotismo, passa a ser desacreditado, tendo em vista que nem sempre as pessoas escolhidas para os cargos em comissão priorizam o bem público, mas sim, o próprio bolso. Fere-se também a eficiência do serviço público, pois as pessoas escolhidas nem sempre são as mais capacitadas para a prestação daquela atividade. Enfim, o nepotismo é um mal que precisa ser combatido por todas as forças da sociedade e pelos órgãos governamentais com poderes para tanto, a exemplo do que fez o Conselho Nacional de Justiça, a fim que os serviços públicos (em sentido lato), em nosso país, já tão precários, possam ser melhor desempenhados.”(MAIA, Luciana Andrade. O nepotismo. **Direito Net**, São Paulo, v. 7, n. 72, 26 abr. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/columnistas/exibir/158/Nepotismo>. Acesso em: 30 jul. 2010).

3.5 - *Crise e Reconfiguração do Estado Patrimonial no Brasil*

Inexiste um Estado patrimonial *em geral*, ou que tenha sido imutável ao longo da história brasileira. O que apresentamos neste trabalho foram características do Estado patrimonialista português, para cá transplataadas no bojo da colonização, que encontraram solo fértil e se desenvolveram em contínua e ininterrupta adaptação.

Ao longo desse desenvolvimento, novos atores surgiram e se fortaleceram aumentando a complexidade institucional não só do próprio Estado como da sociedade em geral. Ampliou-se a consciência sobre a existência e as consequências do Estado patrimonial, ainda que mecanismos inibidores ou de controle tenham se colocado. Nas últimas décadas do século XX a sociedade civil se articulou de modo mais orgânico em face da experiência de mobilização havida contra a ditadura militar e das novas tecnologias de comunicação. E nossa dinâmica capitalista recente permitiu a incorporação de grande parte da população à produção e ao mercado de consumo.

Mas de modo geral, o Estado se maneve essencialmente patrimonialista. A ação política se encontra sob o controle do *estamento*, ainda que superado o figurino oligárquico. Nossa incursão junto à divisão internacional do trabalho dá-se sob um *capitalismo politicamente orientado pelo estamento*. A esfera pública é colonizada por grupos bem posicionados na esfera privada, em especial, segmentos do capital financeiro. A organização administrativa e o funcionalismo mantém sua *sanha* expansiva em razão dos objetivos estamento, submetidos à lógica da composição interna. O cargo público goza de reconhecimento simbólico e representa ainda uma *promessa de boa vida e estabilidade*, apesar do requisito do *concurso*. O nepotismo corre solto nos cargos em comissão, sobretudo nos municípios. A estabilidade política, rebatizada de *governabilidade*, requer e promove a *orgia fisiológica* nas fileiras da *base aliada* e da *oposição responsável*. O *clientelismo*, mesmo *decantado na forma de políticas públicas assistenciais*, mantém-se como fator decisivo no jogo político-eleitoral junto às diversas facções do estamento.

O marco definidor do processo histórico de transformações e recorrências, no âmbito de uma permanente *modernização conservadora*, foi à *luta de classes*, que se colocou como fundamento para a determinação, em nível profundo, das correlações de forças que definiram, em última instância, a disputa por hegemonia no interior do estamento. Foi também essa luta que propiciou a emergência de novos sujeitos políticos exteriores, dando-se condições para a posterior absorção ou cooptação.

Foi o movimento imposto pela luta de classes¹⁸⁵, que determinou o conteúdo e o sentido das crises e reconfigurações mais importantes pelas quais passou o Estado patrimonial no Brasil nos últimos cinco séculos.

Dos grandes momentos de *crise e reconfiguração política e administrativa* em nossa história (dentre eles, a expulsão holandesa, a Conjuração Mineira, a migração da Corte Portuguesa, a Independência, a Proclamação da República, a Revolução de 1930, as Constituintes (1934-1946), o Golpe de 1964, a *Nova República* (1985), a *Constituinte* (1987), as eleições diretas, a destituição de Collor e os anos FHC e Lula), a instalação da *Constituinte* de 1987 é o que mais nos importa.

Porque desse processo, finalizado em 1988, resultou uma nova ordem jurídica, política e administrativa, que incorporou diversas expectativas e reivindicações dos setores tradicionalmente marginalizados de nossa sociedade.

Nesse episódio, esses se alinharam em maior número aos segmentos mais organizados e politizados da sociedade civil - em especial junto aos movimentos popular e sindical. Seus representantes, mesmo em minoria conseguiram importantes conquistas

¹⁸⁵ Sempre que possível, o estamento procurou adotar uma conduta e um tom *bonapartista* em face das classes sociais em conflito. Dificilmente assume de modo unilateral a defesa dos interesses de um único segmento de classe em face dos demais. Encara tais conflitos, de modo pragmático. Como um problema semelhante ao de uma pedra que se deslocou de uma ribanceira e começa a rolar morro-abaxo. Não se coloca o estamento no seu caminho, na tentativa de pará-la - *no peito*. Mas, habilmente, *touréia-a*. Deixa que o pedregulho o ultrapasse, acompanhando-o em seu movimento descendente pelos seus prancos, de modo que, ao invés de tentar pará-lo, busca apenas intervir no seu movimento, empurrando-o para os lados de modo a desviá-lo de qualquer indivíduo ou construção que lhes seja importante... Mas a correlação de forças entre essas classes sociais, determinada pelo grau e pelo modo como se dá em cada momento histórico o processo de acumulação de capital no país, seu âmbito de integração à divisão internacional do trabalho, dentre outros fatores, será decisivo para se definir qual facção do estamento estará mais bem posicionada para assumir a sua hegemonia. Nesse sentido, é claro que a contradição inerente entre o capital e o trabalho, no modo como se desenrolou em nosso país, foi decisiva para a mais recente reconfiguração do estamento. Especialmente em face do apoio angariado pelo *petismo* e seus aliados junto aos movimentos sindical e popular, que lhes permitiu estabelecer uma base política segura e estável, a partir da qual, no médio prazo, pôde avançar sobre segmentos sociais (sobretudo, os mais desorganizados) que durante muito tempo lhes foram hostis. Sem uma modificação na correlação de forças no âmbito da luta de classes, o petismo jamais teria tido condições de ameaçar o poder do estamento no país. Desse modo, este também não lhe teria aberto as portas da conciliação e do conchavo, aceitando como fato consumado sua hegemonia. Isto só ocorreu na medida em que se pôde certificar que o petismo havia *amadurecido* em razão de sua convivência com o poder Administrativo nos estados e municípios, tornando-se *confiável*, no que diz respeito à sua sinceridade e capacidade para assumir e cumprir acordos e compromissos junto ao estamento. Daí porque, buscou o petismo satisfazer as expectativas de suas bases mais atuantes, mas em nenhum momento deixou de atender - às vezes o fez até com maior ênfase - os interesses dos segmentos tradicionalmente vinculados ao grande capital industrial e financeiro. No melhor estilo da ideologia do estamento, *acende-se uma vela para Deus e outra para o Diabo*. É por isso que podemos reafirmar que de um modo geral, o Estado patrimonialista dirigido pelo estamento no Brasil, independentemente da facção ora hegemônica, procura surfar no processo histórico determinado pelos contextos específicos que a luta de classes vai configurando de um modo *bonapartista*. No plano de suas ações concretas, utiliza-se de movimentos pendulares, às vezes se servindo de um paternalismo autoritário, noutras de uma generosidade populista. Alternou períodos de excessão, de ditadura; com períodos (eminentemente menores) de relativa normalidade democrática.

e garantias no novo texto constitucional. A Carta, além de contemplar reivindicações pontuais, está sintonizada com uma nova pauta estabelecida pelo constitucionalismo em âmbito global no pós-guerra.

Os ventos do *pós-postivismo*, de um renovado *normativismo por princípios* remodelou profundamente a forma de interpretar e aplicar o texto constitucional, submetendo-se toda a ordem jurídica a vetores valorativos relevantes.

No entanto, ainda assim, o estamento foi capaz de se reorganizar politicamente no processo constituinte (1987-1988) em torno de um agrupamento suprapartidário, conhecido como *Centrão*. Esse não apenas refreou o ímpeto transformador da sociedade civil, mas fez introduzir no texto constitucional toda sorte truques que permitissem, de diversos modos, a sobrevivência e a reprodução do estamento, enquanto estrutura relacional de poder dominante.

Não obstante todos os avanços, especialmente as políticas públicas voltadas a segmentos econômica e socialmente frágeis, a Constituição de 1988 foi parida, interpretada e aplicada pelas mãos e lentes turvas da velha *modernização conservadora*, impregnando a nova dinâmica institucional por meio do *paradigma da governabilidade*.

O texto bloqueou os modos tradicionais pelos quais o estamento bancava o jogo fisiológico e clientelista, constitucionalizando não apenas direitos civis, mas também econômicos e sociais, impondo à administração o dever de promover determinadas políticas públicas. Também obrigou o Estado a arcar com certos custos sociais que lhe retiram fôlego para a satisfação dos interesses orgânicos do estamento.

A *governabilidade* passou assim a depender de amplas maiorias congressuais e a garantia para a capacidade de emendar a Constituição ou impedir a oposição de facções articuladas a segmentos autônomos da sociedade civil (também por meio de emendas), ficou mais “custosa”.

Mas, paradoxalmente, o próprio desenlace da Constituinte forçou o jogo fisiológico e redefiniu seus futuros termos, como no episódio em que o então Presidente José Sarney, para garantir um mandato de cinco anos, utilizou-se da prerrogativa da Constituição de 1967-69, loteando centenas de concessões para instalação de emissoras de rádio e TV entre parlamentares de sua base aliada. Afinal, sob a cultura do estamento, *é dando que se recebe*.

Apoiado em uma *subcultura do privilégio*, o estamento sente-se à vontade para buscar legitimidade sem disfarce, em um exercício quase debochado de desfaçatez. Assim que manipula o sistema de representação proporcional em face do princípio

federativo (sub-representação das regiões mais populosas e politizadas e sobre-representação das menos densas e politizadas), por cooptação de pessoas da área de influência, dotadas de visibilidade e popularidade e destituídas de uma compreensão mínima dos mecanismos do jogo político no Congresso e Assembléias. Estamos falando dos *puxadores de voto, mulas eleitorais* que distorcem a representação política e contribuem para a eleição de quadros egressos do estamento que, guindados ao aparelho estatal, dele tirarão proveito pessoal, para seus grupos e para o próprio estamento.

A *ideologia do estamento*, especialmente no que constitui uma *subcultura do privilégio*, ao ser internalizada por amplos segmentos da sociedade, refletiu-se no juízo dos quadros recrutados, a exemplo do sistema jurídico, que deveria controlar e reprimir as práticas patrimonialistas manifestadas no âmbito da Administração. Contudo, como discutiremos adiante, ao apreciar os casos envolvendo práticas patrimonialistas, esses quadros manifestarão tal ideologia no elemento que KONRAD HESSE denominou por *pré-compreensão do interprete jurisdicional*.¹⁸⁶

À exceção do fenômeno que acompanhou a eleição, governo e queda de Collor, e, em continuidade, de seu vice, Itamar Franco - quadros típicos do estamento brasileiro -, os dois períodos seguintes de governo caracterizaram-se pelo movimento de adesão pragmática de setores supostamente mais programáticos, de *esquerda*, modernos e cosmopolitas, à dinâmica histórica do estamento.

Como de costume, ao invés dos novos agrupamentos políticos em ascensão imprimirem o seu perfil progressista e empreendedor ao estamento, incorporando-o por arrastão e ao final diluindo sua perspectiva histórica e abolindo suas práticas, o que se observou foram amplas negociações entre esses novos atores e a base estamental do sistema político, culminando no abandono do ímpeto transformador em troca da tal da *governabilidade*.

Há que se ressaltar que os quadros que constituem o estamento encontram-se distribuídos por toda constelação partidária brasileira, estando presente de modo mais intenso e quase absoluto fora das duas agremiações que passaram a hegemonizar o comando do aparelho estatal após o fim do governo Collor-Itamar – o PSDB e o PT.

Ou seja, na dinâmica da crise e reconfiguração recente do Estado patrimonial no Brasil, os partidos que hegemonizaram as duas últimas coalisões de poder não eram

¹⁸⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61-69.

organicamente identificados com o poder estamental, tendo surgido ao seu largo, como sua negação.

O PSDB emergiu de uma ruptura com o que supostamente havia de mais fisiológico e corrupto, em um partido, então totalmente entregue ao jogo estamental – o PMDB, à época, controlado por Orestes Quércia. Mas, uma vez no poder, em razão de uma manobra urdida por um dos mais celebres quadros do estamento brasileiro (Itamar Franco), buscou o partido uma *aliança carnal* com o PFL, de Antônio Carlos Magalhães - antiga ARENA, pilastra da ditadura militar, posteriormente rebatizado de Democratas (*sic...*).

Ora, todos sabem o que ocorre quando a galinha se supõe mais esperta do que a raposa... A aliança com o PFL-DEM permitiu ao PSDB liderar uma coalisão de governo, que, por gravidade, atraiu (como qualquer agremiação situacionista disposta a manter o jogo patrimonialista tenderá a conseguir) o PMDB e toda uma legião de pequenos partidos, de perfil rigorosamente fisiológico - não raramente denominados por *partidos de aluguel*.

O preço foi a total desfiguração do ímpeto modernizante e transformador, tendo que se recolher ao discurso do *governo do possível*, nos estreitos limites de uma *modernização conservadora* (agora em um figurino *neoliberal*), nos moldes das inúmeras que já atravessamos ao longo de nossa história.

A *lambança fisiológica* em torno da privatização de estatais e da *quebra de monopólios públicos*, com amplo e divulgado favorecimento de segmentos específicos do estamento, gerou tamanho desgaste político e eleitoral que tal configuração acabou apeada do poder.

No entanto, mais surpreendente foi à capitulação do PT ao jogo, sendo esse partido, o único em nossa tradição que efetivamente emergiu da sociedade civil, organicamente vinculado a ela nos seus primórdios.

Com ramificações em torno de um novo movimento sindical originado na luta contra as consequências salariais impostas pela ditadura, nos movimentos de base de uma Igreja Católica à época influenciada pela teologia da libertação, na grande legião de intelectuais vinculados do meio artístico e acadêmico, nas antigas organizações clandestinas envolvidas na luta armada contra a ditadura, o PT apresentava todas as características de uma organização política predestinada a confrontar e a superar o sistema político estamental vigente desde a colônia.

Mas isso efetivamente não ocorreu. Tão logo o partido conquistou o governo federal, sem maioria no Congresso, tratou de atrair para seu campo político todos os partidos identificados com o estamento, inclusive o PMDB, utilizando-se dos instrumentos clientelístico-fisiológicos que tanto criticara quando não detinha o controle da *maquina administrativa*.

Na esperança de que poderia servir o banquete patrimonialista sem comprometer-se, limitou o acesso estamental direto em seu âmbito partidário, bloqueando um provável inchaço artificial pelo ingresso massivo de quadros e elementos de sua área de influência – o que poderia dissolver de modo imprevisível a correlação de forças que estruturava internamente o partido. Mas negociou e articulou a migração dos *eternos governistas* para a *nova base aliada* no interior de partidos tradicionais. Foi assim que herdou e aprimorou toda uma sorte de mecanismos de cooptação e manutenção de apoio político em bases fisiológicas, a exemplo o episódio do *mensalão*, em que a distribuição de postos de comando em funções públicas e estatais garantia uma fluência permanente de dinheiro para se comprar a *fidelidade* da base aliada no Congresso.

Para sobreviver ao desgaste político, local e internacional, decorrente desse “episódio”, trataram de retomar e intensificar *velhas práticas*. Com base na *vontade política do líder*, deflagrou uma série de políticas públicas de caráter assistencialista, não obstante o seu indiscutível potencial para proporcionar um movimento de redistribuição de renda em benefício dos *mais excluídos*.

Foi assim que o PT e, sobretudo, a personalidade política do *Presidente Lula*, conquistaram para sua área de influência setores marginais e desorganizados da população - e até então, massa de manobra do estamento ou de lideranças situadas em um campo populista, como o Brizolismo.

Ampliou-se de modo extraordinário e surpreendente as bases de apoio tradicionais do petismo, situadas antes nos segmentos mais organizados e politizados das classes médias e da aristocracia sindical urbana e rural.

Ou seja, para sobreviver politicamente na orla do estamento, o petismo abandonou o que tinha de mais avançado em termos de atuação coletiva, de democracia partidária, recorrendo ao que existe de mais promiscuo em termos de ação política populista e demagógica, no âmbito de um verdadeiro *culto à personalidade do líder* - de inconveniente viés *stalinista*.

Ao mesmo tempo, soube manter e cooptar as lideranças sindicais e dos movimentos populares até então (apenas) aliadas ao petismo, trazendo-as para dentro do

Estado, empregando-as e esvaziando os movimentos dos quais emergiram - dos sindicatos e do movimento estudantil até o MST.¹⁸⁷

Por outro lado, *sevou* segmentos expressivos do baronato financeiro e industrial, colocando ao serviço dos empreendimentos desses toda sorte de recursos públicos disponíveis e necessários, sobretudo, no âmbito do BNDES.

Também manteve inalteradas as bases das políticas, cambial e monetária, legadas por FHC, favoráveis aos interesses do capital financeiro doméstico e internacional. Assim conquistou o título de *interlocutor confiável* junto aos *mercados*, tornando-se, enfim, palatável não só para os seus próceres do estamento, mas para o conjunto da burguesia (brasileira e estrangeira).

É claro que não beneficiou a todos indistintamente, selecionando no *baronato*, os segmentos *confiáveis para o petismo*. Promoveu uma verdadeira *aliança, um novo bloco histórico* entre representantes de uma oligarquia sindical com os seus correspondentes pares no âmbito empresarial - no melhor estilo do *velho capitalismo politicamente orientado* legado pelo Estado patrimonial lusitano.

Ao assim fazer, o petismo novamente recorreu a um mecanismo utilizado imemorialmente pelo estamento, referido anteriormente, em que a luta de classes é internalizada no Estado, e aí negociada administrativamente, por acerto entre lideranças. Daí que o conflito entre trabalhadores rurais sem-terra, aliados a movimentos ambientalistas em face dos guardiões do latifúndio e do agronegócio converte-se em luta política dentro da administração, entre os ministérios da reforma agrária e meio ambiente, por oposição aos da agricultura e ciência e tecnologia.¹⁸⁸

¹⁸⁷ “Foi por uma brecha imprevista, aberta pelo aumento do desemprego no segundo mandato de FHC, que Lula encontrou o caminho para a Presidência da República. Para aproveitá-la, fez substanciais concessões ao capital, pois a ameaça de radicalização teria afastado o eleitorado de baixíssima renda, o qual deseja que as mudanças se deem sem ameaça à ordem. Apesar da pacificação conquistada com a ‘Carta ao Povo Brasileiro’ ter sido suficiente para vencer, o subproletariado não aderiu em bloco. Havia mais apoio entre os que tinham renda familiar acima de cinco salários mínimos do que entre os que ganhavam menos do que isso, como, aliás, sempre acontecera desde 1989. Ainda que as diferenças pudessem ser pequenas, elas expressavam a persistente desconfiança do *povoão* em relação ao radicalismo do PT. Depois de 2002, tudo iria mudar. A vitória levaria ao poder talvez o mais varguista dos sucessores do Dr. Getúlio. Não em aspectos superficiais, pois nestes são expressivas as diferenças entre o latifundiário do sul e o retirante do nordeste. Tampouco no sentido de arbitrar, desde o alto, o interesse de inúmeras facções de classe, fazendo um governo que atende do banqueiro ao morador de rua. Dadas às condições, todos os presidentes tentam o mesmo milagre. O que há de especificamente varguista é a ligação com setores populares antes desarticulados. “Ao construir, desde o alto, o povo em ator político, o lulismo retoma a combinação de autoridade e proteção aos pobres que Getúlio encarnou.” (SINGER, André. **A história e seus ardis : o lulismo posto a prova em 2010**. São Paulo: Jornal Folha de São Paulo, 19/09/2010, Caderno Ilustríssima, p. 4.).

¹⁸⁸ O perfilhamento do Ministério da Ciência e Tecnologia ao lado do Ministério da Agricultura se deve ao aumento de complexidade (política e econômica) que passou a acompanhar os conflitos de interesse

Ao ser capaz de arbitrar administrativamente complexas demandas, a nova hegemonia política do petismo angariou ampla legitimidade interna e externa. E de fato, reorientou a dinâmica de favorecimento de classes em torno da qual se movia até então o estamento, deslocando parte dos recursos públicos consumidos no *saque fisiológico* para a ampliação das ações clientelísticas por meio das quais passou a beneficiar segmentos até então excluídos da ação benemerita do Estado. Melhorou as condições materiais desses segmentos, incorporando-os a um novo e dinâmico mercado de consumo interno - mas fez isso limitando o seu próprio espaço de manobra futuro, dada a manutenção de todos os compromissos ora reafirmados com o estamento, os quais, o petismo conferiu nova legitimidade.

Daí porque também, práticas patrimonialistas ao estilo do nepotismo, não apenas permaneceram no âmbito da administração petista como foram ampliadas em face da incorporação de uma ampla base de militantes originários do partido e dos movimentos sociais, compondo *um tipo específico de nepotismo*, mais conhecido como *aparelhamento* ou *nepotismo político*, que trataremos mais adiante.

Ao que parece, tal sistema manter-se-á integralmente no governo de Dilma Rousseff, como se pôde perceber nos movimentos que prefiguram a montagem do ministério e a reconfiguração da nova - e em muito ampliada - *base aliada*.

Aliás, movimento que tende a se reproduzir nos governos estaduais, tornando expressa uma absoluta falta de coerência política e ideológica entre as diversas composições que se estabelecem, nas quais partidos aparentemente inimigos no plano nacional estão perfeitamente articulados e aliados no âmbito estadual e/ou municipal.

De fato, no plano do estamento, sua unidade se mantém na medida em que no contexto de um Estado federal, tão amplo e complexo como o nosso, dificilmente alguma facção representativa do estamento irá ficar totalmente desalojada do poder administrativo ou legislativo em todo o território e em todos os níveis da federação. Isso colabora com a pacificação no interior do estamento, visto que, uma vez definido o comando em nível federal, este terá todo o interesse em obter de governadores e

situados no meio rural. Sendo o campo um mercado consumidor de bens de alto valor agregado, este tipo de conflito passou a envolver os interesses de grandes multinacionais articuladas ao setor ruralista, como as que constituem o complexo agroindustrial, ao qual se vincula a produção de organismos geneticamente modificados (*OGM's*), onde se destacam corporações como a norte-americana Monsanto. No Brasil, a autorização para pesquisa e comercialização, o controle e a fiscalização governamental, envolvendo *OGM's*, são de competência da CTNBio, órgão técnico, de natureza multidisciplinar, constituído no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia nos termos do art. 14 da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança).

prefeitos, em tese, de partidos opositores, apoio por meio dos deputados e senadores ligados à sua base, nos projetos de interesse do Executivo da União. Quanto os governadores e prefeitos *de oposição* (mais até do que o Presidente da República) terão toda disposição de esquecer diferenças com o governo central - ao menos até as próximas eleições - e buscarão uma convivência pacífica, para garantir recursos federais e sossego político suficiente para rearticular as estratégias rumo à conquista ou reconquista da hegemonia no conjunto do estamento.

Afinal, no contexto da dominação política estamental, o que importa é estar associado ao partido que domina o aparelho administrativo, em qualquer nível da federação. O que importa é o *partido do poder*¹⁸⁹...

Sendo assim, não obstante sucessivas crises enfrentadas pelo Estado patrimonial ao longo da história, há indisfarçáveis evidências de que o mesmo permaneça íntegro e atuante, sob o comando de um sistema político de natureza estamental que o dirige nos marcos de um capitalismo politicamente orientado.

Contudo, é certo que a sanha desencadeada por esse Estado e o estamento que historicamente o dirige não se impõe à nossa sociedade como um atavismo inescapável. Sem dúvida eles se mantêm por séculos, com notável competência adaptativa. Mas sua margem de manobra não para estreitar.

Segmentos da população que até a pouco estavam no limite da sobrevivência, ultrapassaram o umbral que os trouxe a uma vibrante sociedade de consumo. Tão logo

¹⁸⁹ “A despeito de descrever uma verdade, a expressão *‘partido de aluguel’* tem evidente conotação pejorativa. Em geral, designamos assim certas legendas nancicas. Mas como chamar um partido que apoia o governo Lula (ou Dilma) na esfera federal e ao mesmo tempo dá seu apoio ao governo Serra (ou Alckmin) em São Paulo? Partido anfíbio? Partido oportunista? Partido Macunaíma? Partido ao meio? Não estou me referindo apenas ao PMDB, verdadeiro partido de artistas, capaz de abocanhar a vice-presidência do Governo Dilma, segurar com uma mão no governo Alckmin e com a outra fazer acenos para atrair Gilberto Kassab do DEM. Pense no PSB, no PDT, no PV, três partidos que têm alguma pretensão de ser levados a sério ou possuir identidade programática. Na prática, pertencem à base do governo petista na esfera federal e à base do governo tucano em SP. Coerência? Basta invocar as diferenças regionais para justificar a adesão a *A* aqui e *B* ali e vice-versa. É curioso o caso do PSB, o partido cresceu, elegeu ou reelegeu seis governadores (entre eles, Eduardo Campos, em Pernambuco, com jeito de que pode ser uma liderança nacional). Mas o PSB, em São Paulo, serviu de barriga de aluguel para a candidatura quixotesca de Paulo Skaf, o empresário que liderou o ‘xô CPMF’! que os governadores do partido agora querem de volta. Afinal, que apito toca o PSB? O DEM se tornou uma espécie de testemunha involuntária de como é difícil ser oposição no Brasil. Isso também se aplica a São Paulo, onde os governos tucanos mandam e desmandam na Assembléia Legislativa usando os mesmos métodos de aliciamento do governo federal. Como a folha noticiou Alckmin agora está empenhado em promover um arrastão nas legendas que também parasitam Lula/Dilma (o PR, o PRB e o PP, além das citadas). Quase todos estão na política para isso mesmo: fazer negócios. E todos querem ser do único partido que de fato importa - o partido do poder.” (BARROS E SILVA, Fernando. **Aluguel de partidos**. São Paulo: Jornal Folha de São Paulo, 13-11-2010, p. A2).

atrassem o rubicão, será difícil convencê-los a aceitar retroceder, tanto quanto convencê-los de que não merecem mais...

Novos meios de comunicação, sobretudo informacionais, como as *mídias sociais*, integram as *novas massas* em uma velocidade estonteante, criando fluxos de troca de informação e debate capazes de promover, no médio e longo prazo, uma verdadeira ruptura em nossa cognição política e social, constituindo a base social que permitirá sepultar de vez a naturalidade com que práticas patrimonialistas são toleradas entre nós.

No plano puramente jurídico-normativo, como já afirmamos, as inovações trazidas pela Constituição de 1988 e pela produção legislativa infraconstitucional posterior estabeleceu novos e eficazes dispositivos aptos a reprimir e extirpar o jogo patrimonialista. Mas o fator mais importante decorreu dos contornos assumidos entre nós por uma nova jurisdição constitucional. Foi ela que arrancou dos princípios positivados no texto constitucional a normatividade necessária para se garantir de modo contramajoritário a intangibilidade dos direitos fundamentais e os elementos essenciais de uma vida política republicana, na qual não se admite nenhuma espécie de perseguições ou favoritismos.

Disto trataremos nos próximos capítulos, de modo que, a argumentação em um plano rigorosamente jurídico-normativo corresponderá daqui por diante em nosso trabalho, ao que se convencionou denominar por *perspectiva do participante* – em oposição à *perspectiva do observador* até aqui predominante.

CAPÍTULO 04 - ACLIMATAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE NO ÂMBITO DO SISTEMA JURÍDICO-NORMATIVO BRASILEIRO.

Nesse capítulo, nos propomos realizar uma breve recuperação histórica e jurídico-normativa, no contexto de nossa tradição jurídica, acerca da compreensão, interpretação e aplicação do princípio da *moralidade administrativa*.

Em um primeiro tópico, apresentaremos a genealogia do conceito de moralidade administrativa, desde a descrição dada pelo órgão no qual surgiu, o Conselho de Estado francês.

Filho dileto da Revolução, esse foi concebido para constituir-se em baluarte de concretização do *princípio da separação dos Poderes*, tornando-se expressão de um modelo singular de jurisdição, conhecida como *contencioso administrativo*.

A análise inicia apontando o conteúdo e o alcance da produção jurisdicional desse órgão, com referência a alguns de seus magistrados, fechando o foco na obra de MAURICE HAURIOU, o grande formulador do conceito de moralidade administrativa.

Foi ele quem percebeu que os recursos administrativos admitidos e processados em face do *excesso de poder* (abuso de direito ou de autoridade), na realidade, tinham por vezes, situações de fato, distintas, identificadas ora com *desvio de poder*, ora com *desvio de finalidade*.

Já em um segundo tópico, trataremos da recepção do conceito (moralidade administrativa) pela doutrina brasileira que, ao que tudo indica, se deu por um artigo do jurista português ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO,¹⁹⁰ publicado em 1951, na Revista de Direito Administrativo. Após, discorreremos com HELY LOPES MEIRELLES, o maior divulgador do conceito entre os autores nacionais. Tendo participado com Bilac Pinto e Seabra Fagundes da Comissão encarregada da elaboração do anteprojeto da Lei 4717/65 (Lei da ação popular), que passou a tutelar a moralidade administrativa pela figura do desvio de finalidade (modalidade de ato ilegal), abordou o conceito na primeira edição do seu Direito Administrativo Brasileiro¹⁹¹, em 1964. Por fim, chegaremos a MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, cuja reflexão pautou-se principalmente na preocupação com o controle da moralidade administrativa - já em face da experiência com a aplicação da Lei da Ação Popular.

¹⁹⁰ BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade administrativa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 25, p. 454-467, jul/set. 1951.

¹⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

A partir desse grupo originário de autores, apresentaremos o posicionamento sucinto de representantes contemporâneos da doutrina nacional, delimitando pontos de divergência e nuances.

Por fim, no último tópico, avançaremos sobre a evolução do princípio da moralidade em nossa jurisprudência e legislação. No âmbito legislativo, ênfase será conferida à evolução do tema no plano constitucional, com a ampla normatização das tutelas da moralidade e da probidade administrativas, na Constituição Federal de 1988. Além, apresentaremos uma breve reconstrução da evolução legislativa no campo infraconstitucional, tomando por referência inicial a Lei 1.079/50, que tratou da responsabilização de servidores públicos por condutas incompatíveis com a dignidade, a honra e o decoro do cargo. Seu desdobramento com a lei da ação popular (4717/65) e o apogeu do tratamento ordinário da matéria, na Lei 8429/92, que regulamentou o § 4º da CF/88 e ficou conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. Faremos referência ainda a outras normas que procuraram desenvolver o princípio da moralidade administrativa em campos específicos da Administração, tais como servidores públicos (Lei 8112/90), Licitações e Contratos Administrativos (Leis 8666/93 e 10.520/02), e Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00).

Trata o capítulo, portanto, de uma introdução teórico-doutrinária a um conjunto de temas e problemas, que nos forneça os elementos jurídico-normativos pertencentes ao princípio da moralidade (tomado este, a partir daí, em um sentido ampliado de *moralidade institucional*), necessários a um adequado enfrentamento repressivo das condutas de viés patrimonialista (especialmente as maculadas pelo vício do nepotismo), praticadas contra a entidade estatal brasileira.

4.1 - A Moralidade Administrativa em Face da Jurisprudência do Conselho de Estado Francês e a Doutrina de Maurice Hauriou

Na tradição jurídica romano-germânica, o desenvolvimento dos princípios elementares do que passou se denominar por direito administrativo ou direito público, deu-se no âmbito da jurisprudência do Conselho de Estado da França. Este órgão foi concebido no ápice do fervor revolucionário que redefiniu as instituições sociais e políticas, apresentando-se como manifestação concreta do *princípio da separação dos poderes*.

Nesse sentido, podemos dizer que o marco do direito administrativo moderno ocorreu em torno de uma lei francesa editada após a Revolução de 1789, cuja promulgação foi obra de Napoleão, em 1800 - a *lei do 28 pluviôse do ano VIII*. Essa legislação criou um órgão da Administração Pública, com competência para a solução de conflitos envolvendo o Poder Público e seus administrados, bem como, para o exercício do controle em geral de toda a atividade administrativa.

O Conselho de Estado ocupou, portanto, a mais alta hierarquia da estrutura em torno da qual se organizou a *jurisdição administrativa*. Tornou-se independente do Poder Judiciário, no exercício da competência para promover o controle da atividade administrativa, surgindo daí o termo *contencioso administrativo*. Independência esta que já vinha pronunciada com a Revolução, em uma lei, de 1790, que proibiu a apreciação, por juízes e tribunais, de litígios entre Administração Pública e particulares, sob o argumento de que as funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das administrativas. Desse modo *os juízes não podem, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as atividades dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo relacionado às funções que estes exercem*.

Até 1872, as decisões do Conselho tinham a natureza jurídica de *meros pareceres*, e deveriam ser referendadas pelo Chefe do Poder Executivo. Após esta data, passaram a valer em caráter definitivo, dispensando-se qualquer ato confirmatório e reconhecendo-se sua autonomia.

Esse sistema de contencioso não parece ter sido expressão de uma racionalização superior para a solução de conflitos entre a Administração pública francesa e os particulares. Mas antes, foi instituído para impossibilitar que os juízes, na maioria nomeados pelo rei antes da Revolução, descompromissados com esta e até nutrindo

simpatia pela monarquia, viessem a exercer o controle das atividades administrativas dos governos legitimados pelo fervor revolucionário.

Em face da divisão de competências instituída, a decisão de conflitos envolvendo o Conselho e o Poder Judiciário requereu o desenvolvimento de princípios materiais específicos para o direito administrativo, diversos dos previstos para o direito privado e até então aplicados à esfera administrativa pelo Conselho.

Foi a partir desse entendimento que se passou a dizer que o direito administrativo seria *o direito derogador do direito comum*. Afirmou-se com isso que o direito administrativo ganhou autonomia, com princípios e normas distintas do direito privado, sobretudo, nas decisões do Conselho de Estado.

Aí, no árduo trabalho de se forjar novos princípios, capazes de assentar a autonomia dessa nova disciplina, com suas nuances e peculiaridades, *brotou* o princípio da moralidade administrativa.

“Surgiu, em resultado, um contencioso administrativo, no qual o próprio administrador julgava as irresignações dos administrados, evoluindo-se, com o tempo, ante a percepção de que não se poderia reunir na mesma pessoa, as figuras de julgador e parte, para um modelo composto por órgãos especialmente destinados à função de julgar os litígios administrativos, i. e., para uma jurisdição administrativa. O Conseil d’Etat (Conselho de Estado), que desempenhava, no primeiro momento, só a atividade de aconselhamento do governo, se tornou, após algumas reformas, órgão máximo da estrutura jurisdicional administrativa. Com esse formato, permanece hoje o contencioso administrativo institucionalmente ligado ao Poder Executivo, independente, entretanto, da Administração ativa. É notável, por tudo isso, que justo a França tenha sido responsável pela construção de grande parte do Direito Administrativo contemporâneo. (...) Tal construção foi eminentemente jurisprudencial, atribuída quase toda ao Conselho de Estado, que logrou interpretar textos insuficientes, preencher lacunas e, inclusive, estabelecer princípios, os mais fundamentais, como o da responsabilidade da Administração por danos decorrentes de seus atos e o de que ela pode alterar, unilateralmente, o seus contratos. Merecem referência, por esse trabalho, os juizes Édouard Laferrère, Léon Duguit e Maurice Hauriou – sendo deste último a concepção inicial da moralidade administrativa.”¹⁹²

Segundo entendimento majoritário na doutrina, HAURIOU desenvolveu inicialmente reflexões¹⁹³ em torno de questões envolvendo o desvio de poder e/ou finalidade. Este decorreria de uma autoridade administrativa servir-se de sua

¹⁹² BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa** : uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2002, p. 88-89.

¹⁹³ HAURIOU, Maurice. **La Déclaration de Volonté dans le Droit Administratif Français**. Paris: Revue Trimestrielle de Droit Civil, v. 3, 1903.

competência e autoridade, nos estritos termos da lei, ocultando, todavia, seu *objetivo de fato* - distinto substancialmente do previsto legalmente na regra de competência. Esta seria a fundamentação acolhida pelo Conselho de Estado para anular atos administrativos em face da constatação da ilicitude ou falsidade de sua causa.

No que diz respeito à norma em face da qual é declarada essa falsidade ou ilicitude, a jurisprudência apontaria à *regra da boa administração*, dela deduzindo um plexo normativo de natureza objetiva, pelo qual se transfere ao julgador do contencioso administrativo a competência para apreciar a questão, a partir das circunstâncias e dos meios disponíveis para o administrador no momento da edição do ato.

HAURIUO deduziu que essa regra seria equivalente à noção comum de boa-fé, prevalente no direito privado, e a ela teria se referido especificamente o legislador alemão de 1900.

O Conselho de Estado partiria da ideia segundo a qual a Administração estaria vinculada a uma moralidade objetiva, cuja função primordial seria fornecer ao mesmo elementos de identificação das situações em que os motivos indicados como ensejadores da prática do ato, estejam em desacordo com os fins gerais reconhecidos à função administrativa - o que permitira ao Conselho declará-los ilícitos.

Desse modo, segundo BARBOZA,¹⁹⁴ buscou-se demonstrar que a teoria dos atos jurídicos (administrativos), então desenvolvida pelos franceses, constituía-se sobre a mesma identidade objetiva (*teoria da declaração da vontade*), adotada pelo Código Civil Alemão.

A dogmática civilista alemã, ao contrário do entendimento desenvolvido pelo direito romano - fundamentado na sinceridade da manifestação interna da vontade do sujeito -, interessava-se pela manifestação exterior e concreta desta vontade, por supor que toda matéria afeta à subjetividade do indivíduo não poderia ser concretamente conhecida e mensurada frente à objetividade requerida pela tutela do interesse público.

Ao examinar especificamente a matéria afeta ao desvio de poder, teria HURIUO admitido que aí, o vício, não estaria exatamente no ato ou na declaração de vontade, até então, o único elemento em torno do qual se admitia a interposição de recurso administrativo. Estaria no foro subjetivo das intenções, de impossível sindicância, segundo o próprio Conselho. Por isso teria considerado a *teoria subjetiva da*

¹⁹⁴ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa** : uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2002, p. 90.

causa - então proclamada pelo Código Civil Francês - inaplicável no âmbito de um sistema jurídico (de Direito Público) predisposto para o reconhecimento da manifestação exterior e concreta da vontade.

Em face desta, a causa só seria considerada ilícita diante de proibição expressa por lei ou quando considerada contrária aos bons costumes ou à ordem pública. Por isso, o critério de boa-fé, exarado pelo Código Civil alemão, apresentando-se como um critério objetivo de aferição, mostrou-se mais adequado à instrumentalização de novos parâmetros do direito administrativo, então cunhados pelo Conselho de Estado Francês.

“Com razão o autor, visto como, já no ano de 1903, em estudo sobre a declaração de vontade no Direito Administrativo francês, Hauriou mencionou a ideia de moralidade, nela encontrando suporte para a noção, também ali referida, de boa administração. Num paralelo entre a teoria da declaração da vontade acolhida pelo novo Código Civil alemão (1900) e a teoria dos atos jurídicos administrativos, desenvolvida na França, Hauriou enfrentou o problema do desvio de poder ou, em sinonímia, desvio de finalidade.”¹⁹⁵

Em um período posterior, HAURIOU teria retomado a reflexão sobre a moralidade em face do controle de atos administrativos eivados por vício de desvio de poder.¹⁹⁶ Seria essa a noção que, *ultrapassando a ideia de legalidade*, permitiria restringir o poder naquilo que possui de mais discricionário, nos objetivos que justificam a sua conduta e as suas escolhas, verificando-se a subordinação ou não da discricionariedade administrativa aos fins estatuídos em prol do interesse público.

Dada à rigidez com que se expressa a regra da legalidade no campo de um Estado de Direito, não teria ela a aptidão necessária para penetrar no âmbito das escolhas do administrador, sem aniquilar ou obstruir o que de mais notável (iniciativa e criatividade) se espera da competência discricionária. Por outro lado, a noção de moralidade administrativa permitiria ao julgador apreciar a particularidade de cada caso, peneirando as especificidades, sem destruir o potencial criativo conferido pela ordem jurídica ao administrador.

Nesse ponto HAURIOU teria combatido os que insistiam em negar a distinção conceitual entre legalidade e moralidade administrativa, sob o argumento de que a moralidade administrativa não seria outra coisa que não o *espírito da lei*, de modo que, o desvio de poder ou de finalidade não seria outra coisa que não a violação da própria lei.

¹⁹⁵ Op. Cit. p. 89-90.

¹⁹⁶ HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaire de Droit Administratif et de Droit Public**. Paris: Ed. Sirey, 1938.

Outros críticos, inicialmente na França, mas até mesmo hoje em países como o Brasil,¹⁹⁷ buscam simplesmente esvaziar o conteúdo normativo da noção de moralidade administrativa, atacando-a sob o pretexto de vagueza e imprecisão.

“Não obstante o mérito de Maurice Hauriou de trazer para o direito público um debate até então circunscrito à órbita privada, a moralidade administrativa, mesmo entre os autores administrativistas, guardava forte ligação com a teoria do desvio de poder. Isso implicava que a moralidade ou a imoralidade do ato residia sempre na intenção do agente que pratica o ato administrativo. E, por essa razão, Hauriou foi fortemente contestado por diversos juristas, como Marcel Waline, para quem o vício de desvio de poder, o détournement de pouvoir, ofendia o espírito da lei; e a violação do espírito da lei ofendia, evidentemente, a própria lei. Em outras palavras, a violação à moralidade não passaria de agressão à legalidade administrativa.”¹⁹⁸

À crítica segundo a qual a ideia de moralidade administrativa estaria presente *no espírito da lei*, HAURIOU teria argumentado no sentido de que o *espírito das leis administrativas* não se confundiria com a *moralidade administrativa*, do mesmo modo que o espírito das leis civis não se confundiria com a moral individual.

Desse modo, o *espírito da lei* fixaria o limite imposto aos direitos individuais em face do interesse público. Já o espírito da moralidade residiria na diretiva que impõe aos administradores certos deveres na persecução do bem comum, de modo que haveria uma distância entre o que seria *justo* por ser *legal* (*espírito da lei*) e o que seria *bom* (*espírito da moralidade*).

Assim, a moralidade administrativa ultrapassaria a legalidade e o *desvio de poder* ultrapassaria em profundidade de ação a violação da lei.

A peculiaridade da moralidade administrativa residiria no fato de que todo aquele que recebe da ordem jurídica uma competência discricionária para escolher entre alternativas postas, ter que se colocar necessariamente no plano de uma distinção entre *o bem e o mal*. A toda hora o administrador seria instado nas suas escolhas a discernir na

¹⁹⁷ Cf. GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 7.

¹⁹⁸ CORDEIRO, Alexandre D. **Três indagações sobre o princípio da moralidade administrativa**: teoria política, teoria do direito e teoria da Constituição em transformação. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2005, p. 95.

consequência da sua conduta, uma distinção, entre *o justo e o injusto*, entre o lícito e o ilícito, entre *o honrado e o desonrado*,¹⁹⁹ entre o conveniente e o inconveniente, de modo que seria a moralidade administrativa muito mais exigente do que a legalidade.

Desse modo, o excesso de poder, título a que seriam anulados inúmeros atos administrativos, *seria fundado simultaneamente nas noções de legalidade e de moralidade*, de modo que a Administração estaria vinculada a uma moral jurídica, de modo especial, nos casos envolvendo desvio de poder.

*“Finalmente, no Précis Élémentaire de Droit Administratif, ao abordar o desvio de poder, Hauriou diz se tratar de uso do poder com base em motivos e visando objetivos que não aqueles em razão dos quais o poder foi conferido, é dizer, outros que não os que desejam a moral administrativa; esclarecendo que o desvio de poder é uma noção aparentada daquela do abuso de direito e, nesse sentido, o desvio de poder é ele mesmo uma sorte de incompetência ratione materiae. Podemos notar também que é uma violação da boa-fé, pois a administração deve agir de boa-fé, e isso faz parte de sua moralidade. Foram breves, portanto, como se vê, as referências de Hauriou à moralidade administrativa, aparecendo aqui e ali no conjunto de sua obra, sempre associadas, é verdade, ao desvio de poder. Não nos parece, entretanto, que, mesmo em Hauriou, fosse à moralidade simples critério de avaliação dos móveis ou da finalidade do ato administrativo. O controle, isto sim, da moralidade é que se fazia particularmente presente na hipótese do desvio de poder.”*²⁰⁰

E é a autora mencionada quem nos relata que, mesmo sem ter sido diretamente aplicada ou ao menos referida à ideia de moralidade administrativa, por meio dos recursos administrativos, voltados para o controle do *excesso de poder*, pôde o Conselho de Estado apreciar situações caracterizadas por *desvio de poder* ou *finalidade*, pelo menos, desde 1864, quando se deu o julgamento do *caso Lesbats*.

¹⁹⁹ São expressões como essas, não obstante manifestações em contrário do próprio HAURIU, que mais tarde darão azo à polêmica em torno do conteúdo normativo do princípio da moralidade - seria ele referenciado à uma *moral comum* ou a uma *moral juridicizada*? Como se vê acima, o texto de HAURIU abre dúvidas a esse respeito, razão pela qual foi criticado em sua época por autores como WELTER, Henri. (**Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et jurisprudence**. Paris: Sirey, 1929), que já naquela época procurou frisar que o conteúdo normativo da moralidade administrativa radicasse no próprio direito. Transcrevemos em seguida um trecho da obra de WELTER acima referida, por sua vez, traduzido e transcrito em seu Curso de Direito Administrativo, pela saudosa professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO: “A moralidade administrativa, que nos propomos a estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre bem e o mal; mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.” Apud. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 57.

²⁰⁰ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa** : uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2002, p. 93.

Este caso passou a ser considerado um ponto de referência para os estudiosos do desvio de finalidade. Isto porque, mesmo tendo sido inicialmente recebido pelo Conselho como um recurso em face da prática de *excesso de poder*, entendeu-se que aí também se compreendia as hipóteses de controle do *desvio de finalidade*. Haja vista ter ficado demonstrado pelos autores do recurso que sua pretensão, referente à autorização requerida ao Poder Público Municipal para utilizar-se o parque de estacionamento da estação ferroviária local para desembarque dos seus passageiros, fora negada com o intuito de se beneficiar outra empresa concorrente – daí porque se optou pela anulação do ato administrativo de indeferimento em face do flagrante desvio de finalidade.

Em outro episódio paradigmático, conhecido como *caso Gomel*, ampliou-se a noção de legalidade de modo a possibilitar o controle da finalidade dos atos administrativos. Passou-se a admitir a anulação desses, mediante a demonstração de que a real finalidade perseguida pelo agente não coincidia com a teleologia legal prevista na regra de competência. Ademais, na apreciação desse caso, o Conselho de Estado passou a admitir também o controle sobre os fatos motivadores do ato administrativo, indo além da mera apreciação acerca da fundamentação e do raciocínio jurídico do administrador em face da qualificação que deu ao fato.

Até então o Conselho não admitia a sindicância quanto à qualificação jurídica dos fatos apreciados pelo ato administrativo, com o intuito de limitar sua apreciação à verificação da fundamentação jurídica apresentada, de modo a decidir se a mesma era correta ou não, abstendo-se de entrar no *mérito* acerca da possibilidade de equívoco, pelo administrador, na valoração dada aos fatos que justificaram a edição do ato.

Ao se manifestar sobre a qualificação dos fatos apresentados como razão de decidir do administrador, avançou-se de modo extraordinário na seara do controle do desvio de poder, visto ser aí - pressuposto de fato do ato – onde normalmente residem os problemas referentes ao desvio de finalidade.

Como se vê, não obstante sua formulação original por MAURICE HAURIOU no âmbito dos debates travados no interior do Conselho de Estado Francês, o conceito de moralidade administrativa não evoluiu no interior daquele sistema jurídico específico para a sua estruturação na forma de princípio jurídico autônomo, sendo as discussões travadas em torno do conceito de moralidade administrativa aproveitadas no bojo de outros instrumentos normativos já disponíveis pelo sistema lá vigente. No entanto, tais reflexões produziram consequências normativas mais intensas em países como o nosso.

“Todavia, malgrado as críticas sofridas, a moralidade concebida por Maurice Hauriou extrapolou as fronteiras da doutrina francesa e foi encontrar acolhida no direito brasileiro que lhe deu novos contornos e, na Constituição de 1988, foi erigida a princípio norteador da Administração Pública, conferindo-lhe um status não imaginado por seu idealizador.”²⁰¹

E é exatamente sobre a recepção da doutrina, jurisprudência e legislação brasileira, em face do princípio da moralidade administrativa, que passaremos a tratar.

²⁰¹ CORDEIRO, Alexandre D. **Três indagações sobre o princípio da moralidade administrativa** : teoria política, teoria do direito e teoria da Constituição em transformação. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2005, p. 93.

4.2 - Recepção do Conceito de Moralidade Administrativa no Brasil

De um modo geral, a recepção no Brasil do *conceito de moralidade administrativa* formulado por MAURICE HAURIUO, deu-se pela obra do jurista português ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO,²⁰² que por meio de um artigo publicado em 1951, na Revista de Direito Administrativo, franqueou a nossos juristas a reflexão em torno do mesmo.

Em seguida, quando da discussão do anteprojeto para a lei de ação popular, juristas como SEABRA FAGUNDES, BILAC PINTO e, sobretudo, HELY LOPES MEIRELLES envolveram-se profundamente com o tema - cabendo ao último, já na primeira edição da sua obra *Direito Administrativo Brasileiro* (1964), manifestar-se sobre o princípio, com fundamento no trabalho de HAURIUO. E sem dúvida, a grande maioria dos publicistas brasileiros, desde então, passaram a recepcionar as linhas gerais do conceito de moralidade, nos termos fixados pelo mestre HELY.

*“A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem e o mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *nom omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.”*²⁰³

Em 1974, nossa doutrina se viu em muito enriquecida pela contribuição de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO²⁰⁴. Assim como HELY LOPES MEIRELLES E ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, lastreou seu entendimento sobre o conteúdo e o alcance do conceito de moralidade administrativa no pensamento de

²⁰² BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade administrativa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 25, p. 454-467, jul/set. 1951.

²⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 83-84.

²⁰⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Editora Saraiva, 1974.

MAURICE HAURIOU. Todavia, procurou focar sua contribuição em torno do controle da moralidade administrativa - em vista dos efeitos práticos e jurídicos desencadeados desde a edição da Lei 4717/65 (ação popular).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que introduziu expressamente a moralidade entre os princípios regentes da Administração Pública, a doutrina brasileira passou a adotar o conceito de moralidade administrativa no sentido geral apontado pela nova Constituição - que estabeleceu novos ditames jurídico-normativos que pautaram todos os trabalhos posteriores.

Em um primeiro momento, DIÓGENES GASPARINI se apresentou mais alinhado às teses de MARCEL WALINE, para quem todo o conteúdo jurídico-normativo atribuído à moralidade já estaria presente no conceito de legalidade, de modo que, para GASPARINI, a positivação da moralidade na CF/88 levou para o texto constitucional um princípio vago e impreciso, potencialmente apto para gerar insegurança jurídica que, em conteúdo e alcance, pouco ou nada diferiria do sentido atribuído ao princípio da legalidade administrativa.²⁰⁵

Todavia, *essa crítica simplesmente desapareceu das novas edições de sua obra*, nela constando, agora, apenas referência expressa aos elementos nucleares do conceito estabelecido por HAURIOU e os aportes realizados pelos autores brasileiros que se tornaram *clássicos* nesta temática.

“O art. 37, caput, da Constituição Federal menciona, entre outros, o princípio da moralidade, que não pode ser senão o da moralidade administrativa. De sorte que o princípio da moralidade administrativa tem hoje status constitucional. Diz Hauriou, seu sistematizador, que o princípio da moralidade administrativa extrai-se do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública; tira-se da boa e útil disciplina interna da Administração Pública. O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só a lei, mas a própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos. Para Hely Lopes de Meirelles, apoiado em Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito de bom administrador, aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público. Por essa razão, veda-se à administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade e boa-fé. A importância do princípio da moralidade administrativa já foi ressaltada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA, 89:134), ao afirmar que a moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo.”²⁰⁶

²⁰⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 7.

²⁰⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 9-10.

Em sua abordagem sobre o tema, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO também ressaltou que: “coube ao ilustre Prof. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, paranaense, o mérito de ter abordado o tema no Direito brasileiro, e nele insistido, há muito tempo, com sua monografia *Controle da Moralidade Administrativa*. (...) HELY LOPES MEIRELLES também sempre destacou o dever de probidade para o administrador público. (...) ANTÔNIO BRANDÃO afirma ter sido HAURIOU o primeiro a falar em moralidade administrativa e cita o caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25. Todavia, é na 11ª edição do *Droit Administratif et Droit Public* (SIREY, 1927) que o grande publicista francês melhor examina a questão.”²⁰⁷

Por sua vez, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, preferiu ressaltar que: “nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade. (...) ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO (RDA 25: 454) faz um estudo da evolução da moralidade administrativa, mostrando que foi no direito civil que a regra moral primeiro se imiscuiu na esfera jurídica, por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do não-locupletamento à custa alheia e da obrigação natural. Essa mesma intromissão verificou-se no âmbito do direito público, em especial no Direito Administrativo, no qual penetrou quando se começou a discutir o problema do exame jurisdicional do desvio de poder. O mesmo autor demonstra ter sido MAURICE HAURIOU o primeiro a cuidar do assunto, tendo feito a sua colocação definitiva na 10ª edição do *Précis de Droit Administratif*, onde define a moralidade administrativa “como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.”²⁰⁸

Em sentido semelhante se posicionou DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, para quem: “mantém-se, assim, com plena atualidade, essa figura doutrinária descrita por MAURICE HAURIOU no Direito Administrativo, há mais de 70 anos, a partir da observação da evolução jurisprudencial do Conselho de Estado Francês, então por ele definida como conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração Pública, introduzida entre nós por MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO. (...) Como excelentemente expôs ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, tanto

²⁰⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 56.

²⁰⁸ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 72-73.

infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos (“moral comum”), como aquele que desprezou a ordem constitucional e, embora movido pelo zelo profissional, invade a área reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado a sua guarda. Em ambos os casos, há imoralidade administrativa porque o ato praticado se desviou de seu reto fim institucional. Em ambos, também, a ineficácia do ato não decorrerá diretamente da violação de qualquer regra da moral comum, mas, indiretamente, da violação do princípio da boa administração, que deve ser inafastável suporte ético da atividade administrativa pública. Esse princípio substantivo, da moralidade administrativa, informa vários institutos atinentes ao controle da Administração Pública, notadamente os que embasam o desempenho ético dos agentes políticos e administradores.”²⁰⁹

Por sua vez, ao comentar a inclusão da lesão à moralidade administrativa como novo objeto a ser tutelado pela ação popular, por expressa disposição da CF/88, CLÓVIS BEZNOS foi o primeiro autor a perceber que tal disposição modificava o pressuposto estabelecido originariamente pela lei da ação popular, segundo a qual, a adequação dessa via processual sujeitava-se a ocorrência de alguma modalidade de prejuízo patrimonial em face da administração. Percebeu-se então, de forma inovadora no âmbito de nossa doutrina, que muitas vezes, ao invés de lesão ao patrimônio público, o que ocorre é a lesão dos administrados em face do ato administrativo imoral praticado pelo órgão estatal. Tal situação restava especialmente configurada em episódios tais como o encaminhamento pela autoridade administrativa de projeto de lei (aprovado em face da maioria parlamentar governista) instituindo determinado tributo quando, tanto a autoridade administrativa quanto o Legislativo, previamente conheciam sua notória inconstitucionalidade, praticando tal ato, única e exclusivamente, com o objetivo de incrementar a arrecadação e engordar os cofres da Administração *pelo tempo que for possível...*

“Incluindo-a a Constituição Federal no objeto da ação popular a proteção contra a lesão à moralidade administrativa, impõe-se a conclusão da possibilidade, por essa via de ação, do ataque a ato administrativo não lesivo patrimonialmente. De fato, os atos revestidos de imoralidade administrativa, não são necessariamente lesivos ao patrimônio público, ao contrário, muita vez se pode encontrar exemplos de imoralidades administrativas, que recheiam as arcas da Administração. Exemplo disso são os tributos absolutamente inconstitucionais, cuja instituição se viu ao longo dos anos passados. Com

²⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 105-106.

efeito, alguns casos, como a instituição e cobrança do 'Imposto sobre Operações Financeiras', em 1980; a exigibilidade do chamado 'Finsocial', em 1982; os empréstimos compulsórios sobre aquisição de veículos, combustível e viagens ao exterior, etc., são exemplos marcantes de inconstitucionalidades óbvias, posteriormente reconhecidas pelos Tribunais, que, não se pode acreditar, decorram as suas exigibilidades de mero equívoco da Administração. Aliás, em um dos exemplos citados, um Ministro de Estado, após afastar-se de seu cargo, reconheceu publicamente ter ciência anterior da inconstitucionalidade do tributo exigido, afirmando, porém, a necessidade de arrecadação, como escusa de sua cobrança. Tal conduta se nos afigura absolutamente imoral no prisma administrativo.”²¹⁰

Em outro giro, ODETE MEDAUAR retoma a temática tradicional, ao afirmar que: na doutrina pátria, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, que dedicou obra específica à moralidade administrativa, tece as seguintes considerações: muito embora não se cometam faltas legais, a ordem jurídica não justifica no excesso, no desvio, no arbítrio, motivações outras que não encontram garantia no interesse geral, público e necessário; o que se quer defender é a lisura ou a exação nas práticas administrativas; a presunção de fim legal equivale à presunção de moralidade. (...) HELY LOPES MEIRELLES sempre incluiu a moralidade entre os princípios da administração, afirmando que ao legal deve se juntar o honesto e o conveniente aos interesses gerais; e vincula a moralidade administrativa ao conceito de bom administrador. Por sua vez, JOSÉ AFONSO DA SILVA parece aceitar a concepção de HAURIUO que vê a moralidade como conjunto de regras de conduta extraídas da Disciplina Geral da Administração; menciona, como exemplo, o cumprimento imoral da lei, no caso de ser executada com intuito de prejudicar ou favorecer deliberadamente alguém.”²¹¹

Por outro lado, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em seu Curso de Direito Administrativo, preferiu dar uma abordagem mais sucinta ao princípio, sem referência expressa aos mestres seminais, buscando abrigo na doutrina estrangeira mais recente e referenciando o princípio em valores juridicizados por nossa ordem positiva vigente.

“Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com

²¹⁰ BEZNOS, Clóvis. **Ação Popular e Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 27-28.

²¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 139.

*sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.*²¹²

Pelo que expusemos, nota-se que, entre nós, a assimilação do conceito de moralidade administrativa não obstante haja ocorrido de modo mais ou menos consensual, quanto à admissão de sua existência e eficácia jurídica em face de nosso sistema normativo, apresentou pequenas divergências quanto a pontos específicos.

Em nosso juízo, as mais instigantes seriam: **a)** a delimitação conceitual da moralidade administrativa na forma em que recepcionada; **b)** a ambiguidade heurística de alguns dos elementos utilizados na fundamentação desse conceito; **c)** a fonte a partir da qual se retira o conteúdo jurídico normativo da moralidade administrativa (*moral comum* ou *moral jurídica?*); **d)** a autonomia do princípio da moralidade em face do princípio da legalidade e/ou de outros princípios igualmente positivados no *caput* do art. 37 da CF/88; **e)** o conteúdo jurídico-normativo potencialmente vago e incerto (capaz de gerar insegurança jurídica) do princípio, agora positivado no texto constitucional.

Os dois primeiros, por serem de fácil apresentação e compreensão, abordaremos na sequência. Quanto aos demais, mais complexos e envolvendo divergências teóricas e conceituais abrangentes, apreciaremos mais detalhadamente no próximo capítulo.

A polêmica em torno da definição conceitual de moralidade administrativa remonta ao celebre artigo do jurista português ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO,²¹³ que introduziu entre nós a discussão nos termos propostos por Maurice Hauriou. Ao fazê-lo, apresentou a famosa definição que foi incorporada e reproduzida por praticamente toda a doutrina nacional - *moralidade administrativa como conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interna da Administração*.

É bom frisar desde logo que a discordância aqui discutida não se dá em relação ao conteúdo teórico ou jurídico-normativo dedutível do conceito. Nem diz respeito à sua pertinência em relação ao conjunto da reflexão elaborada por HAURIOU. O ponto é se tal definição teria sido, de fato, elaborada por esse autor.

Em seu artigo, BRANDÃO nos conta que, na 7ª edição do seu “*Précis*”, após inúmeras reformulações, em uma nota onde tece um comentário sobre o *caso Gomel*, HAURIOU teria informado que com no *recurso por desvio de poder*, com natureza de

²¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 115.

²¹³ BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade administrativa*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 25, p. 454-467, jul/set. 1951.

ação disciplinar, se ultrapassaria o ponto de vista de uma *legalidade estrita*, sancionando-se, em caso de provimento do recurso, uma *moral jurídica*. Segundo BRANDÃO, aquilo que poderíamos qualificar como o “*pulo-do-gato*”, só ocorreria na 10ª edição da obra, na qual HAURIUO teria *indicado, de passagem*, o que entendia por *moralidade administrativa* - plasmando o conceito (*conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração*) que aqui se tornaria tão amplamente divulgado.

Entre nós, chamaram a atenção para esta questão, dentre outros, JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI²¹⁴ e MÁRCIA NOLL BARBOZA.

“Não logramos, contudo, seguir o raciocínio de Brandão quando diz que Hauriou definiu a moralidade administrativa, na 11ª edição do seu “Précis”, como conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interna da Administração. Estamos de acordo, novamente, então, com José Guilherme Giacomuzzi na crítica que tece ao artigo do autor português, em especial porque não encontramos referência a fontes no texto de Brandão, não estando claro se, ao mencionar o “Précis”, está aludindo ao Précis de Droit Administratif et de Droit Public ou ao Précis Elémentaire de Droit Administratif, nos quais, do mesmo modo que Giacomuzzi, não localizamos a frase citada no texto de Brandão. É verdade, por igual, como obtempera Giacomuzzi, que alguns autores brasileiros têm reproduzido essas frases sem muito rigor. Percebemos, inclusive, que às vezes repetem o erro praticado por Brandão ao grafar Gomel – o caso Gomel, decidido pelo Conselho de Estado em 1914 - com duplo “m”, erro menor que poderia ser evitado mediante consulta aos registros da jurisprudência do Conselho de Estado.”²¹⁵

Quanto à questão da ambiguidade heurística de elementos utilizados para a fundamentação do conceito de moralidade administrativa, trata-se, especificamente, da utilização do famoso aforismo atribuído por muitos autores nacionais genericamente aos romanos,²¹⁶ mas pertencente, ao que tudo indica, ao Digesto²¹⁷ e a Paulo, onde se proclama que nem tudo o que é lícito é honesto – *Nom omne quod licet honestum est*.

Contra este tipo de fundamentação levantaram-se autores que enxergaram aí o que poderíamos denominar por uma verdadeira *contradição performativa*.²¹⁸ Dentre os

²¹⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 77 e 85.

²¹⁵ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa** : uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 94-95.

²¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 83.

²¹⁷ D. 50, 17, 144 (Paulo 62, ad Edictum).

²¹⁸ Conceito aqui recepcionado nos termos em que lhe deu ALEXY e por nós já exposto no primeiro capítulo desse trabalho. A seu respeito merece consulta também a formulação entre nós elaborada por

que contestam a adequação desse brocardo como elemento de fundamentação (ou forma de sua expressão) jurídica para princípio da moralidade, encontra-se HAMILTON RANGEL JUNIOR.²¹⁹

Segundo esse autor, existe uma presunção jurídico-política em torno da conduta lícita. Mesmo que esta seja praticada por um *sujeito presuntivamente indiferente quanto à decência de seus atos*, dela irradiam efeitos correspondentes ao que exige a honestidade, de modo que, ainda quando promovida por alguém desonesto, seria de se esperar que, *de per se*, a licitude atribua ao ato *eficácia de honestidade*.

Para RANGEL JUNIOR, como comentaremos mais adiante, ao desenvolvermos o conceito de *moralidade institucional*, o *telos* elementar do princípio da moralidade residiria na tentativa de se evitar e/ou reprimir qualquer forma de *arbitrariedade* promovida pela conduta individual (*subjetiva*), em face das esferas (*objetivas*) representadas pela ação *coletiva* (todas as formas imagináveis de associativismo) e *pública* (Administração político-estatal). Assim como qualquer arbitrariedade praticada por estas duas ultimas esferas, seja reciprocamente, ou de uma em relação à subjetividade individual.

Nesse âmbito de compreensão do princípio da moralidade, a fundamentação com base no brocardo latino, redundaria em verdadeira *contradição em termos*.

*“Sem dúvida, o conceito de moralidade que desenvolvemos no item anterior é absolutamente desautorizado pelo adágio acima mencionado, dado que ele admite que a subjetividade individual seja arbitrária contra a objetividade coletiva de uma convivência harmoniosa, por meio da desonestidade; e, mais, a objetividade do cumprimento das regras jurídicas favoráveis à desonestidade seja arbitrária contra a subjetividade de ser honesto.”*²²⁰

Assentadas essas pequenas divergências ou nuances doutrinárias, discutiremos mais adiante questões envolvidas no problema da referibilidade da moral positivada no *caput* do art. 37 da CF/88 (moral comum ou moral jurídica?), e a tese da autonomia jurídica do princípio da moralidade (seu alcance e conteúdo normativo), bem como a crítica da suposta vagueza e imprecisão do princípio e a potencial aptidão para gerar insegurança jurídica. No tópico a seguir, trataremos da recepção e desenvolvimento do

RICARDO MARCONDES MARTINS, em seu artigo **Princípio da moralidade administrativa** (pertencente à obra coletiva organizada por FONSECA PIRES, Luis Manuel; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto; denominada **Corrupção, ética e moralidade administrativa**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008), p. 308-310.

²¹⁹ RANGEL JUNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional** : conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988. São Paulo Editora Juarez de Oliveira, 2001.

²²⁰ Op. Cit. p. 33.

princípio da moralidade no âmbito jurisprudencial e legislativo, envolvendo tanto sua posituação na legislação ordinária quanto no plano constitucional.

4.3 - Reconhecimento Jurisprudencial e Evolução Legislativa.

No âmbito jurisprudencial, o reconhecimento do princípio da moralidade, seja como princípio geral de direito administrativo, como elemento normativo ínsito à legalidade, ou como princípio implícito na lei de ação popular no regramento do desvio de finalidade, deu-se a partir de meados dos anos 1960.

A existência de uma moral administrativa intimamente ligada à supremacia do interesse coletivo é identificada. De modo geral, o princípio é recepcionado como manifestação de um aspecto específico da legalidade - a *legitimidade*, e atenta para uma direção que muito nos interessa (*patrimonialismo*), pois identifica a violação à moralidade quando o ato aparelha interesses privados, tanto no plano pessoal, quanto no de grupo e/ou partido político, favorecendo ou prejudicando os seus adversários - em linha de proximidade com o *princípio da impessoalidade*.

*“Na jurisprudência, tímida quanto à moralidade administrativa anteriormente à Constituição de 1988, encontramos a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo exarada em 1º de março de 1966, em que o relator Des. Cardoso Rolim, asseverando que o controle jurisdicional sobre a administração é de legalidade, afirmou que por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, indissociável de toda atividade pública. Tanto é ilegal ou ilegítimo o que desatende à lei, como o que violenta a moral da instituição, ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoal, grupos ou partidos favoritos da Administração.”*²²¹

No tocante à utilização do princípio da moralidade como instrumento de controle da administração, especialmente na competência discricionária, verificou-se o seu manuseio com o objetivo de se aferir, para além da finalidade, também aspectos relativos ao objeto e ao motivo do ato, propiciando aos nossos tribunais uma sensível ampliação do seu âmbito normativo de apreciação. É o que nos para quem “a jurisprudência pátria CONTA KELE CRISTIANI DIOGO BAHENA, também já reconheceu o exame da moralidade do ato administrativo não apenas adstrito à finalidade, mas também ao objeto e ao motivo do ato, como é o caso da inexigibilidade

²²¹ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa** : uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 98-99.

da licitação por notória especialização sem se atentar para a singularidade do objeto; desperdício de dinheiro público, festas, honorárias e viagens desnecessárias.”²²²

No plano da recepção e desenvolvimento da ideia de moralidade administrativa por nossa legislação, novamente BAHENA nos informa que “no Brasil, a positivação dos princípios da administração pública foi se desenvolvendo de acordo com um processo lento e contínuo, partindo da premissa jusnaturalista, atravessando o pensamento positivista até atingir a doutrina jurídica pós-positivista concretizada na atual Carta Política. As antigas Constituições, desde 1824, jamais se preocuparam com a exação administrativa, não possuíam capítulo próprio destinado à administração pública e, muito menos, inseriram princípios constitucionais informadores da atuação administrativa.”²²³

De fato, divergindo um pouco de BAHENA, em âmbito constitucional, talvez não tenhamos tido uma ausência tão completa de previsão de mecanismos normativos destinados ao controle da Administração em geral e da moralidade administrativa em particular. É o que nos conta a esse respeito ALEXANDRE DELDUQUE CORDEIRO:

“Na Constituição de 1934, o artigo 113, § 38, previa expressamente a edição de uma lei que disciplinasse os requisitos e o procedimento para uma medida judicial que permitisse ao cidadão requerer em juízo a decretação da nulidade dos atos administrativos (incluídos os bilaterais, como os contratos administrativos), sempre que referidos atos fossem lesivos ao patrimônio público, além de evados de nulidade.”²²⁴

Percebe-se que o que se previu no âmbito Constitucional, foi exatamente o que se passou a ter a partir de 1965, sob a égide da Constituição de 1946, com a Lei 4767/65, que instituiu a *ação popular*. Desse modo, não obstante a evolução da tutela do interesse público no plano constitucional, tal avanço não desenvolveu normatividade suficiente para adquirir eficácia e efetividade em face da inércia do legislador infraconstitucional - bloqueado pela ação política de Getúlio e, depois, definitivamente afastado de sua competência legislativa pelo golpe que instituiu o *Estado novo*.

²²² BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 67-68.

²²³ Op. Cit. p. 108.

²²⁴ CORDEIRO, Alexandre Delduque. **Três indagações sobre o princípio da moralidade administrativa**: teoria política, teoria do direito e teoria da Constituição em transformação. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2005, p. 100.

Aliás, é a própria BAHENA quem reconhece que “a Constituição de 1967, no seu art. 82, *inc.* V, já previu norma resguardando a probidade administrativa, considerando sua transgressão crime de responsabilidade do Presidente da República.”²²⁵

Ademais, no plano da normatividade constitucional, o desenvolvimento de instrumentos jurídicos destinados à imposição e ao controle da moralidade e da probidade administrativa já se fez notar a partir da queda da República Velha. No contexto de um discurso moralizador, com origem no tenentismo²²⁶ e que caracterizaria nas décadas seguintes as expectativas políticas de boa parte das emergentes classes médias urbanas, buscou a Revolução triunfante uma fonte de legitimidade assumindo o discurso do combate à corrupção e à arbitrariedade administrativa.

De modo que podemos identificar o campo de normatividade característico ao princípio da moralidade administrativa no corpo do Decreto 19.398/30, que, em seu art. 7º, estabeleceu que a legalidade revolucionária, reconhecia e mantinha em vigor as leis, as obrigações e os direitos na esfera pública, mas introduziu uma adversativa segundo a qual, “*salvo*” os que, *submetidos à revisão contravenham o interesse público e a moralidade administrativa*. Como se sabe, esse Decreto tinha equivalência de norma constitucional, instituída pelo Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Portanto aí se situa os primórdios dessa tutela (constitucional) no Brasil.

No plano infraconstitucional, a evolução normativa teve um primeiro momento importante com a Lei 1.079/50, que tratou dos crimes de responsabilidade, especialmente no que dizia respeito à responsabilização de servidores públicos em face de condutas tidas por incompatíveis com a *dignidade*, a *honra* e o *decoro do cargo*.

Percebe-se com facilidade que o grau de indeterminação dos valores jurídicos utilizados para a determinação das condutas tidas por ilícitas acabou por condenar essa legislação a um baixo grau de efetividade.

Para corrigir tal distorção e aplacar parte da frustração da *opinião pública*, cada vez mais importante diante do avanço dos meios de comunicação e da urbanização da sociedade, editou-se a Lei 4717/65 - no calor de políticas públicas (ansiosas por reconhecimento e legitimação popular) introduzidas pela ditadura militar. Aí se deu a

²²⁵ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 109.

²²⁶ FORJAZ, Maria Cecília Spina. **Tenentismo e política** : tenentismo e camadas médias urbanas na crise da primeira República. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1977.

previsão, em seu art. 2º, § *único*, alínea “e”, de nulidade do ato administrativo atentatório à moralidade administrativa como uma das hipóteses de *ato ilegal*.

Mas inegavelmente, o marco mais importante da evolução legislativa da tutela da moralidade - para além, inclusive, da moralidade administrativa, como melhor discutiremos no próximo capítulo - e, da probidade administrativa, em nossa sociedade, se deu com a sua positivação no *caput* do art. 37, e § 4º, do mesmo dispositivo da CF/88.

Por essa, reduziram-se significativamente entre nós as resistências à autonomia da moralidade administrativa em face do princípio da legalidade, inaugurando-se uma nova etapa para a tutela do interesse público e o controle da atividade administrativa no âmbito estatal. O texto constitucional avançou ainda mais ao prever no *inciso* V, do art. 15, a perda ou suspensão dos direitos políticos em caso de condenação por prática de improbidade administrativa. Após a promulgação da Carta, a Emenda de Revisão n. 4/94, deu nova redação ao § 9º do art. 14, ao determinar que *Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta*.

*“Nesse período que antecedeu a Carta de 1988, pairavam divergências acerca da própria existência do princípio da moralidade, pois alguns entendiam que este conceito estava absorvido pelo princípio da legalidade, sendo deste dependente, o que levava os administradores à não observância dos preceitos morais e ao alastramento da corrupção. A preocupação cada vez maior com a peita, a impunidade dos agentes públicos, a ideia de defender a honestidade no exercício da função pública e a reconquista da confiança dos cidadãos nas instituições, fruto da cultura da impunidade fomentada anos e anos, levou o constituinte originário de 1988 a inserir no caput do art. 37 o princípio da moralidade ao lado do princípio da legalidade. De igual maneira, o § 4º, do mesmo dispositivo, apresentou ato de improbidade e deu as sanções cabíveis, remetendo competência ao legislador ordinário para legislar sobre a matéria. Também foi inserida no art. 15, inc. V, a causa de perda ou suspensão dos direitos políticos nos casos de improbidade administrativa. Atribuiu-se autonomia ao princípio da moralidade, expungindo-o da sombra do princípio da legalidade, como norma específica e independente a ser observada e aplicada pelos agentes públicos, sujeitando os atos administrativos ao exame judicial em caso de imoralidade. O mesmo Texto Constitucional, no art. 5º, inc. LXXIII, ampliou os casos de cabimento de ação popular, incluindo, dentre outros, os que se subsumam em ofensa à moralidade administrativa.”*²²⁷

²²⁷ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 109, 110, 111.

Além disso, o rol de instrumentos jurídicos disponibilizados pela Constituição de 1988 para a tutela da moralidade e da probidade administrativa inclui o inciso LXXIII do art. 5º, que atribuiu a qualquer cidadão a legitimidade para propor ação popular destinada à tutela do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe e à moralidade administrativa - além da possibilidade de tutela de outros interesses de natureza difusa ou coletiva.

Por fim, o inciso V, do art. 85, da CF/88, definiu como crime de responsabilidade do Presidente da República (o que pelo princípio da simetria se estende para todos os chefes do Poder Executivo em todos os níveis da Federação) qualquer conduta atentatória à probidade na administração. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO sintetizou todos os avanços no texto constitucional do seguinte modo:

*“Com efeito, a Constituição de 1988, não só nesta (art. 37, caput) como em muitas outras normas constitucionais, entre princípios e preceitos, dirigidos ao Estado, à sociedade ou a ambos, tratou de aspectos da licitude, ora enunciando seu referencial de valor (substantivo), ora definindo os instrumentos que devem garanti-la. É deste rol que ascende a quase seis dezenas, que se destacam os seguintes quatro, dando especial relevância à moralidade administrativa, como princípio norteador próprio da atividade da administração pública: 1 – o dispositivo do art. 37, caput, incluído entre os cinco princípios nele expressos; 2 – o do art. 5º, LXXIII, ao aludi-la como condição de validade do ato do Poder Público; 3 – o do art. 85, V, ao categorizar a probidade na administração como valor jurídico inviolável pelo Presidente da República; e, finalmente, 4 – ao invocá-lo, no art. 37, § 4º, ao cominar com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, os atos de improbidade administrativa. A moralidade administrativa, entendida como espécie diferenciada da moral comum, também atua como uma peculiar derivação dos conceitos de legitimidade política e de finalidade pública, tal como acima estudadas, pois é a partir da finalidade, sempre legislada, que ela é prevista em abstrato, e a partir da legitimidade, como resultado da aplicação, que ela se define em concreto.”*²²⁸

No que tange ao desenvolvimento legislativo infraconstitucional da tutela da moralidade e da probidade administrativa, a realização mais importante, foi sem dúvida alguma a edição da Lei 8429/92, que ficou conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. De fato, sua edição em 1992, articulada à Emenda de Revisão n. 04/94, portanto, dois anos depois, criou um verdadeiro *circulo virtuoso* do ponto de vista jurídico-normativo, em termos de tutela da moralidade e da probidade administrativa - no âmbito do aparelho político-estatal brasileiro.

²²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 105.

Tal avanço não deixou de chamar a atenção dos observadores mais atentos. Alguns chegaram a ver aí uma verdadeira reengenharia do Estado - agora definitivamente engajado na busca pela promoção dos direitos e mecanismos de controle, introduzidos pelo texto constitucional e operacionalizado por um conjunto de normas ordinárias que passaram a ser editadas após a promulgação da Constituição.

*“A coroação e a instrumentalização de tal princípio se deram, todavia, com a edição da Lei 8429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, que no seu art. 11, caput, dispôs que ‘constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições...’ e, embora implícito o termo moralidade, ele está representado pelos conceitos de honestidade, lealdade e imparcialidade. Igualmente a emenda Constitucional de Revisão 04, de 07.06.1994, alterou o § 9º, do art. 14 da Constituição, para inserir a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, como objetivos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidades; tudo a indicar a reengenharia do Estado, de modo a promover a efetividade dos direitos ali contidos, notadamente pelos agentes públicos.”*²²⁹

Ocorre que o princípio da moralidade acabou por ser prestigiado pelo legislador ordinário também em outras normas, editadas após a Constituição, de modo a ampliar o seu espírito sobre todo o ordenamento jurídico pátrio.

Segundo ALEXANDRE DELDUQUE CORDEIRO, “ao lado dos preceitos constitucionais que demonstram a contaminação positiva do princípio da moralidade administrativa no texto constitucional de 1988, também em nível infraconstitucional não é difícil identificar a repercussão do referido princípio no direito público brasileiro, especialmente nas matérias de servidores públicos, de licitações e contratos e de finanças públicas.”²³⁰

É este mesmo autor quem nos dá conta de que, no tocante a admissão de servidores públicos, verificou-se um avanço significativo com a Lei 8112/90, editada pouco mais de dois anos após a CF/88, e que estabeleceu o concurso público de provas ou de provas e títulos como a única modalidade de provimento, seja no seu sentido originário ou derivado, para acesso a cargo ou emprego público de natureza efetiva. Ressaltou que a exigência do concurso público para os casos de provimento derivado implicou em notável medida de moralização (e democratização, acrescentaríamos nós),

²²⁹ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 111.

²³⁰ CORDEIRO, Alexandre Delduque. **Três indagações sobre o princípio da moralidade administrativa**: teoria política, teoria do direito e teoria da Constituição em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. 107-108.

do acesso aos postos da administração pública. Teríamos aqui a introdução de critérios e de mecanismos voltados ao reconhecimento e premiação do mérito, com o intuito de se banir a politicagem patrimonialista ou de mero acerto entre facções, no preenchimento de cargos e empregos públicos - o que os tornaria acessíveis à maioria dos brasileiros.

Com relação ao tema *licitações*, o legislador o disciplinou na Lei 8666/93, prescrevendo uma série de dispositivos voltados à efetivação do princípio da moralidade administrativa, por meio de minuciosa procedimentalização dessa modalidade de ato administrativo. Quanto aos dispositivos de natureza expressamente sancionatória, voltados de modo imediato para a tutela da moralidade e da probidade administrativa, encontram-se estruturados ao longo dos artigos 89 a 99 da referida legislação. Ainda com vistas a ampliar o grau de moralização, veio o legislador mais recentemente a introduzir em nosso sistema, por meio da Lei 10.520/02, o mecanismo do pregão, em sua face presencial ou eletrônica, estabelecendo nova modalidade de licitação no plano federal.

“O pregão é a modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns em que a disputa pelo fornecimento é feita em sessão pública, por meio de propostas e lances, para melhor classificação e habilitação do licitante com a proposta de melhor preço. A introdução do pregão na sistemática das licitações dos órgãos públicos visa a garantir ainda mais a lisura nos processos de contratação da Administração com o particular, porque muito dificulta a possibilidade de acordos prévios entre os possíveis licitantes em detrimento da Administração. Nada mais é, pois, que a demonstração da pujança do princípio da moralidade administrativa no direito infraconstitucional brasileiro.”²³¹

Por fim não se poderia deixar de fazer referência à Lei Complementar 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, voltada à disciplina dos orçamentos públicos. Legislação que teria cumprido um objetivo fundamental em nossa sociedade, ao apontar mudanças na cultura administrativa brasileira, no sentido de se criar um novo paradigma vinculado à *responsabilização democrática dos gastos públicos*.

Segundo CORDEIRO, “é notória a repercussão do princípio da moralidade administrativa no espírito da LRF. Primeiramente, ela define parâmetros de eficiência e responsabilidade específica no manejo do dinheiro público, indicando, claramente, que a gestão eficiente é um direito subjetivo do cidadão. Isso significa dizer que não basta ao administrador ser eficaz. Os efeitos também deverão ser otimizados e a gestão democratizada. A LRF determina, também, como os gestores públicos devem trabalhar

²³¹ Op. Cit. p. 109.

pelos administrados. Há uma ampliação da democracia material, porque a escolha popular não se limita, apenas, a decidir quem irá nos governar, mas como nós queremos ser governados. E essa outra possibilidade de escolha implica a sindicabilidade dos atos praticados pelos gestores públicos.”²³²

Percebe-se, pois, que o desenvolvimento do princípio da moralidade que o Poder Legislativo vem promovendo em nossa ordem normativa é bastante significativo, apontado para um plano de maior racionalidade e eficiência na gestão do interesse público, ao lado das salvaguardas inegociáveis da moralidade e da probidade administrativa.

Por outro lado, se a introdução de todo esse manancial jurídico-normativo não foi capaz de deter de modo significativo o saque patrimonialista ao Estado em geral, e a prática do nepotismo em particular, isso se deve a toda uma sorte de outros elementos que nós iremos investigar no sexto capítulo desse trabalho.

Por ora, no capítulo que se segue, continuaremos tratando do princípio da moralidade, aprofundando-nos em seus aspectos mais polêmicos e nas possibilidades de interpretação e aplicação que mais nos interessa no âmbito da presente investigação.

²³² Op. Cit. p. 110.

CAPÍTULO 05 - A MORALIDADE COMO FENÔMENO JURÍDICO-NORMATIVO

Nesse capítulo pretendemos investigar alguns aspectos da pauta normativa que se supõe a mais importante, em uma perspectiva *interna* ao sistema jurídico brasileiro, para a repressão à apropriação patrimonial do Estado: o *princípio da moralidade*.

Sendo assim, não obstante o enfoque histórico e sociológico possa até estar presente em alguns pontos, em uma perspectiva crítica panorâmica, pretendemos orientar nossa reflexão a partir de uma base argumentativa predominantemente *dogmática*.

Ou seja, interessa-nos a partir desse ponto, questões de alguma relevância para o *reconhecimento*, *interpretação* e *aplicação* do direito no âmbito de nosso sistema jurídico. Os elementos que o orientam e as operações no plano de sua *autopoiésis* nos termos que descrevemos no primeiro capítulo.

No entanto, precisamos ressaltar que não estamos propondo simplesmente identificar estatisticamente temas correlatos que estão sendo discutidos nos tribunais, comentá-los e agrupá-los em termos de posicionamento majoritário ou minoritário. Não obstante reconheçamos a importância heurística, no plano da dogmática jurídica dessas abordagens, pretendemos, no bojo de uma apropriação acadêmica, um tratamento teórico de questões referenciais para o conjunto da dogmática do direito. Assim, conforme as premissas teóricas que fixamos anteriormente, atuaremos no *plano da produção de discursos jurídicos*, somando-nos à comunidade de operadores do direito que contribuem com seus textos referenciais para estabelecer parâmetros que serão processados pelo sistema jurídico no encaminhamento das operações que conduzem sua *autopoiésis*.

No entanto, nossa intervenção no plano da dogmática jurídica se dá a partir de um referencial teórico e metodológico que lhe é externo e anterior, em relação ao qual retiramos algumas consequências políticas, expressas pela rejeição categórica da ação patrimonialista em todas as suas modalidades em face do Estado e pelo reconhecimento no bojo do sistema jurídico-normativo de elementos prefigurados para a identificação de sua ilicitude e para a sua correspondente repressão.

Portanto, nossa intervenção no âmbito da dogmática jurídica, que seguirá no próximo capítulo do texto, é politicamente orientada e amparada em uma perspectiva da evolução institucional, a partir de estruturas intersubjetivas de comunicação, nas quais convivem e circulam inúmeras modalidades de ação e debate.

Daí porque nos situamos também no plano de uma dogmática jurídica renovada pelos ares do pós-positivismo, e que, por isso, desloca o eixo da análise dogmática dos textos das leis e dos enunciados jurisprudenciais para os princípios da Constituição.

“De início convém ressaltar que princípio é uma categoria utilizada indistintamente no vasto campo do conhecimento humano. A Física, a Filosofia e o próprio Direito utilizam-se dessa categoria para construir um sistema, em razão do qual se possa conhecer cientificamente o objeto próprio de cada esfera do saber. Não sendo categoria específica da ciência jurídica, o princípio é a categoria estruturante de um sistema, de onde derivam todas as ideias, pensamentos e comportamentos científicos necessários para o desenvolvimento e o progresso das ciências. Na ciência jurídica, caracterizada pela polissemia e pela equivocidade – próprias, aliás, de uma ciência humana –, o conceito de princípio acaba por assumir diversas significações. Por isso convém, a esta altura, delimitar o sentido de princípio que se toma aqui. Não se trata de referir-se a mera formulação dogmática sobre o direito positivo, mas de verificar, como faz Eros Roberto Grau, que ‘um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras, nele se compõem também princípios jurídicos ou princípios de direito.’”²³³

Delimitado esse campo, optamos por tratar basicamente de quatro questões: **a)** as relações possíveis e/ou necessárias entre sistema jurídico e sistemas éticos e morais, com suas consequências normativas, tendo como elemento central de análise, a questão levantada por MÁRCIO CAMMAROSANO acerca da *não-referibilidade* do princípio constitucional da moralidade à *moral comum*; **b)** aspectos referentes à constitucionalização do princípio da moralidade e as consequências normativas de sua fixação, em conjunto com os demais princípios do *caput* do art. 37 da CF/88 - a questão do *sobreamento* ou *sobreposição* jurídico normativa na interpretação/aplicação desses princípios; **c)** como decorrência do item anterior, uma análise específica do instituto da *imoralidade administrativa* como *qualificadora do ato administrativo ilegal* - por intermédio da figura da *improbidade administrativa*; **d)** a existência, o alcance e o conteúdo de um *princípio constitucional* não expresso, regente da *moralidade jurídica em geral*, para além da moralidade administrativa - em relação à qual estaria em posição de *gênero para espécie* - tendo sido designado por parte da doutrina²³⁴ por “*princípio da moralidade institucional*”.

²³³ COSTA COELHO, Paulo Magalhães. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 22.

²³⁴ RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

5.1 - A Moralidade como Fenômeno Jurídico-Normativo: da Não-Referibilidade do Princípio Constitucional da Moralidade à Moral Comum e sua Autonomia.

Interessa-nos nesse tópico discutir o modo pelo qual a moralidade é convertida em fenômeno jurídico normativo. Determinar se ocorre uma *auto conversão*, ou se valores e princípios morais são simplesmente apropriados pelo sistema jurídico, no âmbito da relação *sistema/entorno* - estando a moral situada no seu entorno, o sistema jurídico seleciona e recorta alguns princípios e valores que *replicará* no seu interior sob o seu signo de reconhecimento, amparada na dicotomia *válido/inválido, legal/ilegal*.

Nesse sentido, tomaremos como fio condutor de nossa argumentação, o entendimento apresentado por MÁRCIO CAMMAROSANO²³⁵ acerca da *não-referibilidade* do princípio constitucional da moralidade à *moral comum*.²³⁶

De fato, para sustentar essa tese, o autor elabora e articula todo um conjunto de elementos que entendemos oportuno apresentar, para deles retirar algumas conclusões em sintonia com a argumentação que vimos tecendo.

A tese central do professor pode ser expressa pela recusa à possibilidade de se recolher de ordens normativas “*não jurídicas*”, supostas normas de comportamento, que se queira aplicar como se jurídicas tivessem se tornado ou se convertido, em razão da positivação expressa do princípio da moralidade no texto da CF/88.

Para MÁRCIO CAMMAROSANO, com a positivação no texto constitucional do princípio da moralidade não ocorreria propriamente uma *juridicização da norma moral*, no sentido de transformação desta em norma jurídica, mas na criação de uma norma jurídica com o mesmo conteúdo da norma moral – em uma perspectiva que, do ponto de vista conceitual, é perfeitamente compatível com a compreensão de LUHMANN sobre a relação sistema jurídico/entorno, aqui adotada.

Assim, coexistiriam duas normas que, não obstante tenham o mesmo conteúdo, continuam integrando, cada uma, sistemas normativos diversos, situando-se em um plano, o sistema de normas morais e, noutro, o sistema de normas jurídicas.

Daí porque, mesmo admitindo que o princípio constitucional da moralidade esteja reportado ao sistema moral, juridicizando os seus preceitos, essa juridicização não

²³⁵ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

²³⁶ E alguns temas correlatos, como a autonomia jurídico-normativa do princípio da moralidade administrativa, sua decorrência necessária (ou não?) em face do princípio da legalidade.

faria desaparecer o sistema moral enquanto tal, porque este não seria criado pelo Estado. Nesse sentido, admite-se que o direito possa recolher de outros sistemas o conteúdo normativo que lhe pareça o mais adequado, juridicizando-o, seja ele do agrado ou não deste ou daquele segmento social, do grupo que professa esta ou aquela orientação ideológica, bastando que esteja a prestigiar os valores e princípios constitucionais.

Fosse essa questão entendida em outros termos, se de fato a positivação do princípio da moralidade implicasse na juridicização da *moralidade comum*, sendo essa muito mais volúvel e instável do que o direito, submeteria o sistema jurídico, não só às suas contingências, mas o faria depender de sua adequação ao sistema moral para a obtenção de sua própria validade jurídica - o que implicaria na destruição de sua autonomia sistêmica.

*“E aí caberia indagar: a subsequente modificação de padrões morais de comportamento afetaria ou não a validade das normas jurídicas criadas em razão da existência dos padrões morais anteriormente vigentes? As modificações dos padrões morais implicariam alterações das normas jurídicas que foram criadas no passado por força da juridicização, pelo princípio constitucional da moralidade, dos conteúdos dos padrões morais então vigentes, como se o sistema jurídico fosse dependente do sistema moral, encontrando sempre neste o fundamento mais próximo de sua validade? Se se responder afirmativamente a ambas as indagações, será forçoso concluir que a validade do sistema jurídico está condicionada à permanência de sua compatibilidade com o sistema moral”.*²³⁷

É nesse sentido que MÁRCIO CAMMAROSANO informa que, no Estado Democrático, o princípio da moralidade, não obstante o seu conteúdo jurídico-normativo rarefeito, só poderia estar reportado à moral comum, sem ofensa a outros valores supremos prestigiados por nosso sistema constitucional, tal como a liberdade, a certeza e a segurança jurídica, caso fosse possível determinar-se a existência de uma *única moral* em toda a sociedade, de modo *absoluto, objetivamente identificável*.

O autor também rejeita a tese de que, *recorrendo-se à observação dos costumes*, reveladores da consagração de determinados valores pela própria sociedade, seríamos

²³⁷ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 40.

capazes de identificar um sistema moral de conteúdo determinado, objetivo, pelo qual se afastaria uma *suposta* relatividade, capaz de comprometer a segurança jurídica.

Em sua opinião, se a ordem jurídica, especialmente as normas legais, tem aptidão para reconhecer valores igualmente reconhecidos por outros sistemas normativos, como o moral, e sendo forçoso reconhecer nas sociedades contemporâneas uma pluralidade de sistemas morais, que enquanto tais, (*pluralidade*) são objeto de tutela constitucional, para evitar-se que um deles seja colonizado, ou os comportamentos admitidos consuetudinariamente guardariam correspondência com os reconhecidos em normas e princípios jurídicos, e sendo assim, valeriam juridicamente, por força desses, ou teriam as disposições consuetudinárias de natureza moral que se contentar em *completar* os dispositivos jurídicos reconhecidos pelo sistema, o que afastaria por completo a possibilidade de sobre eles poderem vir a prevalecer.

Aproveita-se para se afastar qualquer confusão conceitual entre *moral* e *costume*, e, de modo análogo, a utilização indistinta, como se sinônima fosse, dos termos *moral* e *ética*.

Para MÁRCIO CAMMAROSANO, a ética deve ser entendida como doutrina do valor, do bem, e da conduta humana que a visa realizar, sendo um dos aspectos da axiologia ou teoria dos valores. Na sua acepção geral, a ética significaria ciência normativa da conduta ou do comportamento humano, constituindo-se em um gênero que conteria em si algumas espécies, dentre as quais a moral e o direito.²³⁸

²³⁸ “De qualquer forma, o que importa ressaltar é que o Direito e a Moral constituem ordens do comportamento humano, e que estabelecem, cada qual a seu modo, o que *deve ser*, consubstanciando valores. Consequentemente, assim como a norma moral, a norma jurídica situa-se no âmbito da normatividade ética, possuindo uma *essência ética*, uma vez que se dirige à conduta social do homem, indicando-lhe como agir no complexo da realidade social a que se ajusta, sob a inspiração de valores, cuja fonte comum axiológica é o próprio homem”. Op. Cit. p. 50.

Como desdobramento da tese que nega a referibilidade entre o princípio constitucional da moralidade e a moralidade comum, esse autor também recusa qualquer tipo de associação entre o princípio constitucional e qualquer *ideal de justiça*.

Em sua opinião, a única ideia de justiça admissível pelo sistema jurídico seria aquela que decorre da aplicação correta e adequada do *direito posto* – orientando tal aplicação pelos valores sistemicamente consagrados.

Isto ocorreria na medida em que, não podendo a decisão judicial preceder os fatos, situações e comportamentos aos quais se aplicará - a não ser excepcionalmente -, enquanto essa não sobrevém, a incerteza de que venha a ter por conteúdo decisório o que uma ou outra parte espera, será muito maior se a sentença ficar na dependência da *ideologia do julgador* e não na *ideologia juridicizada* pelo ordenamento preexistente à demanda judicial e aos próprios fatos e situações que a ensejaram.

Nesse mesmo sentido argumenta não ser admissível ir-se ao extremo de reduzir a norma jurídica à referência, - de todo superável - se *justa* ou *injusta* em face da ideologia de um juiz supostamente comprometido com a defesa dos interesses populares - como seria postulado do *movimento pelo uso alternativo do direito*.²³⁹

Segundo MÁRCIO CAMMAROSANO, a maior contribuição específica desse movimento à dogmática jurídica, seria de natureza metodológica, ao chamar a atenção para a utilidade da *Tópica*, técnica de raciocínio jurídico que, diante de eventual insuficiência do método dedutivo para a solução do problema, partiria deste para procurar as premissas que poderiam servir para a adequada solução do caso.

“A chamada leitura ideológica dos textos jurídicos deve estar comprometida, portanto, com os valores albergados no direito positivo, e por essa razão, e não

²³⁹ Gostaríamos de ressaltar que, no que diz respeito especificamente ao conteúdo jurídico-normativo e à legitimidade política de movimentos institucionais como o que se deu em torno do chamado “direito alternativo”, adotamos um enfoque distinto daquele manifestado pelo autor em comento. Sobre o assunto: MACHADO, Antônio Alberto; GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

*com este ou aquele ideal de justiça, consubstanciado nas convicções pessoais de quem quer que seja, ou numa suposta justiça absoluta, universal. A esta ideia de justiça não pode estar referido o princípio jurídico da moralidade”.*²⁴⁰

Em termos mais precisos, o que o autor está a nos dizer é que se afigura equivocado supor que o princípio da moralidade administrativa nos remeteria a uma ordem normativa superior ou paralela, suplementar ou subsidiária à ordem jurídica posta. A uma ordem que reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, ou que se possa identificar com os ideais de uma justiça absoluta - uma ordem que teria a aptidão de superar a distinção entre direito e moral.

Sendo assim, é bom frisar que não ignora que os valores morais estão consubstanciados em normas jurídicas que os expressam mediante *conceitos jurídicos indeterminados*, retirados do mundo da cultura. Acredita que a fixação do sentido e do alcance desses conceitos, bem como a avaliação das situações fáticas para se detectar sobre quais incidem ou não essas mesmas normas, não seria tarefa passível de realização ignorando-se os dados que devem ser recolhidos do próprio mundo da cultura e, portanto, de sentimentos ou entendimentos prevalentes em dada sociedade, e em dado momento histórico.

Segundo o autor,²⁴¹ são dessa espécie, por exemplo, as seguintes normas constitucionais: art. 1º, III; 5º, XLIX; 55, II; 73, § 1º, II; 170 *caput*; 226, § 7º; 230 *caput*.²⁴²

Constata, ao final, que não estando a moralidade administrativa referida, direta e imediatamente, à moral comum (individual ou social não institucionalizada), nem a algum ideal de justiça - apoiado em convicções individuais e pessoais -, e, também descartada a referência a uma justiça universal, estaria referida a valores que informam o direito positivo - como lealdade, boa-fé, veracidade, honestidade, etc. Nesse contexto, não reconhece na moralidade administrativa *um princípio dotado de autonomia*.

Argumenta que, para ser considerado autônomo, seria preciso encontrar um exemplo de ato administrativo que comportasse invalidação invocando-se o princípio de

²⁴⁰ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 64.

²⁴¹ Op. Cit. p. 79.

²⁴² Segundo o autor, tais disposições normativas se servem de conceitos como dignidade da pessoa humana, integridade moral, decoro parlamentar, idoneidade moral, reputação ilibada, existência digna, justiça social, paternidade responsável. Tais conceitos estariam sujeitos a um determinado preenchimento de sentido por parte do interprete, que deverá ser sensível ao quadro valorativo predominante naquelas circunstâncias históricas.

modo exclusivo, sem que se vislumbrasse, no caso, ofensa a qualquer outra regra ou princípio agasalhado pelo ordenamento.

Nesse sentido, o princípio da moralidade administrativa seria constituído por uma constelação de valores juridicizados e intimamente relacionados com a liberdade de querer agir e determinar-se nos termos assegurados pela ordem jurídica, de modo expresso ou implícito, aos agentes públicos. Essa liberdade teria que observar limites do mundo normativo e das circunstâncias conjunturais - reportando-se ao caso concreto e ao âmbito da competência discricionária. Nesse caso, quando houver violação à ordem jurídica, o ato ofensivo padecerá de vício (também!) quanto à sua legalidade.

Isso ocorre porque teríamos ofensa à ordem jurídica, especialmente qualificada, como nos casos de intencional violação da lei, com ou sem dissimulação. Nesses casos, além de ilegal o ato, também se ofenderá a moralidade administrativa.

Em contrapartida, não poderia existir ato qualificável como legal, mas ofensivo à moralidade administrativa. Como se além de contrastá-lo com o direito fosse possível também opô-lo a outra ordem normativa do comportamento humano (a moral). E, sobretudo, por ofensa a esta ordem, *não jurídica*, ser ele reputado inválido, sem que o próprio direito tenha sido diretamente violado.

Assim, CAMMAROSANO afirma que a moralidade administrativa não pode ser dissociada da legalidade - pelo menos da legalidade em sentido amplo, do que está conforme ou compatível com a ordem jurídica, para além da lei no seu sentido estrito.

Não existiria ato legal e ofensivo à moralidade. Somente seria ofensivo a esta porque ofenderia certos valores juridicizados. E porque os ofende, é ilegal.

*“Na fórmula non omne quod licet honestum est – nem tudo que é lícito, é honesto; isto é, nem tudo que a lei permite é moralmente aceitável – o Direito e a Moral podem ser representados por dois círculos concêntricos, sendo maior o da Moral. A moralidade administrativa, contudo, não constitui esse círculo maior que extrapola o mundo jurídico, não expande o Direito de sorte a torná-lo compreensivo também do que estava em princípio fora dele, para além dele. A moralidade administrativa integra o Direito”.*²⁴³

Por isso, a ofensa a certos valores positivados tornaria o ato especialmente viciado, posto que violaria não apenas a legalidade, mas também ofenderia a moralidade administrativa. Nestes termos a *imoralidade administrativa* implicaria em uma *qualificadora da ilegalidade*.

²⁴³ Op. Cit. p. 102.

Há que se ressaltar, contudo, que tal entendimento não é pacífico em nossa doutrina, havendo uma corrente bastante significativa de autores que sustentam a referibilidade do princípio constitucional da moralidade à *moral comum*, do *homem médio* ou de um *senso mediano de moralidade*, bem como a autonomia normativa do princípio da moralidade e sua natureza jurídica distinta da legalidade.

*“Ainda hoje no Brasil, observa Di Pietro, muitos autores seguem o entendimento de Waline, sustentando que não passa de uma mera hipótese de nulidade do ato administrativo, que ocorre sempre que o elemento finalidade – relacionado ao desvio de poder – for de alguma forma maculado. Como a finalidade é um dos elementos ou requisitos do ato administrativo, em última instância, o vício de moralidade seria sempre um vício de legalidade. Contudo, em que pese o fato de tecnicamente esse entendimento não estar equivocado, certo é que a moralidade representa algo a mais em relação à legalidade. (...) E tanto é verdade que o princípio da moralidade administrativa representa um plus em relação à legalidade, que o constituinte de 1988 destacou um do outro, fazendo-o de forma expressa, consoante a redação do caput do art. 37 constitucional e do inciso LXXIII do art. 5º, declaratório da garantia jurisdicional da cidadania”.*²⁴⁴

Segundo ALEXANDRE DELDUQUE CORDEIRO, a recepção da moralidade administrativa trouxe efeitos positivos para o ordenamento jurídico brasileiro porque afirmou “*os próprios valores de nossa sociedade*”, na medida em que conferiu independência a um conceito jurídico até então siamês do princípio da legalidade.

Isso teria representado *uma mudança cultural positiva*, com a *autonomia do princípio da moralidade em relação ao da legalidade*, evidenciando uma aclimação positiva desse renovado instituto jurídico - que se coloca no direito brasileiro em posição mais privilegiada do que no ordenamento francês, onde nasceu.

O autor referencia um acórdão em que o STF entendeu que, *a atitude dos réus, consistente em depositar recursos públicos em contas bancárias particulares, ainda que contabilmente não tenha trazido prejuízos materiais ao tesouro municipal, teria violado o princípio da moralidade administrativa - na medida em que o **senso de honestidade comum** não se coaduna com tal prática.* (RE 170.768-2/SP).

Segundo CORDEIRO, o grande legado dessa *memorável decisão* estaria no fato de adotar-se o conceito de *senso de honestidade comum* para caracterizar a imoralidade administrativa. Entendimento esse indicativo de uma tendência que aponta para a

²⁴⁴ CORDEIRO, Alexandre Delduque. **Três indagações sobre o princípio da moralidade administrativa** : teoria política, teoria do direito e teoria da constituição em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 96-97.

aproximação entre o conceito de moral institucional e moral comum – ainda que o autor ressalve que isso não significaria uma identidade plena entre os referidos conceitos.

Adotando uma concepção pluralista, ele concorda não ser possível reconhecer-se uma única moral, a MORAL, mas vários sistemas morais profundamente diferentes entre si. Por isso, não seria possível admitir-se uma moral institucional como a moral administrativa, idêntica à moralidade individual dos cidadãos. No entanto, ressalva que não seria possível admitir-se que as notas características dessa moral institucional se afastem muito do *senso comum de honestidade*, conforme o entendimento do STF – *sob o risco de construir-se um padrão de comportamento insuscetível de aceitação pela sociedade*.²⁴⁵

Outro autor alinhado à tese da autonomia do princípio da moralidade é KELE CRISTIANI DIOGO BAHENA.²⁴⁶ Ela contrapõe-se à “*tendência minimalista*”, que advoga que o princípio da moralidade estaria contido no princípio da legalidade, como forma de expressão deste - negando-se autonomia ao primeiro.

Afirma que essa tendência entende que a imoralidade, estando contida na Constituição, deve ser considerada também ilegalidade - visto que é norma jurídica - e sua violação importa ofensa ao princípio da legalidade. Em sentido oposto, criticando o que entende ser uma posição reducionista (subsumir o princípio da moralidade ao da legalidade), cita DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que diz se tratar de uma herança da escola positivista, que não diferencia legalidade (ordem jurídica positiva) da licitude (ordem moral).

A autora cita também EMERSON GARCIA, para quem somente seria possível negar essa autonomia se fosse dado um conceito amplo de legalidade, abrangendo todos os valores juridicizados - o que supõe impossível em face do princípio da juridicidade. Nessa mesma linha, arrola ainda autores como JOSÉ AFONSO DA SILVA, MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, concluindo que:

“Por força dessas premissas e de constituir pressuposto informativo dos demais princípios, o princípio da moralidade tem assegurado sua autonomia diante do ordenamento jurídico, pois a sua consagração legislativa não lhe retira alcance e validade; muito pelo contrário, as reafirma. O que ocorre, pois, é que todos os princípios estão condensados no princípio da juridicidade, segundo o qual a

²⁴⁵ Op. Cit. p. 147.

²⁴⁶ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

*atuação do Estado deve estar de acordo com o direito, afastando-se a noção de legalidade estrita, passando a compreender regras e princípios.*²⁴⁷

Quanto ao conteúdo da moralidade administrativa, BAHENA parte de pressupostos compartilhados por autores, como MÁRCIO CAMMAROSANO, afirmando este teria que ser preenchido por meio de cânones fixados pela legislação, como lealdade, veracidade, boa-fé, honestidade, lhanza, lisura, probidade, etc. Deveriam esses conceitos ser aferidos na análise dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto) e possuir plena compatibilidade com a legalidade.

Em um plano muito semelhante está PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO, para quem o princípio da moralidade administrativa relaciona-se de modo especial com o dever de probidade do administrador público, de modo que além de encontrar-se vinculado às respectivas limitações legais, também estará em relação à moralidade.

*“Aqui devemos estar um passo à frente da legalidade. Do administrador público exige-se mais do que cumprimento da lei: é preciso um comportamento exemplar, que não fira a moralidade administrativa, no sentido da boa administração. A moralidade pode ser considerada uma dimensão da legalidade, mas com ela não se confunde necessariamente. A questão, aqui, está além do mero direito positivo na sistemática kelseniana. A moralidade é um valor constitucional de fundamento ético para além do mero cumprimento da lei. Se a conduta administrativa, ainda que em conformidade com a lei, ofende a ideia do bem gerir a coisa pública, da equidade, da justiça e dos valores albergados no sistema constitucional, viola o princípio da moralidade. O que importa notar, aqui, é que a moralidade administrativa não guarda necessária relação com a moral social de determinada época ou com princípios morais pessoais ou religiosos. O que deve ser ressaltado nesse aspecto é o dever da boa conduta administrativa.”*²⁴⁸

Nesse sentido, retomando BAHENA, a conformidade do ato com a moralidade administrativa requer que o mesmo esteja conforme a lei, coerente com a situação fática exigível, e nela baseada a intenção do agente, sempre analisando a motivação enunciada e a finalidade desejada.

Por esse entendimento, a intenção do agente deve ligar-se à intenção de se atingir o bem comum (função administrativa), sempre harmonizando esta finalidade com a previsão abstrata da norma e exigindo que o ato esteja conforme a lei e a moralidade administrativa.

²⁴⁷ Op. Cit. p. 62.

²⁴⁸ COSTA COELHO, Paulo Magalhães. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 45-46.

Elabora então essa autora uma *moldura*, dentro da qual se daria a análise de todos os aspectos relacionados à validade do ato administrativo. Nela, a constatação da moralidade do ato deve ser iniciada por meio da apreciação do OBJETO deste, entendido como efeito jurídico imediato que o mesmo produz, portanto, o seu conteúdo. Continuará com a apreciação da FINALIDADE do ato, que seria o resultado que a administração visa alcançar com a prática do mesmo. Em sentido amplo, a finalidade seria sempre pública, já em sentido restrito, seria o resultado específico que cada um produz. Por fim, haveria a apreciação de seu MOTIVO, que seria o pressuposto de fato e de direito tomados por fundamento para sua prática.

A jurisprudência brasileira, para a autora, já teria reconhecido o exame da moralidade do ato administrativo nessa moldura.

*“A jurisprudência pátria também já reconheceu o exame da moralidade do ato administrativo não apenas adstrito à finalidade, mas também ao objeto e motivo do ato, como é o caso da inexigibilidade da licitação por notória especialização sem se atentar à singularidade do objeto; desperdício de dinheiro público com festas e honorárias e viagens desnecessárias. Enfim, embora as origens do princípio da moralidade administrativa advenham da teoria do abuso de poder, como traição à finalidade do ato, somente este cotejo não é suficiente, a identificação da moralidade exige proporcionalidade entre meios e fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos”.*²⁴⁹

Outro autor que mais recentemente se posicionou nesse debate foi MÁRCIA NOLL BARBOZA,²⁵⁰ ao afirmar que no que diz respeito ao âmbito da *moral jurídica*, não se poderia em absoluto compreendê-la como um conteúdo moral encerrado pelo direito, como normas morais definidas e definitivas incorporadas pelo direito.

O direito, como um acontecer linguístico-argumentativo se encontra inexoravelmente aberto para a moral - no caso, uma concepção específica de moral identificada na tradição da modernidade ocidental: a *moral crítica*. Isso se dá na prática jurídica, nas operações processadas pelo sistema, por meio do exercício da fundamentação e da argumentação institucionalizadas.

A ela - *moral* - seriam remetidos tais argumentos, tal fundamentação, em face da insuficiência dos elementos jurídicos dados e, em virtude da *pretensão de correção*

²⁴⁹ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 68.

²⁵⁰ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa** : uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.

assumida pelo direito (ALEXY) e da *necessidade de legitimação* (HABERMAS) que estariam sempre presentes no âmbito de qualquer discurso jurídico.

Em face disso, acredita a autora que a expressão *moral jurídica* só poderia significar um conteúdo jurídico que abre o direito à moral, disso decorrendo certa dificuldade na delimitação das duas ordens - o que por sua vez não impediria a afirmação de que estamos diante de duas ordens diversas sujeitas a distintas racionalidades. Desse modo, seria o Direito que se abre para a moral, não sendo tal abertura exclusividade do regime jurídico administrativo.

Muito próximo argumenta RICARDO MARCONDES MARTINS nos conta que a moral da lei estaria vinculada à moral da Constituição, no sentido de que essa teria positivado toda uma ordem de valores carentes de concretização pelo legislador ordinário. Reportando-se também ao pensamento de ALEXY e ao seu conceito de *pretensão de correção*, recorda que a instituição de uma dada ordem jurídica, sua estruturação pela obra de um constituinte originário, até o ato que a promulga, apresenta-se (na tradição teórica aberta por JOHN AUSTIN e desenvolvida por ALEXY) como um *ato linguístico performativo* - inseparável da *pretensão de correção* e/ou *justiça* que o acompanha, de modo que, qualquer conteúdo, eventualmente incorporado pelo ato constituinte, que se desvie desses verdadeiros *pressupostos de sua enunciação*, atribuiria a mesmo, a natureza de uma *contradição performativa*, verdadeira *falha técnica* acometida pelo constituinte.

Ou seja, existe vinculação entre direito e moral - ainda que uma vinculação fraca no sentido apontado por ALEXY - na medida em que o próprio ato (*constituente*) que funda uma determinada ordem jurídica carece, ele próprio, de justificação moral como elemento de legitimação de sua obra: a Constituição. Costuma-se afirmar que o *ato constituinte*, criador da ordem jurídica, não é ele próprio um ato jurídico, mas político. Ao que então acrescentaríamos: *político e moral*.

Essa verdadeira moralização do procedimento constituinte, que prossegue no ato que a promulga, interpreta e aplica a Constituição, é garantida através de alguns elementos jurídicos que MARTINS denomina por postulados normativos - que de resto, são amplamente reconhecidos como princípios específicos da hermenêutica constitucional contemporânea.

“A teoria da contradição performativa é plenamente compatível com a teoria dos postulados normativos. Incide em equívoco vislumbrar no sistema jurídico apenas normas jurídicas, regras e princípios. Há também um terceiro tipo de

elementos: são axiomas normativos que independem de posituação, valem ainda que não estejam expressa ou implicitamente positivados. Caso haja posituação, esta não surte nenhum efeito, eles não podem ser retirados do sistema, não admitem revogação. Isso porque são pressupostos epistemológicos da compreensão do sistema jurídico, não é possível compreender o ato de promulgar uma Constituição sem a pressuposição desses postulados, eles acompanham apodicticamente o ato linguístico da promulgação. São postulados normativos, dentre outros: a supremacia da Constituição, a unidade da Constituição, a concordância prática, a máxima efetividade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a segurança jurídica e a justiça. Se o constituinte negar qualquer um desses pressupostos, praticará um equívoco técnico consistente numa contradição performativa, seu enunciado linguístico deverá, necessariamente, sob pena de não ser possível compreender o texto constitucional, ser considerado não-escrito. Postulados normativos são, assim, limites ao poder constituinte originário. A escolha, portanto, não é absolutamente livre nem para o próprio constituinte.”²⁵¹

Retomando-se a linha de argumentação de MÁRCIA NOLL BARBOZA, observamos que a moralidade administrativa está há muito tempo associada à ideia de *função administrativa* - desde HAURIOU, com semelhante compreensão, transferida para nossa doutrina. Segundo a autora, por ordem de nossos imperativos constitucionais, essa associação fortaleceu-se, derivando-se a exigência de moralidade administrativa da ideia de função administrativa.

Essa função a ser desempenhada pela Administração, de realização do *bem comum*, fixaria um regime rigoroso, impondo-lhe um comportamento ético - como já previra HAURIOU. Desse modo, a autora aponta que o direito administrativo se abre e se remete à moral mais acentuadamente que outros ramos jurídicos, em razão da ideia de *função administrativa*. Assim, acredita equivocada a preocupação teórica voltada para a delimitação da área de incidência de cada princípio no regime jurídico administrativo, quando entre eles não ocorreria conflito, mas apenas sobreposição - em que um reforça e fecha eventuais lacunas de outro, como melhor discutiremos no tópico a seguir.

De fato, seriam comuns os casos de sobreposição e compartilhamento de área de incidência entre esses princípios. Mas nem de longe tal configuração seria suficiente para retirar do princípio da moralidade sua autonomia conceitual e jurídico-normativa.

“Inevitável por tudo isso, o compartilhamento de zonas de incidência entre os princípios da Administração Pública. Pode-se mesmo notar, quanto ao princípio da moralidade, que dificilmente é aplicado sem que outro (o da proporcionalidade, o da impessoalidade, o da supremacia do interesse público,

²⁵¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 308-309.

*etc.) tenha incidência. Esse fato não nos leva, entretanto, a negar sua autonomia, que, tomada em grau adequado, parece residir mais na posição que o princípio ocupa e nas funções que desempenha, e não no seu conteúdo, o qual mantém, sem dúvida, fortes pontos de contato com os demais princípios do regime jurídico administrativo, pois a grande maioria deles, senão todos, expressam mandados de conteúdo moral formados na ética do Estado Social e Democrático de Direito. Porém, mesmo quanto a seu conteúdo, o princípio da moralidade revela deter alguma autonomia. É que tal conteúdo não corresponde à soma dos conteúdos dos demais princípios, porque, segundo pensamos, o princípio da moralidade carrega, em seu núcleo, o mandato de honestidade, todo seu, próprio da noção de moralidade, num ambiente ressentido pela corrupção. Ainda, o princípio da moralidade, exigindo comportamento ético da Administração, cria um canal de abertura do direito à moral, renascendo aberto e sempre em formação o significado do standard moralidade”.*²⁵²

MÁRCIA NOLL BARBOZA também se alinha à posição de MÁRCIO CAMMAROSANO segundo a qual se rejeita a ideia de referibilidade do princípio da moralidade administrativa à moral comum. Perfilando-se com o entendimento de Alexy acerca das relações entre direito e moral (*tese da vinculação fraca*) - que assumimos - demonstra a completa incompatibilidade entre a tese da referibilidade e o *preceito fundamental da tolerância* e do *pluralismo*, albergado por nosso sistema constitucional. Defende também a impossibilidade de se sustentar uma teoria ética absoluta em bases *pós-metafísicas*.²⁵³ Mas ao mesmo tempo, não remete o *dever de fundamentação moral do direito* a uma instância puramente jurídica (moral jurídica), mas retira de todo o direito um conteúdo ético que deverá ser fundamentado discursivamente no âmbito de uma *moral crítica*.

Sinteticamente, aponta três razões para não acolher a ideia da não referibilidade: **1)** a moral comum, diversamente da crítica, nem sempre se apresenta suficientemente fundamentada; **2)** não podemos, devido à pluralidade ética contemporânea, definir o conteúdo da moral comum; **3)** impõe-se em face do pluralismo ético, tolerar a diversidade.

“o direito se remete à moral crítica, uma vez que a necessidade de se fundamentar as decisões judiciais impede uma simples remessa a conteúdos morais convencionais nem sempre suficientemente justificados. A moral comum se forma, muitas vezes, de elementos religiosos ou dogmáticos, processando-se de maneira um tanto irrefletida e correspondendo, em particular, à concepção ética do emotivismo. Já a moral crítica, como quisemos demonstrar, se compõe de princípios, alguns deles procedimentais e outros substanciais, desenvolvidos e apresentados mediante argumentos, que são capazes de ensejar consenso. A moral comum, por seu turno, é plural, não havendo quem possa, em nossos dias,

²⁵² Op. Cit. p. 123-124.

²⁵³ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1990.

*afirmar a existência de uma moral comum única e bem definida, nem mesmo nos limites estreitos de um só país. O mundo atual parece ter, como uma de suas notas, a coexistência de diversos sistemas morais, resultantes da pluralidade cultural dos povos, raças e classes tão distintos, acima de tudo porque se acham, ainda hoje, em níveis de desenvolvimento diferenciados, a lhes submeter problemas e questionamentos éticos díspares”.*²⁵⁴

Outro autor que contribuiu para esse debate foi HAMILTON RANGEL JUNIOR²⁵⁵, para quem não se deve confundir o direito com a ética, devendo-se promover uma reflexão ética sobre o direito. Não seria o caso de confundir regras jurídicas com determinada moral, mas de identificar os instrumentos jurídicos necessários à garantia de convivência de diversos sistemas morais.

Desse modo, relacionar moralidade e direito é apontar, dentre seus princípios, normas e institutos, os mecanismos oferecidos por essa ciência para evitar a arbitrariedade, o constrangimento entre as esferas da *subjetividade individual* e da *objetividade coletiva e pública*.

Afirma-se que a moralidade social acaba por se pulverizar entre sistemas éticos diferentes, cada qual definindo, conforme circunstâncias culturais de tempo e espaço, o que é objetivo e o que é subjetivo.

A *moralidade jurídica* não sofre tal oscilação entre sistemas, porque a distinção objetivo/subjetivo é promovida pelo próprio ordenamento jurídico, cuja ontologia exige que se estabeleça o que é interesse individual e o que é interesse coletivo, e neste último, o que é coletivo privado (associações/sindicatos, etc.) e o que se considera coletivo público (estatal).

Busca-se tal *delimitação* em nome da paz social, permitindo que convivam os diversos sistemas éticos, o que, em si, já evitaria a arbitrariedade de um eventual interesse subjetivo do legislador em favor desta ou daquela moral, contra o interesse objetivo da coletividade, radicado na necessidade de uma ordem jurídica que garanta a convivência pacífica de todos os sistemas morais compatíveis com a ordem constitucional.

Segundo HAMILTON RANGEL JUNIOR, não fosse assim, tal conotação apontaria para a impossibilidade de aferir-se a moralidade, dada a multiplicidade de

²⁵⁴ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa**: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002, p. 125-126.

²⁵⁵ RANGEL JUNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

sistemas éticos defendidos pela diversidade de membros da sociedade - bem como de operadores do direito, todos eles com suas próprias concepções éticas.

*“De fato, por semanticamente significar algum grau de compatibilidade com as regras morais, como vimos, o termo moralidade poderia dar a entender-se como o grau de compatibilidade com o conteúdo de regras morais, o que resultaria nessa acepção dada pelo autor. Contudo, tal conotação apontaria para a impossibilidade de aferir-se a moralidade, dada a multiplicidade de sistemas éticos defendidos pela diversidade de membros da sociedade, bem como de operadores do Direito, todos com suas próprias concepções éticas. Eis que uma outra possibilidade semântica se apresenta: o grau de compatibilidade com os fins de qualquer regra moral. E como, para qualquer sistema ético, a finalidade indiscutível é o bem estar, algo que somente se alcança, conforme já demonstramos, por meio da não-arbitrariedade entre o universo subjetivo, individual, e o objetivo, coletivo. É muito mais factível para o sistema jurídico definir as fronteiras entre o que é individual e o que é coletivo do que precisar a linha ética de toda uma complexa sociedade – uma ambição que, se for sustentada pelo legislador, será, por óbvio, arbitrária”.*²⁵⁶

Este é o fundamento a partir do qual sustenta a existência de uma moralidade jurídica *estritamente normativa*. Ressalta ainda que a discordância tem por escopo evitar que, em nome de determinada moral, este ou aquele agente venha a reprimir outros, visto que critérios de solução não objetivos seriam intrinsecamente perigosos.

Pois bem, em face de todas essas questões, adotamos posicionamento contrário à tese da referibilidade do princípio constitucional da moralidade à moralidade comum na linha de entendimento elaborada por MÁRCIO CAMMAROSANO, MÁRCIA NOLL BARBOZA e HAMILTON RANGEL JUNIOR.

Todavia, aos argumentos por esses autores apresentados, agregaremos novas razões.

Como apontamos anteriormente, a força de um sistema político estamental, que opera a partir de uma apropriação patrimonialista do Estado, decorreu em grande parte de sua habilidade para promover uma verdadeira internalização, no âmbito dos sistemas de personalidade predominantes em nossa sociedade, de uma *ideologia* ou *subcultura do privilégio*. Ideologia que impregnou de tal forma nosso imaginário social, atingindo a pequena corrupção, o favor, o privilégio, a contrapartida necessária e suficiente para se tolerar práticas análogas em níveis mais elevados da hierarquia administrativa estatal.

Trata-se de uma *triste perversão*, em que a possibilidade de *qualquer um* em algum momento beneficiar-se de um *agrado patrimonialista*, justifica uma tolerância

²⁵⁶ RANGEL JUNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional**. São Paulo: Editora Juarez de oliveira, 2001, p. 28-29.

generalizada para todas as formas imagináveis de apropriação privada dos recursos públicos. Aceitação captada até pelos cronistas mais atentos de nossa cultura popular.

*“Eu arranjei o meu dinheiro
Trabalhando o ano inteiro
Numa cerâmica
Fabricando potes
e lá no alto da Moóca
Eu comprei um lindo lote de dez de frente e dez de fundos
Construí minha maloca
Me disseram que sem planta
Não se pode construir
Mas quem trabalha tudo pode conseguir
**João Saracura que é fiscal da Prefeitura
Foi um grande amigo, arranjou tudo pra mim”***

*Abrigo de Vagabundos.
Adoniran Barboza*

Nesse sentido, a referibilidade do princípio constitucional da moralidade à moral comum não só deve ser rejeitada pelos argumentos de natureza jurídico-normativa e sociológica, aqui apresentados. Mas há que ressaltar que a existência de uma *ideologia do privilégio* constitui um obstáculo concreto para a atuação do sistema jurídico pátrio na repressão ao *saque* patrimonialista - pela adesão de boa parte dos seus quadros à essa *moralidade comum* que impregna a sua *pré-compreensão* da realidade e dos fatos.

Admitir-se a *moralidade comum* sequer como elemento a ser levado em conta como razão de decidir em uma questão envolvendo práticas patrimonialistas, implicaria em um risco extraordinário de passarmos a ter uma torrente de decisões judiciais admitindo tais práticas por força da legitimação *das ruas*, *das massas*, *do povão*...

Por isso, não podemos concordar com autores como ALEXANDRE DELDUQUE CORDEIRO,²⁵⁷ que acreditam estar a moralidade administrativa referenciada no *senso de honestidade comum*, defendendo uma aproximação entre a *moralidade institucional* e essa *moralidade comum*.

Parece haver aqui até um eco romântico, uma idealização do homem comum, do *homem médio* a que o direito por vezes faz referência como se ele pudesse ser objetivamente reconhecido e apontado. Não podemos esquecer que “médio” é uma corruptela de “mediocre” - e o direito não pode se guiar pelo que é mediocre.

²⁵⁷ CORDEIRO, Alexandre Delduque. **Três indagações sobre o princípio da moralidade administrativa**: teoria política, teoria do direito e teoria da Constituição em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 99.

O direito é o mais importante instrumento de civilização de que dispomos para nos defender de nós mesmos, de nossos instintos mais primitivos, de nossas taras mais perversas. Não deve ele, portanto, buscar satisfazer-se com mecanismos de legitimação tão incongruentes com sua finalidade maior de estabelecer o *Dever-ser* de toda a sociedade. Até porque, como já demonstramos, segundo LUHMANN, o mecanismo de legitimação do direito lhe é totalmente interno, verdadeira autolegitimação, promovida na medida em que põe em marcha as suas operações e realiza a sua *autopoiesis*.

E não obstante acreditarmos e defendermos a necessidade de uma legitimação democrática para o direito, ainda que não exatamente nos termos definidos por HABERMAS,²⁵⁸ tal opção procedimental baseada em pressupostos da teoria da ação comunicativa²⁵⁹ de modo algum implicaria em tematizar e elevar à condição de parâmetro normativo uma moralidade (moralismo?) emergente do *senso comum* – que de SÓCRATES até MARX e SARTRE, foi considerado como emaranhado de representações a ser decodificado e compreendido por meio de uma *consciência crítica*, e não tomado como *tábula rasa* para a enunciação de dispositivos normativos.

Nesse sentido, a moralidade a que se referencia o princípio constitucional é sem dúvida alguma a *moralidade jurídica* - cujas premissas normativas que fundamentam a sua condição foram tão bem expostas por MÁRCIO CAMMAROSANO e aqui reportadas.

Decorre ela da conjugação de diversas disposições do texto constitucional e da legislação ordinária, por meio da qual o Congresso Nacional já desenvolveu várias das normas de conteúdo programático dispostas pela CF/88 sobre a matéria – a exemplo da Lei 9784/99 (processo administrativo da União).

No trabalho de fundamentação dos pressupostos argumentativos envolvendo o princípio constitucional da moralidade, a opção do interprete/aplicador de se valer dos parâmetros conceituais e procedimentais fornecidos por uma *moral crítica*, nos termos elaborados por MÁRCIA NOLL BARBOZA também nos pareceu oportuna e tecnicamente justificável.

Todavia, os elementos mais importantes para se apontar os parâmetros jurídicos que definem um padrão de moralidade sistemicamente admitido, decorrem de uma nova

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** : entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Madrid: Ed. Catedra, 1994.

postura hermenêutica dos interpretes e aplicadores do direito, atentos aos cânones da dogmática constitucional contemporânea, fortemente influenciada pelo chamado normativismo por princípios - pós-positivismo. Temos aí toda uma constelação de técnicas de argumentação e de decisões jurídicas especialmente talhadas para uma efetiva moralização das práticas políticas envolvendo o interesse público - historicamente administradas segundo a velha ótica patrimonial.

E, nesse universo jurídico balizado por essa nova compreensão da normatividade dos princípios, especialmente, daqueles expressamente positivados no texto constitucional, a autonomia do princípio da moralidade em face dos demais princípios da administração - sobretudo, o da legalidade - nos parece resultado de uma decorrência lógica desse novo modo de compreensão do fenômeno jurídico.

É claro que essa questão, referente à autonomia da moralidade administrativa em face da legalidade, pode ser tratada até mesmo *em termos positivistas tradicionais*, por meio de conceitos como os de *juridicidade e licitude* – âmbitos mais amplos do que a *estrita legalidade* e já admitidos de modo extenso pela doutrina.

No entanto, cremos ser nos marcos do pós-positivismo que esses elementos - pressupostos pela autonomia do princípio - permitirão o pleno desenvolvimento do conceito de moralidade jurídica, a partir dos princípios e valores dispostos no texto constitucional e na legislação ordinária correlata, articulados no interior de uma argumentação jurídica fundamentada em uma moral crítica, de modo a combater-se a recorrente apropriação patrimonialista do Estado no Brasil.

5.2 - *Alguns Aspectos Referentes à Constitucionalização do Princípio da Moralidade, dos Demais Princípios Regentes da Administração e a “Tese da Sobreposição”.*

Ao guindar a moralidade administrativa à condição de princípio constitucional expresso, buscou o constituinte responder a uma reivindicação já um tanto elaborada e consolidada - até mesmo *por respingo* das lutas entre as facções do estamento, pela crítica ao patrimonialismo em geral e, sobretudo, às diversas modalidades de corrupção.²⁶⁰

Um *Congresso* constituinte - não obstante suas limitações formais e materiais em face do que seria uma efetiva “*Assembleia*” constituinte - estabelecido já no âmbito de uma sociedade fortemente urbanizada, integrada nacionalmente por um sistema eficaz de telecomunicações legado pela ditadura, foi pressionado, como nunca antes, por um amplo leque de movimentos populares e sindicais.

Desse modo, diante da enorme expectativa criada pela *mídia* junto à opinião pública local e internacional, em um momento de relativo desgaste e desorganização do estamento, adotou-se um texto constitucional sintonizado com o que tínhamos de mais elaborado e *progressista* em termos de dogmática constitucional, na esteira do haviam realizado nossos *irmãos* portugueses e *primos* espanhóis.

Não apenas abriu-se espaço para uma maior participação popular, para a intervenção da sociedade civil, mas constituíram-se ou revitalizaram-se espaços institucionais, voltados para a defesa dessa nova ordem democrático-constitucional, e dos interesses públicos e individuais indisponíveis, com indiscutível destaque para a nova configuração atribuída pela Constituição ao Ministério Público.

“Uma democracia social, pluralista e de massas ascende como momento de superação, conservando e elevando para outro patamar as conquistas do modelo liberal, articulando os mecanismos da democracia representativa com os da democracia direta. Através da articulação entre organismos populares de base e as instituições tradicionais de representação indireta busca-se a

²⁶⁰ “No caso da recepção do princípio da moralidade administrativa no direito brasileiro, podemos afirmar que o motivo determinante foi de natureza sociopolítico, combinando alguns dos fatores acima mencionados. Afinal, num país de triste histórico quando o assunto diz respeito à corrupção e à falta de probidade na administração da coisa pública, é difícil apontar as razões que levaram à adoção do princípio em nosso ordenamento jurídico. (...) Dessa forma, reafirmamos que razões sociopolíticas ensejaram a introdução do princípio da moralidade administrativa no Brasil, o que foi admitido nos debates da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, quando da elevação desse conceito à condição de princípio constitucional”. CORDEIRO, Alexandre Delduque. **Três indagações sobre o princípio da moralidade administrativa**: teoria política, teoria do direito e teoria da Constituição em transformação. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2005. p. 101-102; 103.

*socialização do exercício do poder e a superação da alienação política e econômica das classes populares. (...) Apesar das distorções e contradições vinculadas a sua origem e legitimidade (constituente congressual com processo eleitoral obscurecido pelo pleito dos governos estaduais), a Constituição de 1988 estrutura juridicamente uma democracia social. Dá forma a um projeto político cuja atualização e aperfeiçoamento far-se-ão por intermédio da prática política do conjunto organizado da sociedade brasileira. Com a nova estruturação jurídico-institucional, o Ministério Público tem um papel relevante nesse projeto histórico, nesse processo de democratização.*²⁶¹

Amplamente municiado por uma rede de textos, intelectuais e alguns assessores, recrutados da elite acadêmica do país, muitos tendo participado do processo em Portugal e Espanha, nosso Constituinte, não obstante sensível ao apelo *material* das reivindicações das massas e à necessidade de se encontrar mecanismos capazes de atendê-las sem uma ruptura com a ordem estamental, achou que poderia incorporar o *progressismo* apenas na *forma*, adotando um modelo de Constituição analítica e principiológica - nos moldes do que se chamaria mais tarde de *pós-positivista*.

Na esteira do que já havia ocorrido desde a Constituição de 1946, que incorporou um significativo número de *normas programáticas*, e que, de acordo com a dogmática à época prevalente, oriunda do constitucionalismo norte-americano e traduzida, dentre outros, por RUY BARBOSA,²⁶² teriam sua eficácia negada na ausência de norma regulamentadora posterior.

Mesmo ante ao avanço da compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre a eficácia das normas constitucionais, tanto na Europa²⁶³ quanto no Brasil,²⁶⁴ para os setores mais conservadores prevalentes no âmbito do Congresso constituinte - o chamado *Centrão* -, fazer concessões à esquerda e aos movimentos populares pela incorporação no texto da Constituição de *normas genéricas*, meramente *programáticas*,

²⁶¹ MACHADO, Antônio Alberto; GOULART, Marcelo P. **Ministério Público e Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p. 20-21.

²⁶² BARBOSA, Ruy. **Atos inconstitucionais**. Campinas: Russell Editores, 2004.

²⁶³ Sobretudo em face das novas Constituições da Itália e da Alemanha, ambas de 1949, responsáveis pela reorganização dessas sociedades após a grande aventura nazifascista. Premidas por seu passivo frente à sua própria sociedade e à comunidade internacional, adotaram uma semântica constitucional aberta, para preenchimento de seu conteúdo normativo não apenas por meio de expressa regulamentação legislativa, mas por seu desenvolvimento no âmbito retórico-argumentativo, com aplicação tópica na resolução de casos difíceis postos para apreciação no campo da jurisdição constitucional, sobretudo, em face do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, no período imediatamente posterior à promulgação das Constituições da Alemanha e da Itália, destacou-se no plano doutrinário a obra DE VEZIO CRISAFULLI: **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1952.

²⁶⁴ No Brasil a questão referente à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais recebeu o seu primeiro tratamento mais elaborado em 1967, por José Afonso da Silva, que apresentou um novo enfoque sobre a questão no país a partir da contribuição de CRISAFULLI na Itália. Cf. SILAVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

era boa *moeda de troca*. Baseados na experiência pregressa, tais normas poderiam facilmente transformar-se em *ornamento*, ante a conveniente inércia do legislador ordinário em promover sua regulamentação por meio de leis específicas.

Todavia, o pós-positivismo construiu uma nova dogmática constitucional a partir do reposicionamento da teoria da *norma jurídica*, concebida como *gênero* em relação a duas outras *espécies* (*regras e princípios*), dotadas de âmbitos de normatividade distintos - mais do que uma relação de hierarquia ou de prevalência de uma sobre outra.

As normas principiológicas que os conservadores do Congresso constituinte admitiram sem maiores preocupações para os seus interesses, supondo-as mais ideológicas do que jurídicas, passaram então progressivamente a ser interpretadas e aplicadas pelo sistema jurídico brasileiro por operadores crescentemente identificados com os novos cânones pós-positivistas, que vêm se espraiando. Dos Tribunais Superiores para os juízos de primeira instância, dos principais cursos de pós-graduação do país para a grande maioria das faculdades de direito espalhadas pelo território nacional, nos inúmeros cursos e seminários sobre o novo *status* do direito constitucional, promovidos pelas subseções da OAB, por Associações de magistrados, de procuradores, etc. Enfim, vive-se hoje no âmbito do sistema jurídico brasileiro uma mudança de paradigma, decorrente das inúmeras demandas que a sociedade brasileira formulou nos últimos anos perante nosso sistema de administração da justiça.

Nos termos em que apresentamos o modelo de LUHMANN, procuramos deixar claro que no seu conceito de sistema jurídico, e que aqui assumimos com algumas reservas, o chamado *fechamento operacional* garante-lhe *autonomia sistêmica*, de modo que esse não sofre propriamente *influência* de outros sistemas sociais - mas é por eles *demandado*.

Na medida em que é demandado por outros (sistemas) a partir de uma complexa teia institucional, normativamente aparelhada em face do Estado-Administração, o sistema jurídico reage com base em sua *abertura cognitiva*, selecionando nesses, sobretudo, em outras pautas normativas do agir humano, elementos passíveis de *replicação*, de apropriação para efeitos de *juridicização*.

Ora, a forte demanda por moralização nas relações Estado-sociedade - indivíduos, oriunda de diversos sistemas sociais interessados no novo desenho constitucional, levou o Constituinte à positivação do princípio da moralidade. Uma vez positivado tal princípio, desencadeou-se um embate interpretativo entre operadores jurídicos, interno ao sistema, pela definição dos parâmetros de aplicação e decisão que

vão concretamente atingir determinados interesses, que por determinação constitucional, caberia ao sistema tutelar ou reprimir.

Segundo MÁRCIO CAMMAROSANO,²⁶⁵ a Constituição de 1988 não se limitaria a prescrever obediência ao princípio da moralidade (art. 37, *caput*), indo muito além. Atribuiu qualquer cidadão legitimação ativa para propor ação popular que vise anular também ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII). Desse modo, atos ofensivos à moralidade administrativa poderiam ser anulados judicialmente via ação popular, independentemente de qualquer dano ao patrimônio público ou de entidade de que o Poder Público participe (como já afirmara CLÓVIS BEZNOS logo após a promulgação da CF/88), ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Ou seja, a moralidade administrativa, em si mesma considerada, pode agora ser resguardada judicialmente mediante propositura de ação popular, e não apenas por iniciativas do titular do direito violado por ato a ela ofensivo.

Assim sendo, segundo CAMMAROSANO, por força da CF/88, a existência jurídica do princípio da moralidade administrativa não pode mais ser contestada. Estaria ela agora consagrada como princípio constitucional expresso. Daí porque, delimitar seu conteúdo não se imporia apenas para saber quando um ato é ofensivo a esse princípio, sendo assim viciado. Mas sua relevância apresenta-se especialmente para saber se determinado ato, ainda que não lesivo ao conjunto de bens jurídicos mencionados no art. 5º, LXXIII (CF/88) e no art. 1º da Lei 4717/65, poderia ser ou não submetido a controle judicial por meio de uma ação popular que agora teve o seu objeto alargado por força constitucional.

E, no que diz respeito às inovações na temática da moralidade administrativa na CF/88, segundo esse autor, duas seriam as teses em princípio sustentáveis: **a)** com o art. 37, *caput*, da CF/88, criou-se um requisito de validade anteriormente inexistente, permitindo agora a anulação do ato administrativo (exclusivamente) por infração à moralidade; **b)** a CF/88 apenas teria tornado expresso o que já estava implícito em nosso sistema jurídico-normativo mesmo sob o pálio das Constituições anteriores. O autor é claro ao se posicionar:

“É forçoso admitir que a alternativa correta, dentre as propostas, é a da letra b: a Constituição de 1988 apenas tornou expresso – dando-lhe é verdade, status constitucional – princípio que bem antes de sua promulgação já era

²⁶⁵ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 90-91.

reconhecido como implícito no sistema, e até denunciado, por expressões consagradas constitucionalmente, como a expressão improbidade administrativa. Mas a questão fundamental permaneceu: o que é, afinal, a moralidade administrativa? Mais do que permanece, avulta agora de importância. E isto porque sua violação de per si enseja propositura de ação popular: Esta sim, a grande inovação da Constituição de 1988 (art. 5º, LXXIII).”²⁶⁶

É nesse âmbito que se travam discussões como a enfrentada anteriormente, sobre a autonomia do princípio da moralidade.

Sobre a *relação de sobreposição e complementariedade entre os princípios da administração*, passaremos agora a discorrer, juntamente com outras questões referentes à recente dogmática constitucional em torno dos princípios do *caput* do art. 37.

Nossa reflexão tem início, com KELE CRISTIANI DIOGO BAHENA²⁶⁷, nos parâmetros de normatividade atribuídos pelo sistema jurídico pátrio aos princípios regentes da Administração.

Segundo a autora, a “juridicidade” ou a “normatividade” dos princípios evoluiu segundo as concepções epistemológico-jurídicas relativas à cientificidade do conhecimento jurídico. Assim, BAHENA descreve *três fases* distintas, desde a *velha hermenêutica* com as doutrinas *jusnaturalistas* e *positivistas* até chegar ao chamado *normativismo por princípios* ou *pós-positivismo*.

Segundo a autora, essa nova concepção transformou o *princípio da legalidade* - visto até então, como o único elemento de sustentação e limitação da ação estatal. Isto porque, no âmbito de muitas Constituições contemporâneas, identifica-se, de modo expresso ou derivado, um conjunto de regras e princípios que atuam como normas convergentes, suplementares, auxiliares ou coadjuvantes à estrita legalidade, de forma que esta, estando no mesmo plano hierárquico dos demais princípios de direito público, constituiria com eles um *microsistema* - verdadeiro *plexo normativo* comumente denominado “*princípio da juridicidade*”. É nessa mesma linha de entendimento que aponta o pensamento de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

“A preferência que se confere à expressão deste princípio da juridicidade e não apenas ao da legalidade como antes era afirmado, é que, ainda que se entenda esta em sua integralidade (e não apenas na especificidade da lei formal), não se tem inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo, como se pode e se tem naquele. Se a legalidade continua a participar da juridicidade a

²⁶⁶ Op. Cit. p. 92.

²⁶⁷ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

*que se vincula a Administração Pública – e é certo que assim é -, esta vai muito além da legalidade, pois se afirma em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento, que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas, ainda que consideradas na integralidade do ordenamento de Direito.”*²⁶⁸

Com base nesse princípio estabeleceu-se que a atividade estatal deverá ser exercida por meio de um feixe de regras e princípios adotados como *estruturantes* pelo Estado Democrático de Direito – e não apenas pela *estrita legalidade*.

De conformidade com BAHENA, no que estamos plenamente de acordo, o *princípio da moralidade administrativa* constitui *vetor informador* dos demais princípios, não podendo ser tido como mera manifestação setorizada do princípio da legalidade.

Sua abrangência também não ficaria adstrita ao ato administrativo, podendo incidir sobre os atos legislativos e judiciais - estendendo-se até os particulares quando se relacionam com a Administração pública, proporcionando a impugnação de ato formalmente válido, mas viciado moralmente. Nesse aspecto, reafirma como inconfundíveis os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, vez que a moralidade é também pressuposto de validade do ato legal.²⁶⁹

Segundo essa linha de pensamento, o que se deve buscar para a perfeita aplicação do princípio da moralidade é o confronto de todos os elementos do ato administrativo com as regras éticas da administração. Regras essas que seriam baseadas tanto na *moral comum* quanto na *moral administrativa*, visto que, segundo a autora, a primeira congregaria alguns dos seus conceitos à segunda, sempre almejando o interesse público e o bem comum - com o que não podemos concordar, por rejeitarmos expressamente qualquer grau de normatividade à chamada *moral comum*.

Por isso, procuramos ancorar a dogmática constitucional contemporânea, aqui compreendida em linhas gerais no âmbito do pós-positivismo, essencialmente na interpretação e aplicação dos princípios constitucionais correlatos ao da moralidade no contexto do *caput* do art. 37 da CF/88.

Em nossa opinião, todos eles devem ser tomados como *standards* retórico-argumentativos para aplicação *tópica* em face de casos concretos que não estejam integralmente tipificados ou tipificáveis pelas regras predispostas pelo legislador para a

²⁶⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-70.

²⁶⁹ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 51.

repressão à imoralidade administrativa - especialmente, como trataremos no capítulo final deste trabalho, quando se tratar de repressão em sede de controle de constitucionalidade, de imoralidade prevista em ato emanado pelos Poderes Legislativo ou Judiciário.

Por outro lado, voltamos a nos identificar com as posições de Bahena, ao frisar que a ordem jurídica presente não é apenas o reinado da *legalidade* ou mesmo da *juridicidade* - mas também da *legitimidade* e da *licitude*. Aliás, aponta esta autora que a mais extraordinária conquista política desejada pelo Estado contemporâneo foi à incorporação à ordem jurídica do *conceito de licitude*. Tal conceito, crê, deriva da *ideia de justo, de algo condizente com a moral a que deve se reportar todo o direito* (que admitimos nos termos estritos de tese da *vinculação fraca* entre o direito e a moral), almejando o surgimento de um *Estado de Justiça*²⁷⁰ - caracterizado pela subserviência do Estado à moral.

Fundamentando-se em MIGUEL REALE, BAHENA discorre sobre as etapas do desenvolvimento ético ao se referir às *três jurisprudências* - dos *conceitos*, dos *interesses*, dos *valores*. Teriam essas se concretizado com as noções de *legalidade*, *legitimidade* e *licitude*. A dimensão da licitude, em particular, seria desenvolvida a partir da incorporação progressiva de valores morais pela ordem jurídica. Desse modo, a *ressureição dos valores* no direito teria se dado pela imprescindibilidade da incorporação dos princípios pelo sistema jurídico, que se impõe atualmente em face dos textos legais e, sobretudo, nos dispositivos da Constituição.

*“O art. 37 da Constituição da República quando cita os cinco princípios da administração pública – legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência -, por certo, não esgota o rol de princípios consagrados ao direito administrativo, pois muitos outros existem, são de observância obrigatória e se encontram implícitos em dispositivos constitucionais ou pertencem a outros ramos do direito público e que também se aplicam ao direito administrativo. Dentre esses princípios não consagrados expressamente na Carta Política encontram-se os princípios da supremacia do interesse público, da presunção de legitimidade, da especialidade, do controle, da autotutela, da razoabilidade, da segurança jurídica, etc.”*²⁷¹

²⁷⁰ Com referência à polêmica tese acerca da possibilidade de existência de um Estado de Justiça, achamos por oportuno contrastar tal elaboração com a crítica formulada por MÁRCIO CAMMAROSANO e por nós apresentada no tópico anterior.

²⁷¹ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 78.

Não obstante esse extenso rol de princípios regentes do microsistema de prerrogativas e sujeições que caracteriza, entre nós, o direito administrativo, no que diz respeito à produção de interfaces com o princípio da moralidade, nesse momento interessam-nos apenas aqueles que com ele compartilham o *caput* do art. 37 da CF/88.

BAHENA promove uma rápida reflexão sobre a peculiaridade de cada um dos princípios contidos no *caput* do art 37 da CF/88, iniciando pelo princípio da legalidade, distinguindo-o dos demais que compõe o seu entorno. Em sua opinião, a legalidade assume, no sistema jurídico-constitucional em vigor, a condição de um princípio fundamental, norteador da República Federativa do Brasil. Mas decorreria, ele próprio, primariamente, do *princípio do Estado Democrático de Direito* a que faz referência o art. 1º, *caput*, da CF/88.

Com fundamento em LUÍS ROBERTO BARROSO, aduz que esse princípio representaria o *princípio constitucional geral*, aplicável não apenas à seara administrativa, mas a todos os ramos do direito.

No que diz respeito ao princípio da impessoalidade, assevera que este não se confunde com os princípios da finalidade ou isonomia, pois teria conteúdo autônomo e objetivo definido. Também ele se encontra inserido na Constituição de forma expressa, presumindo-se que era intenção do Constituinte reservar-lhe tratativa diferenciada.

Todavia, embora o princípio da impessoalidade possua conteúdo e autonomia que o diferencie dos demais, sua articulação com o princípio da moralidade seria quase consequencial, na medida em que a inobservância da impessoalidade se dá mediante desvio de poder, que ocorreria toda vez em que o servidor utiliza a competência outorgada pela lei, para atender a objetivos outros que não os amparados pelo sistema normativo. Desse modo, uma vez detectado desvio em relação à conduta adequada, incidiria igualmente a imoralidade - *dado que imprecisos e sutis os limites de incidência de ambos os princípios*.²⁷²

Prosseguindo na análise acerca dos princípios informativos da administração, correlatos ao da moralidade, BAHENA afirma que a *publicidade* seria o veículo pelo qual se fiscalizam a legalidade e a moralidade na administração. Sem ela, o agir administrativo não teria validade ou legitimação.

A fiscalização da gerência administrativa e o consequente cumprimento do princípio da moralidade pelo princípio da publicidade seriam evidentes, sendo que, é em

²⁷² Op. Cit. p. 89-90.

razão da publicidade do ato administrativo que se torna possível estabelecer mecanismos de controle da gestão pública. Nesse sentido, o princípio da publicidade funcionaria como parâmetro fiscalizador da observância dos demais - na medida em que a regra é a da ampla publicidade, e a exceção, é admitida somente nos limites da norma.

No que diz respeito ao princípio da eficiência, o cerne de sua aplicação residiria no fato de o Estado deixar de ser o grande prestador dos serviços públicos e, desde meados da década de 90, passar a figurar na *retaguarda* desses, regulamentando um amplo processo de privatizações, acompanhadas por novas modalidades de outorga, concessões, permissões, autorizações, franquias e contratos de gestão, consórcios, etc.

Paralelamente, reforçou-se o poder-dever conferido ao Estado-administração para impedir que os particulares (que agora assumiram funções públicas) e os servidores (que em diversos níveis, passaram a estabelecer relações muito estreitas com interesses privados poderosos) cometam os mesmos vícios e causem os mesmos prejuízos historicamente observáveis na gestão da coisa pública em nosso país.

Desse modo, a administração pública contemporânea, articulada ao bojo do processo de globalização, com forte conteúdo privatizante aliado à corrupção endêmica, exigiria dos agentes públicos uma postura mais eficiente e célere na entrega da tutela administrativa. Para além do paradigma da legalidade, mas sem dela se descuidar, de modo a manter sua conduta sempre ajustada ao *standards* normativos fixados pelo sistema em torno do princípio da moralidade.

Assim, a busca da eficiência deveria ser consciente de que o seu limite reside no respeito à moralidade administrativa, vez que, diversamente da seara privada, os atos administrativos devem primariamente assegurar um resultado ético, honesto e probo.²⁷³

Tangenciando essa discussão, ao discorrer sobre os princípios estruturantes da organização político-estatal, MÁRCIA NOLL BARBOZA²⁷⁴ ressalta que a Constituição de 1988 define o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), atribuindo-lhe o encargo de enfrentar a problemática social, ao estatuir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e, como objetivo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (arts. 1º, III e 3º, I à IV).

²⁷³ OP. Cit. p. 101.

²⁷⁴ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa** : uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 114.

Tais disposições se articulariam a outras como as que estabelecem os direitos fundamentais e as que veiculam e/ou reforçam, em nossa ordem constitucional, os princípios do Estado de Direito, do Estado Democrático, e do Estado Social.

BARBOZA ressalta que a abordagem empregada não deve ofuscar o fato que esses princípios se relacionam intimamente, mantendo fortes vínculos de dependência recíproca - donde se reconhece em nossa Constituição de 1988 os delineamentos de um Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse diapasão, a autora acredita equivocada a preocupação teórica voltada para a delimitação da área de incidência de cada princípio no regime jurídico administrativo quando entre eles não há conflito, mas apenas *sobreposição* - na qual um princípio “cobre”, “reforça”, ou “relativiza” o outro. Seriam comuns, na realidade, os casos de sobreposição e compartilhamento de área de incidência entre os princípios da administração pública.

“Vemos, assim, que o enquadramento do princípio da moralidade na atual moldura constitucional o leva a ampliar seu raio de ação, não importando que, por isso, venha a compartilhar terreno de incidência com outros princípios, como o da eficiência ou, quem sabe, o da proporcionalidade, o da impessoalidade, etc. Parece-nos equivocada, de efeito, a preocupação teórica voltada à delimitação da área de incidência de cada princípio no regime jurídico administrativo quando entre eles não há conflito, mas apenas sobreposição, um reforçando o outro. São comuns, em realidade, os casos de sobreposição e compartilhamento de área de incidência, entre princípios da administração pública. Tal ocorre, por exemplo, entre os princípios da legalidade e da publicidade quando a Administração obedece às regras expressas sobre publicação de editais da Lei de Licitações ou, também, entre os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da eficiência quando o administrador opta pela medida mais adequada ao atingimento eficiente da finalidade legal. O que dizer, então, do princípio da moralidade, que, por sua amplitude, enfeixa valores individualmente abrigados por outros princípios (eficiência, proporcionalidade, impessoalidade...)?”²⁷⁵

Nessa mesma linha a autora afasta também a hipótese segundo a qual o princípio da moralidade seria uma simples somatória dos demais princípios. De início por que conteria o que ela denomina por *mandado de honestidade*, que lhe pertenceria de modo exclusivo, e seria imanente à noção de moralidade em um ambiente ressentido pela corrupção. Ademais, exibiria o princípio da moralidade, em razão de sua própria formulação semanticamente indeterminada, o *status* de canal de abertura às exigências éticas impostas à administração.

²⁷⁵ Op. Cit. p. 118.

Assim, o princípio determinaria a remessa do regime jurídico administrativo à moral, vinculando a administração pública às exigências éticas que fluem do conceito de Estado Social e Democrático de Direito - desenvolvido e afirmado no discurso ético-político da modernidade.

No bojo desse entendimento, o princípio da moralidade expressaria a exigência de conformidade à ideia de *função administrativa*, e exigiria conseqüentemente, um comportamento ético do administrador - o que manteria aberta a argumentação jurídica para a argumentação moral no contexto da *moral crítica*.

Na perspectiva apresentada por MÁRCIA NOLL BARBOZA, o direito remeteria os seus aplicadores necessariamente a uma moral crítica, vez que a necessidade de fundamentar as decisões jurídicas impede uma simples remessa a *conteúdos morais convencionais* - nem sempre suficientemente justificados, segundo a autora. Tanto que a moral comum se formaria na maioria dos casos a partir de elementos de natureza religiosa ou dogmática, processando-se de maneira irrefletida, correspondendo, em parte, à concepção ética do *emotivismo*.

Por outro lado, nos conta que **a moral crítica se compõe de princípios**, sendo alguns *procedimentais* e outros *substanciais*, desenvolvidos e apresentados mediante argumentos racionais, capazes de ensejar *consenso*. A moral comum, por seu turno, sendo plural, não permitiria a emergência deste, em torno de uma “moral comum exclusiva e bem delimitada” - nem ao menos nos estreitos limites de um único Estado.

Ao contrário, o mundo contemporâneo teria como uma de suas notas características a coexistência de diversos sistemas morais, resultantes da pluralidade cultural dos povos, raças e classes sociais. Estes estariam ainda hoje em níveis de desenvolvimento diferenciados, o que lhes submeteriam a problemas e questionamentos éticos distintos. Daí porque, seria uma prerrogativa inafastável do moderno Estado Social e Democrático de Direito, o *princípio do pluralismo ético-cultural*, que objetiva exatamente garantir a sobrevivência de todas as concepções morais que legitimamente se constituam, como expressão da consciência de grupos, impedindo o império de um sistema moral parcial sobre os demais.

Se acaso uma determinada ordem jurídica permitisse a colonização dos vários sistemas morais parciais por um deles, tornado *oficial* ou o *único autorizado pela lei*, infringiria o princípio da moralidade porque, em nossa opinião, *a unilateralidade moral é indiscutivelmente imoral*.

Nesse sentido, moralidade e pluralismo se sobrepõe sem confronto, complementarmente e para harmonizar os seus respectivos conteúdos particulares com os vetores gerais de todo o sistema (Estado Democrático e Social de Direito e dignidade da pessoa humana).

De fato, entendemos que a pluralidade valorativa incorporada ao texto da Constituição de 1988 pelos cinco princípios positivados no *caput* do art. 37, expressa uma pauta para a argumentação jurídica, constitutiva de um verdadeiro microssistema de direito público (no interior do sistema constitucional), com potencial normativo delimitado, exclusivamente, pela coerência dialógico-racional, dedutível do universo polissêmico (linguagem) em que esses princípios se encontram inseridos, estando eles, assim, disponíveis para todos os que atuam no âmbito das operações processadas pelo sistema jurídico no exercício de sua *autopoiesis* - enquanto *parâmetros de argumentação*.

A normatividade com potencialidade para emanar desse microssistema de direito público imanta todas as instâncias estatais, Poder ou ente federativo, estando disponível tanto para fundamentar, como para corrigir ou extirpar qualquer conteúdo jurídico manifesto pelas formas fundamentais de expressão da vontade estatal - a lei, a sentença judicial e o ato administrativo.

Com relação especificamente às possibilidades de controle da ação estatal com base no microssistema constitucional de direito público, com destaque para as questões afetas a um dos seus princípios (moralidade), introduziu-se uma extraordinária novidade no âmbito da jurisdição constitucional. A Lei 9882/99, que regulamentou a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Por ela, não apenas a lei e o ato normativo dotados de generalidade e abstração podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade, mas também o ato administrativo *strictu sensu* e, em casos limite, até mesmo sentença judicial. O requisito jurídico-normativo mais importante para a admissão e a procedência da ação é a *lesão a preceito fundamental*.

Mais adiante abordaremos a interpretação e aplicação do princípio da moralidade no âmbito da jurisdição constitucional, bem como o próprio conceito de preceito fundamental. No entanto, já podemos nos adiantar que afirmaremos categoricamente que os princípios elencados no *caput* do art. 37 da CF/88 são considerados *preceitos fundamentais*.

E todos razoavelmente familiarizados com a prática judiciária sabem que um ato estatal pode muitas vezes violar simultaneamente vários princípios, constituindo uma

circunstância qualificadora para a ação antijurídica. Noutras, a ação estatal impugnada pode ter ocorrido sob circunstâncias ensejadoras de uma interpretação caracterizada pelo conflito ou colisão entre os princípios agasalhados equitativamente pelo microsistema constitucional - o que exigirá uma solução radicada na ponderação e concordância prática entre os princípios em colisão, acentuando-se o caráter antijurídico da ação ou tornando o seu reconhecimento mais complexo.

Ou seja, no âmbito de um sistema normativo fundamentado em princípios (transformados em *Standards* para argumentação jurídica em geral), a sobreposição entre eles no contexto de qualquer operação do sistema, corresponderá não a uma anomalia ou contradição sistêmica, mas à sua dinâmica elementar. Isto porque, um sistema jurídico-normativo fundamentado em princípios - ao contrário de um sistema baseado essencialmente em regras - está especialmente talhado para lidar com situações dotadas de maior complexidade decisional - *hard cases*. Sistemas jurídicos dessa natureza (principiológicos) estarão mais bem posicionados para decidir com maior legitimidade, e a partir da decisão de um caso paradigmático, desenvolver novos parâmetros para futuras decisões (*precedentes*). Não obstante seja essa uma característica ínsita aos sistemas fechados, nada indica que dela não possa participar até mesmo os sistemas abertos operacionalmente.

*“Sob esse tema, Tercio Sampaio Ferraz Jr. desenvolve a ideia do sistema jurídico a partir de dois sentidos: como sistema fechado e, como critério de avaliação, sistema aberto. Amplo e aberto, prospectivo, admite novos avaliados, está aberto a novos avaliados, a mudanças, a alteração das regras. Mais ainda: ‘além de ser critério de avaliação, conjunto de critérios de avaliação ou conjunto de avaliações deonticas, como diz Amadeu Conte, é, ainda, um sistema de decisões. Isto é, o direito não é apenas um conjunto de normas, com sentido retrospectivo, nem apenas um conjunto de avaliações, com sentido prospectivo, mas ele é também um conjunto de decisões, no sentido atual, aquilo que está sendo usado aqui, agora. Isso também faz parte do sistema jurídico.”*²⁷⁶

Essa realidade requer um parâmetro procedimental de argumentação para fundamentar qualquer *decisão*, que vá além de simplórios juízos silogísticos, requerendo padrões mais sofisticados de argumentação jurídica, amparados em valores juridicizados a partir de outras pautas normativas do agir humano, atribuindo-se à decisão assim prolatada, maior *legitimidade*²⁷⁷ *político-social*.

²⁷⁶ GARCIA, Maria. **Desobediência civil** : direito fundamental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 107-108.

²⁷⁷ “Quanto à legitimidade – no seu significado genérico, tem aproximação com o sentido de justiça ou de racionalidade, algo justificado pelo entendimento (legitimidade de uma decisão, uma atitude, por exemplo)

Ademais, um sistema jurídico fundamentado em princípios positivados no texto constitucional oferece a todos os Poderes estatais uma competência genérica, delimitada entre esses Poderes nos termos da própria Constituição, para desenvolverem graus diversos de normatividade com base nos elementos estruturantes por ela predispostos. Princípios jurídicos servem para desenvolver normatividade por todos aqueles a quem a Constituição concedeu algum âmbito de competência - como legislador, juiz ou administrador. É nisto que consiste a sua *concretização* - melhor seria *atualização*, visto que se transmuta em cada operação realizada pelo sistema em sua *autopoiesis*.

Nesses termos, podemos exemplificativamente demonstrar como no desenvolvimento dos princípios constitucionais estruturantes de um microsistema de direito público, os Poderes Estatais vão elaborando a normatividade desses princípios em sentidos diversos - mas sempre coerentes com o seu significado jurídico elementar. Também é perceptível o modo como, ao se atribuir a um determinado princípio mais de um sentido, alguns desses, podem ser compartilhados por outros princípios, no interior de outras operações - criando-se então a percepção de *sobreposição*.

Tomemos como exemplo o *princípio da impessoalidade*. Vejamos alguns dos sentidos já desenvolvidos para esse princípio no âmbito do sistema normativo brasileiro. Em um primeiro momento, podemos observar o desenvolvimento desse princípio pelo legislador no sentido de *finalidade* - dever de observar e ilicitude por dela se desviar. É o que verificamos no contexto da lei 9.784/99, que estabeleceu os parâmetros para o processo administrativo no âmbito da União, em seu art. 2º, *caput*, e § único, II e XIII.²⁷⁸

No entanto, esse mesmo princípio foi também desenvolvido no sentido de *igualdade*, de tratamento isonômico, é o que podemos defluir da leitura de alguns dispositivos da própria Constituição Federal de 1988.²⁷⁹

e é no contexto político que aparece o seu significado específico: legitimidade representa um atributo do Estado, consistindo na verificação de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem necessidade da imposição, exceto em casos esporádicos. É por essa razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão." Op. Cit. p. 93.

²⁷⁸ (Lei 9784/99) Art. 2, *caput* - "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios (...) da finalidade, (...) interesse público..."

Art. 2º, § único, II - "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) atendimento a fins de interesse geral ..."

Art. 2º, § único, XIII - "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação."

²⁷⁹ Conforme observamos no art. 37, II, ao requerer-se o concurso público como modo elementar para a investidura nos quadros da Administração Pública; bem como o art. 37, XXI ao impor o procedimento

A impessoalidade também já foi desenvolvida no sentido de *proibição de promoção pessoal* do administrador ou de qualquer indivíduo vivo que possa, diante dessa promoção, dispor de algum privilégio, estando tal sentido regulado tanto em âmbito constitucional²⁸⁰ como na legislação ordinária.²⁸¹

Igualmente, já foi o princípio desenvolvido pelo legislador no sentido de *impedimento e/ou suspeição* de alguma autoridade administrativa, como podemos deduzir da leitura dos artigos 18 e 19 da mesma Lei 9.784/99.²⁸²

E em sede doutrinária, temos a instigante interpretação proposta por para quem impessoalidade quer dizer essencialmente *despersonalização do CLÓVIS BEZNOS, agente que atua como órgão da Administração* - daí porque não poderia o servidor figurar no pólo passivo de qualquer ação na qual se busca responsabilizar civilmente o Estado, só podendo ser atingido em sede de ação de ressarcimento nos termos do § 5º do art. 37 da CF/88. Para o autor, o agente público só adquire a condição de pessoa física, em suas relações internas, orgânicas, junto à própria Administração - e só perante ela respondendo em razão de dolo ou culpa.

“Esse é exatamente o sentido do princípio da impessoalidade, que informa que o agente jamais pode ser considerado como pessoa, quando expressa a vontade estatal, conferindo ao Estado força anímica, incorporando esse verdadeiro

licitatório prévio à posterior realização de contrato administrativo; e por último, o art. 175 que prevê a realização de procedimento licitatório prévio à outorga de permissões e concessões de serviço público.

²⁸⁰ Art. 37, § 1º, CF/88 - "*A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos.*"

²⁸¹ **Art. 2º, § único, III, Lei 9784/99** - "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades."

Lei 6454/77, Art. 1º - É proibido, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da Administração indireta.

Art. 2º - É igualmente vedada a inscrição dos nomes de autoridades ou administradores em placas, indicadores de obras, ou em veículo de propriedade ou a serviço da Administração Pública direta ou indireta."

Art. 3º - As proibições constantes desta Lei são aplicáveis às entidades que, a qualquer título, recebam subvenção ou auxílio dos cofres públicos federais.

²⁸² **Art. 18** - É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro. (...)

Art. 19, § único - A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20 - Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

*'avatar', sendo uno e indivisível com o ser incorporado. A impessoalidade significa que o agente movimenta e integra o órgão, que com ele se confunde, que assim pode desempenhar as suas atribuições, fazendo-o como o próprio ser estatal, a que dá vida, vontade e ação. Significa a impessoalidade que, nessas condições, abandona o agente a sua condição de pessoa, para ser parte de outra, em uma relação exclusivamente orgânica, em que a sua vontade como pessoa jamais pode ser ativada, a não ser para configurar exclusivamente a vontade do Estado. (...) Por essa razão, não há qualquer sentido em promover-se ação de ressarcimento de danos, em face do servidor público, eis que na qualidade de órgão, não pode ser responsabilizado em juízo, devendo a ação ser efetivamente dirigida contra a pessoa jurídica, que tenha atuado, pela ação do servidor, na qualidade de agente. De outra parte, o servidor, em sua relação funcional com o Estado, ao contrário, é pessoa, e por isso cabe a sua responsabilidade regressiva, nos casos de ação dolosa ou culposa, causadora de danos a terceiros.*²⁸³

Igualmente, podemos observar uma pluralidade de sentidos atribuídos pelos Poderes estatais ao *princípio da publicidade*, em cada um de seus respectivos âmbitos normativos, como por exemplo, em decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, onde se desenvolveu o princípio no sentido de *transparência*.²⁸⁴

Noutra oportunidade, o legislador desenvolveu o sentido desse princípio como *condição de validade e eficácia* de certas modalidades de manifestações de atos estatais. Exemplo são a publicação de editais de concurso público, ou de prévia licitação, como previsto nas Leis 8666/93 e 8429/92.²⁸⁵ Coube a ele também desenvolver o princípio atribuindo-lhe o sentido de *garantidor do devido processo administrativo*, tanto em nível constitucional,²⁸⁶ quanto da legislação ordinária.²⁸⁷

²⁸³ BEZNOS, Clóvis. A responsabilidade civil do servidor em decorrência da atividade funcional do Estado. In: BAUTISTA CELY, Martha Lucia; SILVEIRA, Raquel Dias. **Direito Disciplinar Internacional**: estudos sobre formação profissional, ação, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, *no prelo*.

²⁸⁴ **STF (MI 284-DF, RTJ 139/712)** “Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconveniente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo “perigoso fascínio do absoluto” (...), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em *praxis* governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (...) não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal (...) enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como “um modelo ideal do governo público em público.”

²⁸⁵ **Lei 8429/92, art. 11, IV** - constitui ato de improbidade administrativa “negar publicidade aos atos oficiais.”

²⁸⁶ **Art. 5º, LX, CF 1988** - "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Mas, em seu sentido mais evidente, de publicidade como *divulgação*, foi o princípio desenvolvido tanto pelo legislativo²⁸⁸ quanto pelo Judiciário.²⁸⁹

Introduzido na CF/88 pela Emenda nº 19, de 4.6.1998, o *princípio da eficiência* já era tido por parte da doutrina como integrante de nossa ordem jurídica, expressamente reconhecido em algumas normas infraconstitucionais, especialmente no âmbito do Decreto-Lei 200/67, por meio do qual a ditadura impôs uma reforma administrativa no âmbito da União.

Em diversos dispositivos,²⁹⁰ esse ato normativo desenvolveu o significado possível do princípio hoje designado por *eficiência* - conhecido pela doutrina italiana como *boa administração*.

No período posterior à positivação do princípio em nossa Constituição, quis o legislador ordinário também repetir a previsão constitucional no art. 2º da lei 9.784/99.

E o próprio texto da Constituição delimitou algumas questões e parâmetros a serem observados pelo legislador ordinário quando no exercício de suas competências em face do princípio (ou de algum dos seus sentidos possíveis) da eficiência. De um modo geral tais disposições indicam a existência de dois âmbitos distintos de aplicação desse princípio: **a)** um *âmbito externo* referente às relações estabelecidas entre Administração Pública e administrado, no plano individual ou coletivo; **b)** um *âmbito*

²⁸⁷ **Art. 2º, § único, V, Lei 9784/99** - "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;"

Art. 3º, II, Lei 9784/99 - "O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, (...) ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;"

Art. 46, Lei 9784/99 - "Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem."

²⁸⁸ **CF, art. 37, § 1º** - "A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção social de autoridades ou servidores públicos."

²⁸⁹ **TJRS (RJTRS 160/325)** "A inclusão de slogan na publicidade dos atos da administração pública, com o conteúdo subliminar que o identifica com o partido político dos governantes constitui propaganda pessoal ilícita, vedada no art. 37, § 1º, da CF."

²⁹⁰ **Decreto-Lei 200/67 - Arts. 13 e 25, V**; obediência da atividade administrativa ao controle de resultados.

Art. 25, VIII; garante o sistema de mérito como um dos critérios definidores da carreira dos agentes da Administração Pública.

Art. 26, III; supervisão ministerial das entidades da Administração indireta quanto ao critério da eficiência.

Art. 100; recomendação da demissão ou dispensa de agentes da Administração Pública que atuem de forma ineficiente ou desidiosa.

interno, referente às relações entre Administração Pública e seus agentes - agentes políticos, servidores públicos, empregados, etc.²⁹¹

Por fim, o próprio *princípio da moralidade* foi desenvolvido pela jurisprudência, pela Administração e pelo legislador em sentidos diversos. Como se sabe, inicialmente, tanto no âmbito da jurisprudência administrativa francesa (Hauriou), quanto entre nós no plano jurisdicional, aplicou-se o princípio da moralidade no sentido de *repressão ao desvio de poder ou de finalidade*.²⁹²

O princípio também já foi desenvolvido pela doutrina e jurisprudência no sentido de *boa administração*, em evidente “área de sombreado” com o princípio da eficiência. Obviamente, mais conhecido é o sentido atribuído ao princípio como regedor da *proibidade administrativa*, normativamente expresso pelo art. 5º, LXXIII, da CF/88 c/c Lei 4.717/65 (Lei da ação popular) - por meio da qual se *visa a anular ato lesivo à moralidade administrativa*.

As consequências para a violação do princípio nesta acepção foram expressamente previstas pelo *constituente originário*,²⁹³ que delimitou previamente o seu desenvolvimento pelo legislador ordinário - que nesse sentido exerceu a sua competência em diversas oportunidades.²⁹⁴ Temos ainda o desenvolvimento do princípio pelo legislador ordinário no sentido de *proteção à boa-fé dos administrados*.

²⁹¹ **Art. 37, § 3º, CF/88** - "A Lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública."

Art. 39, § 7º, CF/88 - "Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade."

²⁹² RDA 190/247

²⁹³ **CF/88, art. 37, § 4** - "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

²⁹⁴ **Lei 1079/50, art. 9º** ("lei do impeachment") - casos de destituição do cargo por lesão à probidade administrativa

Lei 8429/92, art. 11, I ("lei da improbidade administrativa") - "Improbidade é qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições" (também) "a prática de ato que vise fim proibido em lei ou regulamento, ou diverso daquele previsto na regra de competência (legalidade interpretada como desvio de poder)

Lei 9784/99, art. 2º, § único, IV ("lei do processo administrativo federal") - "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) atuação segundo padrões de probidade, decoro e boa-fé;"

Nesta direção, o núcleo do princípio da moralidade estaria na *construção de padrões de conduta administrativa* que não colidam com a boa-fé objetiva (relativamente ao administrado) e os “bons costumes” - aqui compreendidos em uma conduta que seria esperada pelos administrados em face da Administração Pública, que deve proteger a confiança legítima nela depositada.²⁹⁵

Desse modo, entendemos inexistir qualquer problema de natureza sistêmica em face da chamada *sobreposição de princípios no âmbito do art. 37 da CF/88*, decorrendo tal característica dos fundamentos estruturantes de um sistema jurídico-normativo fundamentado por princípios.

²⁹⁵ **Lei 9784/99, art. 2º, § único, IV** - "*Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) atuação segundo padrões de probidade, decoro e boa-fé.*"

5.3 - A Improbidade Administrativa Como Qualificadora Do Ato Administrativo Moral

Segundo KELE CRISTIANI DIOGO BEHENA,²⁹⁶ *moralidade administrativa e probidade administrativa* configuram, para a maioria da doutrina (com referência específica a WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR²⁹⁷) e também para a jurisprudência, conceitos distintos.

Segundo esse entendimento majoritário, o conceito de moralidade administrativa teria maior amplitude, sendo assim tratada como gênero, identificando-se na probidade, uma de suas espécies - em virtude de nela se reconhecer um conteúdo próprio e uma função instrumentalizadora da moralidade.

Tal interpretação abonaria uma expectativa de eficácia jurídica e política reservada aos princípios da Administração Pública, coibindo, em um sentido negativo, a inabilitação moral e o desvio ético da conduta do agente público.

A *função instrumentalizadora*, reconhecida no conceito de probidade administrativa (topologicamente disposto no § 4º do mesmo art. 37 que prevê a moralidade no seu *caput*), atribui ao mesmo uma natureza de subprincípio, responsável por sua garantia e realização.

Quanto à *função negativa*, puramente repressiva reconhecida a este subprincípio, decorre de sua aptidão para *qualificar a imoralidade*, agravada diante de alguma atribuição incerta na conduta ou no resultado que esta provocou.

“Anotese, pois, que o princípio da probidade, embora decorrente da moralidade, tem conteúdo distinto deste. Marcello Caetano apresenta oito, dos muitos aspectos, que advêm do dever de probidade; o primeiro deles refere-se à abstenção de utilização pessoal de qualquer bem, direito ou interesse público; o segundo trata da proibição de traficar interesse nos negócios administrativos, ainda que por interposta pessoa; o terceiro proíbe a aceitação de qualquer tipo de vantagem, ou promessa de vantagem, para praticar ou deixar de praticar qualquer ato administrativo; o quarto refere-se à proibição de exigir qualquer tipo de vantagem, para a prática ou omissão de qualquer ato administrativo; o quinto aspecto diz respeito ao repúdio de obter qualquer forma de vantagem por meio de provimentos e cargos; o sexto aspecto não admite sejam repassadas listas de donativos em repartições públicas; o sétimo dispõe acerca da impossibilidade de exercer advocacia quando do exercício de qualquer cargo público, e o último aspecto veda o aceite de qualquer homenagem ou vantagem

²⁹⁶ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 114.

²⁹⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

*de subalternos ou particulares, cujos interesses dependam do exercício de sua função.*²⁹⁸

Como se percebe, com base nesse enquadramento doutrinário, fundamentado no entendimento do grande publicista português, MARCELLO CAETANO, a improbidade se caracteriza por qualquer conduta praticada por quem atue na condição de agente público e que tenha por finalidade a obtenção de alguma vantagem ou privilégio, para si ou para outrem, bem como, a intenção de prejudicar a terceiros por ato de sua competência.

No Brasil, todavia, em face do dispositivo constitucional possuir características que o enquadram indiscutivelmente no campo do chamado *direito administrativo sancionador*, vizinho em conteúdo e teleologia do direito penal, exigiu o Constituinte originário que a figura da improbidade administrativa fosse regulamentada por meio de lei específica, enquadrando-se as condutas sancionáveis, no âmbito normativo mais próximo possível da tipificação reservada às normas penais.

Assim, a moralidade teria sua natureza jurídica qualificada como um interesse difuso (tema bastante difundido na doutrina e na jurisprudência), visto que o direito a uma administração pública honesta pertenceria a toda sociedade, de modo indivisível e indeterminado, constituindo um valor social que impõe limites aos vários “trejeitos” do *desvio de poder*. Por sua vez, a improbidade se caracterizaria com a violação dos tipos legais previstos na Lei 8.429/92, *constituindo o ato de improbidade um aspecto pessoal e funcional da moralidade administrativa*.

Tal dicção ficou patente com a interpretação e aplicação dos artigos 9º, 10º e incisos da Lei 8.429/92, ao definirem o *enriquecimento ilícito* e o *prejuízo ao erário*, respectivamente, como elementos necessários e suficientes para o enquadramento de uma determinada conduta nos rigores (especialmente agravados) da Lei.

No entanto, o legislador entendeu ser necessário introduzir também um terceiro dispositivo (art. 11º), utilizando-se da técnica legislativa comumente chamada de *cláusula aberta*, por meio do qual buscou reprimir e responsabilizar todos os que eventualmente venham a *atentar contra os princípios da administração pública*. Contudo, o enunciado normativo dotado de significativa abertura semântica, acabou por gerar fortes divergências interpretativas, provocando insegurança no âmbito jurisdicional.

²⁹⁸ BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 115.

Afinal, qualquer afronta a um princípio da administração seria hábil para caracterizar a prática de improbidade administrativa? Se parece lógico que todo ato improbo é também imoral, seria também todo ato imoral igualmente improbo?

As penas duríssimas previstas pela lei para aqueles que porventura venham a ser condenados com base em suas prescrições e, sobretudo, a natureza constrangedora de muitas medidas preventivas postas à disposição do Judiciário e do Ministério Público - indisponibilidade de bens, sequestro, etc. -, capazes de causarem, por si só, graves e irreversíveis prejuízos de natureza material e moral a todos que nessa condição venham a ser atingidos, obrigou a jurisprudência e a doutrina a melhor se posicionarem.

De fato, para parte desta, não apenas o *caput* do art. 11 da Lei foi estabelecido na forma de uma cláusula aberta, mas também o *caput* dos outros dois dispositivos (arts. 9º e 10º), que buscaram tipificar as condutas responsáveis por enriquecimento ilícito ou hábeis a causar prejuízo ao erário. No entanto, não enxergam aí problema ou irregularidade, mas mero aperfeiçoamento da técnica legislativa, de modo a propiciar uma repressão mais eficaz a condutas que atentem contra interesses da sociedade.

As cláusulas gerais consistiriam uma inovação da técnica legislativa diante do aperfeiçoamento dos modos de apropriação patrimonialista e de corrupção viabilizados e acelerados pelas novas tecnologias de informação e pelo processo de globalização. Neste sentido, seriam plenamente compatíveis com nossos postulados constitucionais voltados à defesa dos direitos fundamentais, não constituindo ofensa, em princípio, ao devido processo legal.

“A técnica legislativa adotada pela Lei 8.429/92, ao tipificar os atos de improbidade constante nos arts. 9º, 10º, 11º da Lei de Improbidade, se amolda a análise de Engisch, ou seja, são utilizadas cláusulas gerais no caput dos artigos, com a utilização de conceitos indeterminados e o método casuístico nos respectivos incisos, o que pode ser confirmado pelo emprego do advérbio notadamente, abrindo standards para outras condutas paradigmáticas. Assim, na lei 8.429/92, cada caput dos artigos mencionados traz uma cláusula geral, que busca a formulação de um conceito aplicável a uma série apriorística e propositadamente indefinida de casos. Note-se ainda, que as condutas descritas nos incisos dos artigos assumem relativa independência em relação ao caput, sendo desnecessária a valoração dos conceitos do caput para análise dos incisos, eis que presentes os requisitos necessários para sua configuração. Com efeito, no constitucionalismo contemporâneo, diante do amplo horizonte que se estende à atuação estatal e a inviável produção legislativa casuística que abranja todos os comportamentos passíveis de sanção pela ordem jurídica, passou a coexistir o padrão normativo do direito por regras com o denominado direito por princípios, adequando a norma comportamental às diuturnas modificações da sociedade. (...) Ante essa necessidade de adequação de normas que identifiquem as várias facetas da desonestidade e da imoralidade no trato

*da coisa pública, é que a Constituição elegeu os princípios magnos da administração no caput do art. 37 e nos arts. 4º e 11º da Lei de Improbidade.*²⁹⁹

Percebam que, no âmbito de uma ordem jurídico-constitucional pós-positivista, o efeito normativo buscado no plexo constitucional por meio dos *princípios* é transposto, via instrumento de técnica legislativa, para as chamadas *cláusulas gerais*,³⁰⁰ e desse modo, para o âmago da própria lei.

Esta, paulatinamente, deixa de ser enunciada de modo quase absoluto por meio de *regras*, de conteúdo pré-determinado e muitas vezes fechado (tipificação em sentido estrito), para adquirir uma *normatividade semanticamente aberta, genérica*, lastreada em *valores* impregnados de conteúdo moral, muito próxima da atribuída aos princípios no campo da jurisdição constitucional.

Não essa reflexão, BAHENA conclui que diante da cláusula aberta estabelecida no *caput* do art. 11 da lei de improbidade, dada a amplitude retórico-normativa dos valores tutelados, seria conveniente muita cautela na compreensão e aplicação da regra. Sendo assim, sua maximização poderia implicar em um sério risco para o intérprete, visto que, poderia encerrar um radicalismo exegético capaz de transformar condutas facilmente corrigíveis por meios *interna corporis* pela própria Administração, ou por outros meios judiciais disponíveis, em atos de improbidade - o que redundaria em explícita manifestação de legalismo extremado.

No enfrentamento do problema, a doutrina buscou conferir um sentido mais específico ao *caput* do art. 11, de modo a atribuir-lhe a característica do que Bahena denominou por “*norma de reserva*”, aplicável somente quando não se puder subsumir a

²⁹⁹ Op. Cit. p. 122-123.

³⁰⁰ Em nossa opinião, as *cláusulas gerais* não constituem um terceiro gênero entre *regras* e *princípios*. Sendo assim, as cláusulas gerais seriam *regras de natureza especial*, por implicarem no desenvolvimento no plano do direito subjetivo de princípios estruturantes da ordem jurídica em geral (direito objetivo), como seria o caso do *princípio da livre determinação da personalidade*, introduzido pelo Código Civil de 2002, como consectário no âmbito do direito privado do *princípio da dignidade da pessoa humana*. Podem ou não ligar-se a questão da transversalidade dos direitos fundamentais, mas o fato é que as cláusulas abertas se impregnam dos valores acolhidos pelos preceitos fundamentais estabelecidos pelo sistema constitucional. Todavia, estão predispostas para a singularidade de questões específicas, de condutas determinadas, da tutela de um específico bem jurídico. Não obstante possuam generalidade, são destituídas do grau de abstração comumente reconhecido aos princípios. Por isso, em caso de conflito ou colisão com outras normas de idêntica estrutura, tal contradição não se dará no plano da eficácia (como ocorre com os princípios), mas no plano da validade (como se dá com as regras). Portanto, eventual conflito entre cláusulas abertas será necessariamente aparente, sendo resolvido pela aplicação dos postulados normativos de aplicação da *especialidade, cronologia e hierarquia*. Não se sujeitam, portanto, a eventual *ponderação* ou *concordância prática*, de modo que a elas se aplica a regra de ouro da lógica formal consistente no *princípio do terceiro excluído*.

conduta, inequivocamente desonesta em sua teleologia, a outro tipo legal previsto nos artigos 9º e 10º - ou mesmo nos incisos do próprio art. 11º.

Desse modo, assegurar-se-ia a primazia dos valores ontológicos e éticos da Administração Pública, naquelas circunstâncias em que não se observou a ocorrência de enriquecimento ilícito e tampouco prejuízo ao erário - mas simplesmente *alguma modalidade de dano moral coletivo*. Para situações como essa é que a legislação teria previsto esse verdadeiro “*tipo de reserva*”, com o objetivo de não se deixar impune conduta que seja idônea para lesar ou ameaçar de lesão o patrimônio moral do Estado e da sociedade.

Concluindo seu raciocínio, assevera essa autora, que a Lei 8.429/92, no *caput* do art. 11, constituiu um marco no combate à corrupção - porque teria declarado guerra a qualquer forma de improbidade capaz de aviltar os valores basilares da Administração. Expressaria, portanto, a preocupação na preservação do patrimônio moral do Estado, revelando-se o principal instrumento de controle e repressão à corrupção e ao patrimonialismo —uma última trincheira na peleja contra a impunidade.

No entanto, ressalva que não basta a subsistência, em tese, de qualquer imoralidade, para que o ato administrativo seja impugnado pela via da ação de improbidade. Para que tal ocorra, é preciso: *a)* que o ato seja praticado dolosamente; *b)* que contrarie os subprincípios da honestidade, lealdade, boa-fé, etc.; *c)* que gere perigo concreto de dano ao patrimônio público, aferindo-se junto ao potencial ofensivo da conduta incriminada, o princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções.

Essas considerações nos parecem muito importantes em uma perspectiva jurídico-constitucional garantista, visto que muitas vezes, os órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário, sobretudo, na 1ª instância, não procedem com o devido cuidado ao propor e receber ações de improbidade. Não são raras as situações em que o Ministério Público oferece denúncias genéricas, perante fatos efetivamente ocorridos, mas, cuja autoria e grau específico de responsabilidade individual não foram reconhecidos e objetivamente apontados na peça inicial. Utilizam-se do processo como um mecanismo de antecipação de culpa e imposição de penas, visto que, ao final, ainda que não se imponha condenação alguma, as medidas de natureza patrimonial, e o constrangimento moral injustamente imposto, dificilmente se reverterá. Muitas vezes, funcionários de 2º e 3º escalão são arrolados em uma denúncia sem que tenham tido nenhuma competência decisória ou de supervisão. Muitas vezes, a denúncia nem sequer imputa qualquer conduta específica ao indiciado, em verdadeira atribuição de

responsabilidade objetiva - não prevista pela lei de improbidade, visto *tratar-se o ato de improbidade um aspecto pessoal e funcional da moralidade administrativa*.

Todavia, se as ações de improbidade muitas vezes constituem um pesadelo dantesco para os funcionários públicos de baixo escalão, para a “*raia-miúda*”, dele têm escapado os chefes, os líderes políticos, os bastiões do estamento em sua sanha patrimonialista implacável. Os próceres do nepotismo, por exemplo.

Estamos convictos de que o § 4º do art. 37 da CF/88, qualificativo do ato de imoralidade, aplica-se necessariamente a qualquer conduta caracterizada como apropriação patrimonial de recursos públicos - sendo especialmente requerida nos casos de nepotismo. Tal interpretação fica ainda mais evidente se esclarecermos a amplitude constitucional do princípio da moralidade, para além da previsão específica da moralidade administrativa incerta no *caput* do art. 37, e analisarmos a moralidade constitucional no contexto daquilo que HAMILTON RANGEL JUNIOR³⁰¹ denominou entre nós por princípio da moralidade institucional.

Abordaremos o alcance e o conteúdo do conceito de moralidade institucional no próximo tópico, em uma apreciação atenta e detalhada no pensamento de Rangel Junior. No entanto, adiantaremos nesse momento sua argumentação com relação à função qualificadora da imoralidade administrativa, desempenhada pelo § 4º do art. 37.

Na opinião do autor,³⁰² o conceito de *moralidade administrativa* decorreria do conceito de *moralidade institucional*. Esta última possui como objetivo fundamental - como explicaremos adiante - garantir a convivência harmônica, portanto, a *não-arbitrariedade* nas relações reciprocamente estabelecidas entre o âmbito individual, o privado (*associações*) e o público/estatal.

No caso específico da improbidade administrativa, busca-se evitar uma ação arbitrária (e especialmente qualificada do ponto de vista jurídico-político) empreendida pelo âmbito individual e/ou privado sobre o público/estatal. Desse modo, a Constituição de 1988, ao cuidar da Administração Pública, impôs a moralidade, porém, especificou sanções para o caso de improbidade, deixando implícito, segundo Rangel Junior, que a nulidade dos atos desobedientes àquela (*moralidade*) não excluiria a reparabilidade dos bens e a responsabilização específica dos agentes cuja conduta lesou, de modo objetivo ou simbólico, o interesse público (*improbidade*).

³⁰¹ RANGEL JUNIOR. Hamilton. **Princípio da moralidade institucional** : conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

³⁰² Op. Cit. p. 95.

Em linha de argumentação, RANGEL JUNIOR afirma que o próprio texto da CF/88, ao tratar de moralidade e de probidade, pela sua disposição, admite esta última como modalidade daquela, com a ressalva da sancionalidade específica para os casos de improbidade, nas situações em que a autonomia privada ou individual constrangerem a esfera da subsidiariedade estatal.

Dessa forma, seria a probidade instituto constitucional da moralidade institucional, a qual se deu contornos próprios, no que diz respeito à sanção correspondente à subsunção em sua hipótese normativa - esta, relativa às arbitrariedades contra a subsidiariedade estatal.

“Sabendo-se que, na boa técnica legislativa, os parágrafos representam ressalvas ao que se haja disposto no caput e incisos, somente podemos concluir que a improbidade está situada como ressalva relativa àquilo que, no caput desse artigo, há de mais próximo de si – a ideia genérica de imoralidade -; uma ressalva para destacar que, apesar de esta, como forma de inconstitucionalidade, resultar na nulificação do ato administrativo imoral, aquela, ao cuidar das lesões institucionalmente imorais ao Estado, ultrapassa os limites da sanção invalidante, para alcançar a efetiva reparação dos danos por ele causados, bem como o justo prejuízo do agente lesivo.”³⁰³

Sendo assim, aduz-se que o agente do Estado, individualmente, ou a entidade privada (associações de qualquer natureza, empresa privada, sindicato, terceiro setor, etc.), que se locupletarem do patrimônio público ou a ele causarem prejuízo moral, estarão tornando suas autonomias arbitrárias em relação à subsidiariedade estatal, por estar patrimônio afeto à esfera de atuação do Estado - dada a insuficiência das coletividades privadas e do indivíduo para gerir esse plexo de interesses.

Esse constrangimento promovido pela subjetividade do interesse do agente público, ou da autonomia privada coletiva, ambos sobre a objetividade da esfera pública representada pela defesa do erário afeto ao Estado, constituiria um modo expresso de imoralidade institucional.

E no que respeita à relação entre moralidade administrativa e probidade, contamos RANGEL JUNIOR que essa última procura punir, apenas, a imoralidade institucional-administrativa lesiva à subsidiariedade estatal. Por outro lado, a moralidade administrativa tem por objetivo impedir ou reparar qualquer forma de lesão praticada no exercício da subsidiariedade estatal diante das autonomias individual e privada coletiva.

³⁰³ Op. Cit. p. 97.

Ações patrimonialistas em geral, e referentes ao nepotismo especificamente, são não apenas imorais diante do grau de normatividade de dispositivos constitucionais e legais que a elas, expressa ou implicitamente, se opõe. Mas também por violar a *moralidade institucional*, se apresenta genericamente hábil a gerar, como adiante discutiremos, inúmeras possibilidades de enriquecimento ilícito, de lesão ao erário e de violação substancial de diversos princípios da administração - além, obviamente, de modo qualificado, ao próprio princípio da moralidade administrativa.

Por isso, advogamos aqui o enquadramento de todas as modalidades de ação patrimonial, especialmente as afetas ao nepotismo, como ato de improbidade administrativa, a requerer, do Ministério Público e do Poder Judiciário, medidas adequadas a impedir-se e reprimir-se tais condutas, que aviltam de modo tão debochado inúmeras disposições de nossa ordem jurídica e prolongam o atraso institucional de nosso sistema político, de nossa sociedade civil, bem como das relações entre ambos e os sujeitos individualmente considerados. Até porque, o plexo punitivo estabelecido pela Lei 8.429/92 mostra-se especialmente adequado, por seu rigor, a extirpar de nosso convívio esse verdadeiro câncer antirrepublicano.

A seguir, desenvolveremos mais detalhadamente a concepção de moralidade institucional de HAMILTON RANGEL JUNIOR, que julgamos esclarecedora e oportuna para a fundamentação de alguns dos postulados fixados no trabalho.

5.4 - Da Moralidade Administrativa à Moralidade Institucional

Em sua tese de doutoramento, posteriormente publicada,³⁰⁴ HAMILTON RANGEL JUNIOR elaborou uma das mais instigantes reflexões sobre o princípio constitucional da moralidade. Ampliou significativamente o alcance e o conteúdo jurídico-normativo desse princípio, indo além de uma de suas formas de manifestação expressa na Constituição - moralidade administrativa -, demonstrando que esta se constitui, de fato, em mera espécie de um gênero normativo que a compreende e a transcende: a *moralidade institucional*.

Em sua perspectiva mais geral, seu trabalho *buscou efetuar uma reflexão ética sobre o direito para daí extrair o conceito de moralidade*, cuja consequência normativa mais importante consistiria em afastar a prevalência da arbitrariedade no plano *individual, coletivo e público*, regulando o trânsito e a articulação entre as esferas ou universos da *subjetividade individual* e da *objetividade da vida em sociedade*.

Nesse ponto, sua argumentação requer, como afirma, por uma necessidade mais terminológica que doutrinária, a distinção entre a acepção atribuída ao conceito de “*moralidade*” e outras duas noções que, apesar de correlatas a esse conceito, com ele não se confundiriam: *ética* e *moral*. Assim, o autor diz que os três conceitos delimitam instâncias relacionadas com a *busca de um bem-estar em sociedade*. E, sobretudo, parecem encontrar o seu ponto em comum na ideia de harmonia entre subjetividade (individual) e objetividade (público/coletiva), de modo que, não se tornem arbitrárias uma em relação às outras.

Tal interpretação, na qual a vida em sociedade é dividida em dois universos ou esferas (subjetivo/objetivo) e três instâncias ou planos (individual/coletivo/público-estatal) tem fundamento em Hegel.³⁰⁵

Ao primeiro plano ou universo (subjetividade) corresponderiam todos os comportamentos individuais, quando voltados às peculiaridades internas dos próprios sujeitos, *suas preferências, gostos, tendências e demais idiosincrasias*. Com relação à *objetividade*, corresponderiam a esta todos os comportamentos dos indivíduos, quando voltados para as convenções sociais (coletivas ou públicas), externas ao sujeito. Ou seja,

³⁰⁴ RANGEL JUNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional** : conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

³⁰⁵ Cf. referência apostada pelo autor. HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 28-29.

todos os padrões que norteariam não as peculiaridades de cada indivíduo, mas o contato (intersubjetividade) entre eles.

A partir desse ponto deduz que um pressuposto possível (de natureza universal) para o bem-estar na convivência em sociedade, residiria na possibilidade de se impedir que o indivíduo confunda, ou sobreponha, os dois planos de intervenção comportamental. Ou seja, não seria lícito tornar a subjetividade arbitrária, constrangedora, em relação a alguma instância da vida comunitária. De igual modo, o plano coletivo, que estrutura as duas instâncias, nas quais se desenvolve o universo da objetividade da conduta humana, não poderiam tornar-se arbitrários, constrangedores diante da subjetividade individual.

Desse modo, o bem-estar derivaria da autenticidade com que o âmbito subjetivo e objetivo da vida em sociedade possam harmoniosamente.

*“Evidentemente, ao que parece, as reflexões filosóficas já abandonaram a ambição de estabelecer uma fronteira nítida entre os dois setores da vida em sociedade – o subjetivo e o objetivo -, dado que são esferas que se tocam e se confundem, dado que, por exemplo, é a própria coletividade que, em determinado contexto, cuida de determinar o que é conteúdo da intimidade dos indivíduos (vejam-se as culturas que prestigiam a virgindade das mulheres nubentes como um valor **objetivo**, a ponto de cerimoniais se criarem, em torno do festejado sangramento da noite de núpcias; algo inconcebível em comunidades outras que, por entenderem a sexualidade como manifestação exclusiva da individualidade, e, portanto, **subjetiva**, até mesmo criminalizam qualquer perquirição a esse respeito). Tal comunicabilidade de conteúdos exige que entendamos por **subjetividade** o universo comportamental definido pela comunidade como zona de suficiência do arbítrio do indivíduo; e **objetividade** como a esfera de comportamento socialmente estabelecida como de insuficiência arbitral do indivíduo e subordinada aos critérios da coletividade. Dessa forma, apesar de mudarem de conteúdo conforme a sociedade observada, o **subjetivo** e o **objetivo** mantêm seus respectivos conceitos.”³⁰⁶*

RANGEL JUNIOR conclui que toda a análise que se faça da relação entre o universo objetivo e o subjetivo da vida em sociedade, ao se dedicar à *cognição* do que é ou não subjetivo ou objetivo, terá necessariamente conteúdo *ético*. Por outro lado, se limitar-se a buscar compreender a *regulação consuetudinária* do contato entre esses dois âmbitos de ação, terá conteúdo *moral* em seu aspecto substancial. Por fim, caso a análise se mantenha restrita ao campo da *instrumentalização* desse convívio, estar-se-á no âmbito da *moralidade*.

³⁰⁶ RANGEL JUNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional** : conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 6.

Desse modo, a ética (cognição), a moral (regulação consuetudinária), e a moralidade (instrumentalização) estariam irmanadas no objetivo de se conseguir fazer com que a subjetividade do comportamento humano seja limitada ao âmbito da individualidade. Bem como, que a objetividade referida a essa mesma conduta fique adstrita à instância coletiva e pública. Ou seja, procuram fazer com que não sejam arbitrarias, uma com a outra, visando o bem-estar na convivência social.

Conceitua *arbitrariedade* como qualquer modalidade de bloqueio à plena manifestação dos *princípios da subsidiariedade*, da *autonomia da vontade privada* (direito de se associar em qualquer plano) e da *autonomia individual* - princípios que poderíamos considerar como *valores estruturantes do regime jurídico moderno no ocidente*.

Assim, a *noção de não-arbitrariedade* permaneceria como um traço em comum à ética, à moral e à moralidade, em qualquer sistema filosófico-axiológico que se considere (universalidade). Mudar-se-ia em sua concepção apenas a eficácia, ou, melhor, o critério de sua eficácia. Assim teríamos, como exemplo, a não-arbitrariedade que respeita o prazer, a não arbitrariedade que respeita a responsabilidade, a não-arbitrariedade que respeita a alteridade, como adequada aos sistemas morais que adotem tais valores como *elementos estruturantes do seu núcleo integrador*.

Desse modo, a existência de diversos sistemas éticos em nada prejudicaria a conceituação que articula as noções de ética, moral e moralidade em torno da ideia de não-arbitrariedade entre o universo objetivo e o subjetivo. Para Rangel Junior,³⁰⁷ o essencial é que seja transparente a definição do sistema pelo qual se opta. Ou seja, impõe-se evitar a arbitrariedade da falta de transparência sobre o sistema ético escolhido para cada contexto. Tal seleção ficará a cargo do direito positivo.

Portanto, o fiador de tal convivência entre ética, moral e moralidade nas sociedades modernas, será o direito - especialmente o direito constitucional, fortemente impregnado de valoração ética e exalando parâmetros de normatividade de forte conteúdo moralizante.

É por isso que o autor afirma que não devemos confundir o direito com a ética ou a moral, mas, *promover uma reflexão ético-moral sobre o direito*. Com isso se bloquearia a possibilidade de se identificar regras jurídicas com determinada moral. Ao mesmo tempo em que se viabiliza a identificação de instrumentos jurídico-normativos

³⁰⁷ Op. Cit. p. 28.

aptos para garantir a convivência harmoniosa entre sistemas ético-morais diversos - diante dos princípios do *pluralismo* e da *tolerância*. Tal interpretação se compatibiliza, em nosso entendimento, com a *tese da vinculação fraca entre o direito e a moral*, apresentada por ALEXY e aqui adotada.

Desse modo, relacionar moralidade e direito seria apontar, dentre seus princípios, normas e institutos, os mecanismos que essa ciência oferece para evitar a arbitrariedade, o constrangimento entre as esferas subjetiva e objetiva.

Em nota de rodapé, o autor,³⁰⁸ afirma que a moralidade social acaba por se pulverizar entre diferentes sistemas éticos, cada qual definindo, conforme circunstâncias culturais, o que é objetivo e o que é subjetivo, antes de se criarem mecanismos aptos para defender a não-arbitrariedade entre esses dois universos.

Todavia, a moralidade jurídica não sofreria tal oscilação entre sistemas, visto que a distinção objetivo/subjetivo seria promovida pelo próprio ordenamento, cujo sistema, em sua ontologia, já exigiria o estabelecimento (positivação) do que é interesse individual e o que é interesse coletivo - e neste último, o que é coletivo privado e o que se considera coletivo público.

Tudo isso, em nome da *paz social*, que requer a convivência de diversos sistemas éticos, o que, em si, já evitaria a arbitrariedade de um eventual interesse subjetivo do legislador em favor desta ou daquela moral - contra o interesse objetivo da coletividade no sentido de que a inevitável diversidade ética conviva pacificamente.

Chega-se então a um ponto muito interessante da análise, quando afirma-se que a *moralidade* no direito consistiria na *sancionabilidade* que os princípios, normas e institutos jurídicos indicam para limitarem a subjetividade (individual) e a objetividade (coletiva), de modo que não sejam arbitrárias uma em face da outra. *Sancionabilidade* porque, no direito, toda limitação se traduz na possibilidade de imposição de sanções - o que tornaria determinadas condutas concretamente obrigatórias.

Por isso o autor insurge-se contra toda corrente doutrinária que apregoa a necessidade de se preencher o conteúdo dos princípios e conceitos jurídicos abertos e/ou indeterminados por meio de um processo de interpretação e aplicação do direito diante do caso concreto *levando-se em consideração a moral vigente em dado tempo e lugar*.

“É muito mais factível para o sistema jurídico definir as fronteiras entre o que é individual e o que é coletivo do que precisar a linha ética de toda uma complexa

³⁰⁸ Op. Cit. p. 27.

*sociedade – uma ambição que, se for sustentada pelo legislador, será, por óbvio, arbitrária. Nossa discordância com tal doutrina vem no sentido de evitar que, em nome de determinada moral, este ou aquele agente venha reprimir outras.*³⁰⁹

Daí porque concluir-se que um conceito de moralidade jurídica aplicável deve ser compatível com os *fins* (bem-estar) *de qualquer regra moral*, visto que, todas elas procuram garantir uma convivência não-arbitrária entre o universo subjetivo (individual) e o objetivo (coletivo e público).

Ao discorrer sobre os princípios,³¹⁰ percebe-se que o autor não incorporou necessariamente uma compreensão pós-positivista sobre a teoria da norma jurídica, vez que sequer os distingue das regras, como espécie do gênero norma jurídica - mas mantém-se ainda no âmbito da distinção princípio/norma. Todavia, argumenta sobre a utilidade dos *princípios* para, diante de sua generalidade, resgatar a *norma* do risco de autorizar a imoralidade jurídica - ainda que sob a aparência de respeito à lei.

Segundo o autor, é nesse campo que se coloca, por exemplo, o princípio da boa-fé. Este, ao prestigiar a honestidade, ainda que não explícita na norma jurídica, revela que o direito deposita nele o ônus de preservar a sua moralidade.

Poderíamos ver na *honestidade* uma forma de a subjetividade (individual) não se tornar arbitrária, obtendo vantagens indevidas sobre a objetividade (coletiva), de não se lesar outrem - daí porque se conclui que a honestidade é uma manifestação da moralidade. Nesse sentido, a boa-fé, como presunção jurídica relativa, revela uma preocupação do direito em evitar-se que a subjetividade e a objetividade sejam, entre si, arbitrárias. Seria a boa-fé manifestação da moralidade no direito, tanto no seu conteúdo quanto no fato de ser tida como presunção relativa.

Todavia, a preocupação do direito em impedir o desenvolvimento arbitrário entre o universo subjetivo e o objetivo, se dá de modo especial, no interior daquilo que se poderia denominar por *instituições* - daí a preocupação em se buscar a explicitação constitucional de um princípio da moralidade institucional.

O autor *conceitua por instituição* todo enunciado jurídico genérico e abstrato que, sob uma dada estrutura organizacional (cidadania, família, empresa, sindicato, partido político, parlamento, administração pública, etc.), legitima-se a desempenhar determinadas funções na ordem social e política. Possuiriam três elementos definidores:

³⁰⁹ Op. Cit. p. 29.

³¹⁰ Op. Cit. p. 51.

a) estrutura; *b)* legitimação; *c)* função - todos tutelados pela Constituição, como substrato da eficácia de um determinado Estado. Daí porque, segundo Rangel Junior,³¹¹ falar-se em instituição implica em remissão à Constituição.

Em face disso, dadas às noções de moralidade jurídica (princípio) e instituições, poderíamos conciliar seus respectivos conceitos do seguinte modo: *moralidade institucional* se define pelo conjunto de mecanismos que a Constituição oferece para evitar que a subjetividade (individual) e a objetividade (coletiva) sejam arbitrárias uma perante a outra, no âmbito das coletividades organizacionalmente estruturadas para o desempenho legítimo de determinadas funções na ordem social e política.

O autor, ao buscar comprovar a natureza principiológica da moralidade institucional, procura justificá-la não por sua generalidade ou seu caráter suplementar perante hipotéticas insuficiências normativas verificáveis no interior do sistema - *função integrativa*. Quer ele demonstrar que a moralidade institucional se constitui em um princípio por meio de um procedimento, lógico-indutivo, aplicado ao texto da CF/88.

Em sua opinião, nosso sistema constitucional alberga claramente a tutela do imperativo da não-arbitrariedade entre as esferas subjetivas e objetiva, nos planos individual, coletivo privado (associativo) e coletivo público. E o faz, assim como a quase totalidade dos sistemas jurídicos ocidentais, pelo acolhimento tácito no seu texto de três outros princípios estruturantes, com forte conteúdo legitimador de todo o sistema: os *princípios da subsidiariedade estatal*, da *autonomia da vontade privada* (direito de se associar em qualquer plano) e da *autonomia individual*.

Neste aspecto, não poderíamos deixar de concordar com RANGEL JUNIOR, visto que, desde os primórdios do pensamento liberal, de sua formulação teórica mais abrangente como a exposta na obra de JOHN LOCKE,³¹² a criação de um *Estado de Direito* objetiva, exatamente, garantir ao indivíduo, em face do Estado e das associações - duas esferas que nos primórdios da modernidade ocidental se mostravam claramente arbitrárias em relação a este, em razão das manifestações do Estado absolutista e das corporações de ofício -, uma faixa de autonomia, livre da ingerência.

Neste sentido, o reconhecimento constitucional dos três princípios acima estabelece que a intervenção estatal diante da autonomia privada coletiva e individual só poderá se manifestar de modo legítimo, se amparada na premissa da *subsidiariedade*. Ou

³¹¹ Op. Cit. p. 57.

³¹² LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991, p. 265-266. Coleção Os Pensadores

seja, no âmbito das relações estabelecidas entre a subsidiariedade estatal e autonomias privadas (individual e coletiva), o Estado só poderá atuar legitimamente caso haja insuficiência do indivíduo e das associações.

O indivíduo, protegido pela ordem jurídico-constitucional das intervenções indevidas das associações e do Estado, não poderá, por sua vez, agir de modo arbitrário, usurpando, em razão de seus interesses privados, os bens comuns a uma dada coletividade ou ao Estado em seu conjunto.

Também as associações, protegidas da intervenção indevida do Estado e dos interesses pessoais dos indivíduos que a compõe, não podem atuar de modo arbitrário em relação aos seus membros ou desenvolver práticas patrimonialistas em relação ao Estado.

“Somando-se ao Princípio da Autonomia Individual o que vimos sobre subsidiariedade estatal e autonomia da vontade privada, teremos que a coletividade estatal maior atua, na estrita insuficiência de sua subsequente menor, que somente se manifesta na insuficiência da ainda menor, a qual só atua tenham as coletividades privadas, em seu equilíbrio associativo, se revelado insuficientes, estas, por sua vez, somente exercendo aquilo para o que a insuficiência do indivíduo for inequívoca, dentro de seu legítimo âmbito de atuação. (...) Tal processo indutivo perfaz, com exatidão, o conceito de moralidade institucional que vimos desenvolvendo, permitindo, inclusive, que o resumamos como a dialética da não-arbitrariedade entre subsidiariedade estatal, autonomia privada e autonomia individual. Refuta-se, então, com maior veemência, toda tentativa de confundir-se moralidade institucional com noções subjetivistas como bons costumes e que tais. (...) Devem os mencionados dispositivos ser interpretados como fazendo menção, não aos padrões dessa ou daquela moral (cristã, célica, hedonista, ou que tais), mas à moralidade institucional.”³¹³

O constituinte de 1988 instituiu os princípios da autonomia privada individual e coletiva, bem como, o da subsidiariedade estatal. Daí porque, ser possível a revelação do princípio da moralidade institucional por meio de um procedimento lógico de indução.

A subsidiariedade estatal pode ser revelada nos mesmos dispositivos da CF/88 nos quais o constituinte consignou a autonomia privada e coletiva. Assim, a trincheira jurídico-constitucional estabelecida para a defesa do indivíduo diante de uma possível arbitrariedade contra ele praticada pelo Estado-Administração, pelas associações e, até mesmo, por outros indivíduos, encontra-se prevista de modo extenso pelos incisos IV à XIV do art. 5º da CF/88. Em seu conjunto, podemos identificar o seu núcleo duro em

³¹³ RANGEL JUNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional** : conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 88-89.

torno do inciso X - *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

De igual modo, os dispositivos previstos nos incisos XVI à XXI estabelecem os parâmetros tutelares da autonomia privada coletiva diante da subsidiariedade estatal e dos interesses pessoais dos sujeitos associados.

Nessa perspectiva, merece destaque o inciso XVIII, impositivo da subsidiariedade estatal em face de sua autonomia privada - *a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.*

E o inciso XX, garante a não-arbitrariedade das associações em relação aos indivíduos que a compõe - *ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.*

Essas previsões genéricas estabelecidas para as associações em geral, foi repetida de modo específico - ainda que um tanto redundante - para os sindicatos, nos incisos I³¹⁴ e V³¹⁵ do art. 8º.

Quanto aos limites impostos a não-arbitrariedade praticada pelos indivíduos (inclusive servidores e agentes políticos) ou pelas associações em face do Estado-Administração, estabeleceu o constituinte os seus contornos normativos em torno, especialmente, do *caput* do art. 37 e do seu § 4º - conforme adiantamos alguns aspectos anteriormente.

RANGEL JUNIOR ressalva que nos regimes constitucionais anteriores, o que se depreendia da dogmática então vigente, era a natureza implícita da tutela da moralidade institucional, de modo que, a própria moralidade administrativa, concebida como manifestação localizada da moralidade institucional - não obstante representativa do seu conteúdo - só veio a ser consignada no texto da CF/88.

De igual modo, encontrava-se totalmente ausente das Constituições, não obstante a sua indispensabilidade para a implementação jurídico-constitucional satisfatória da *moralidade institucional*, do princípio da autonomia individual, nos termos estabelecidos pelo texto da CF/88 em seu inciso X - convertendo a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, em liberdades públicas tuteladas de modo expresse.

³¹⁴ *A lei não poderá exigir a autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.*

³¹⁵ *Ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.*

*“Registre-se que, a novidade do atual regime está em dar contornos claros aos princípios da subsidiariedade estatal e autonomia privada, bem como explicitar o conteúdo do princípio da autonomia individual. Isso quer dizer que somente no texto de 1988 a moralidade institucional recebe o tratamento adequado e completo.”*³¹⁶

Ou seja, do modo como estava disposto, nos regimes constitucionais anteriores, arbitrariedades, tanto privadas quanto estatais, contra o indivíduo em suas peculiaridades (preferências, gostos, tendências, etc.), que não fossem abrangidas pelos direitos de consciência, crença, propriedade e segurança, expunham-se ao risco de serem praticadas sem a devida predisposição tutelar definida no âmbito normativo (moralidade institucional) para a defesa desses direitos individuais fundamentais.

É nesse sentido que ressaltamos que RANGEL JUNIOR não investiga o tema específico da moralidade administrativa, mas a moralidade no âmbito geral das instituições brasileiras.

Desse modo, no campo da Administração Pública, o princípio da moralidade institucional, ao qual se reconhece a natureza de *cláusula pétrea* na CF/88, obriga a que se dissocie, no maior grau possível, a vontade pessoal do agente governamental dos procedimentos administrativos, tornando-os mais objetivos e transparentes - com o que se acredita ser possível minimizar o potencial de corrupção e de apropriação patrimonial do Estado, fatos geralmente favorecidos em face do gigantismo burocrático do Estado.

No entanto, parece oportuno frisar que, para o autor, *a moralidade institucional* não se resumiria a fórmulas procedimentais ou ritualísticas, limitando por seus preceitos da natureza substancial (*não-arbitrariedade*), a atuação de todos os que expressam a vontade de qualquer dos Poderes Estatais, visto que, os *institutos* da *probidade administrativa*, do *decoro parlamentar*, e da *imparcialidade dos magistrados*, sem excluir outros institutos de igual relevância, se constituiriam como expressão concreta desse princípio.

Reconhece ainda que, de um modo geral, a doutrina e a jurisprudência costumam atribuir uma característica comum ao princípio da moralidade no que diz respeito à sua aplicabilidade e controle: *a imprecisão* - capaz de ensejar insegurança jurídica. E de fato, admite que se restringirmos o conteúdo jurídico-normativo do princípio da moralidade às noções ou conceitos jurídicos indeterminados como os de *virtuosidade* e *honradez*, atribuíveis a este ou aquele servidor ou agente público, não obstante sejam tais conceitos

³¹⁶ Op. Cit. p. 94.

correlatos à ideia de moralidade jurídica, o grau de abstração inerente a eles é tamanho, que acaba por tornar ainda mais impreciso o conteúdo jurídico-normativo reconhecível ao princípio da moralidade. Sobretudo, se considerarmos que *virtude* e *honra*, por exemplo, nos diversos sistemas éticos reconhecidos em nossa sociedade, poderão receber sentido e atributos muito diversos.

Desse modo, reconhecemos como originalidade de sua abordagem, a perspectiva segundo a qual, do ponto de vista das instituições, a moralidade não poderia ser aferida com base em conceitos jurídicos indeterminados - como no caso de expressões do tipo “bons costumes” ou “valores da família”.

Por isso recorreu-se à terminologia filosófica e a alguns elementos da teoria geral do direito com sua projeção na dogmática constitucional vigente, tornando evidente que a incorporação de elementos oriundos da moralidade ao direito, por meio de instituições consignadas na CF/88, nada teriam que ver com a prevalência desse ou daquele sistema ético, com essa ou aquela subjetividade especificamente interpretada da ordem jurídica em vigor.

Nesses termos, o alcance do princípio da moralidade em nosso sistema constitucional, além de ultrapassar o plano das instituições afetas à Administração Pública, atingiria também as entidades privadas e os sujeitos individualmente considerados.

Assim, o atual regime constitucional, se não foi capaz de atribuir *precisão* ao princípio da moralidade, ao menos teria a ele proporcionado *maior razoabilidade prática* - suficiente para a sua aplicação no âmbito da dogmática jurídica vigente.

Assume tratar-se de uma revisão do que até então se entendia por princípio da moralidade, transitando-se agora, para o âmbito mais geral do Direito Constitucional - o qual, não obstante constituir em fundamento de validade de toda a *enciclopédia jurídica* apresentaria fronteiras científicas caracterizadoras da sua autonomia como disciplina.

Na perspectiva do autor – que estamos de acordo - tal aproximação entre a dogmática administrativista tradicional e a nova dogmática do direito constitucional, apresentaria a vantagem de uma coercibilidade mais eficaz, além de permitir o seu controle de modo mais efetivo, tanto repressiva, quanto preventivamente.

Isso seria importante para que o tema da moralidade deixasse de frequentar o que se denominou por *zona cinzenta do direito* - e passasse a ser compreendido e realizado como fato técnico. Desse modo se afastaria a moralidade dos mitos que a acompanham

há tanto tempo, referentes a uma suposta e excessiva abstratividade, complexidade e restrição do seu campo de aplicação à esfera público-administrativa.

Acreditamos que no âmbito da moralidade institucional, encontramos todos os elementos de ordem conceitual e normativa necessários para o controle e repressão eficaz a todas as modalidades de práticas patrimonialistas ainda presentes no bojo da Administração estatal brasileira - e de modo especial, o nepotismo. Por meio dela, a apropriação privada de bens e interesses públicos, seja por pessoas individualmente consideradas, seja por qualquer modalidade de associação privada, tem a sua natureza de ilicitude imediatamente reconhecida, dispondo os órgãos de controle administrativo e jurisdicional dos elementos sancionatórios necessários (declaração de nulidade do ato, punição administrativo-sancionadora, imputação de prática de improbidade administrativa, etc.) para a sua repressão e a devida responsabilização de todos aqueles eventualmente nela implicados.

CAPÍTULO 06 - O NEPOTISMO EM FACE DA NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Neste último capítulo, pretendemos analisar a vedação e o âmbito de repressão às práticas consideradas expressão de nepotismo por nossa atual jurisdição constitucional.

A reflexão, delimitação conceitual e os parâmetros de identificação dessas práticas dar-se-ão em um campo de produção de normatividade e de intervenção jurisdicional reconhecido ao Supremo Tribunal Federal pela CF/88 em uma dimensão até então ausente em nossa tradição jurídica.

Não obstante o controle difuso de constitucionalidade esteja aqui estabelecido desde a primeira Constituição republicana (1891), e o mecanismo do controle concentrado tenha sido instituído por Emenda, desde 1965, o fato é que, seja pelo universo de legitimados para provocá-la, seja pelo conteúdo dos atos normativos passíveis de impugnação, ou mesmo pelo alcance jurídico-normativo das medidas e instrumentos disponibilizados para o controle, uma jurisdição constitucional dotada de ampla efetividade e significativa eficácia só se desenvolveu com a Constituição Federal de 1988.

Elaborada sobre um texto analítico, de amplo espectro axiológico, a CF/88 possui um perfil marcadamente pós-positivista. Nela se percebe claramente, pela disposição topológica, conteúdo e alcance dos dispositivos, que se buscou consagrar a fórmula tornada clássica por CANOTILHO, na qual a Constituição institui um *sistema normativo, aberto, de regras e princípios*.³¹⁷

E não obstante tenha sido elaborada com a preocupação expressa de se dar amplas garantias quanto à eficácia e aplicabilidade de suas normas, com instrumentos jurídico-processuais de largo alcance, como o *mandado de injunção* e a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, o que sobressai com nitidez do universo jurídico estabelecido, é a *vinculação* estruturada por um complexo mecanismo de atribuição de competências pelo qual, todos os Poderes estatais (em graus variados, caracterizados por um recíproco contingenciamento), estão convocados a *desenvolver plenamente a normatividade constitucional* – sobretudo pelas normas de natureza principiológica.

É nesse contexto que pretendemos demonstrar como a vedação ao nepotismo sobressai como verdadeiro mandamento constitucional, expressão do princípio

³¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1146.

republicano, que não tolera qualquer modalidade de apropriação patrimonial do Estado, e da moralidade administrativa, nos desenvolvidos anteriormente.

Também procuraremos apontar, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como esse mandamento constitucional se compatibiliza com outros princípios estruturantes do Estado brasileiro (*Estado Democrático e Social de Direito*), como o *princípio da separação dos poderes* e o *princípio federativo* - cuja violação é comumente apontada pelos críticos diante de quaisquer iniciativas legais e jurisdicionais empreendidas, com o objetivo de se remover esse quisto ainda presente em nosso sistema político-social.

Ainda nessa seara, demonstraremos o modo pelo qual o STF entendeu ser desnecessária a existência de legislação específica para se estabelecer a vedação e a obrigatoriedade de repressão a práticas de nepotismo. Tal desnecessidade decorre da vinculação direta do Poder Público à normatividade constitucional.

Sendo assim, não obstante o Legislativo possua uma prerrogativa primacial para desenvolver a normatividade constitucional através da lei, os demais Poderes estatais também poderão (de fato, *deverão*) fazê-lo, por intermédio de ato administrativo (Executivo) ou sentença (Judiciário).

É claro que tal intervenção *concretizadora* dos demais Poderes deverá se dar dentro do âmbito normativo fixado pelo legislador ordinário (competência regulamentar e de interpretação/aplicação), ou, no caso de inércia ou regulamentação parcial, dentro dos parâmetros fixados diretamente pela Constituição, por suas regras e princípios.

Também buscaremos demonstrar o modo pelo qual, no juízo de alguns Ministros do Supremo, os princípios fixados pelo *caput* do art. 37 da CF/88, cujo campo recíproco de *sombreamento* já foi abordado anteriormente, sob o título de *redundância semântica* ou *sobreposição normativa*, constituem-se como parâmetro de controle ou de determinação do *bloco de constitucionalidade*, de acordo com o conceito (CANOTILHO³¹⁸) de *parametricidade*.

Também é nossa intenção avaliar se de algum modo a vedação à prática de nepotismo pode vir a lesar direitos fundamentais individuais, instituindo, às avessas, uma afronta ao princípio da isonomia, pelo qual alguém poderia ser prejudicado simplesmente por ser parente de alguma autoridade administrativa. Ainda nesse contexto, questão relevante diz respeito à possibilidade de extensão da vedação à

³¹⁸ Op. Cit. p. 909-910.

nomeação de parentes para cargos em comissão ser estendida aos que fazem parte dos quadros funcionais da Administração, nela admitidos por concurso público, bem como, a possibilidade jurídica de se nomear parentes para os chamados *cargos de Poder* - como se dá com os Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais.

Em seguida, buscaremos expor de modo sucinto, alguns aspectos técnicos e jurídicos envolvidos na questão, referentes à competência normativa e disciplinar (como se deu quando o STF apreciou a ADI 3367-1, referente à extensão da competência atribuída ao CNJ pela EC/45), e aos meios de controle predispostos para a repressão ao nepotismo, no âmbito da jurisdição concentrada (ADI, ADC, ADPF, Reclamação, etc.) ou difusa (ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa, Pedido de Providências, etc.).

A partir desse ponto, passaremos a discorrer sobre as diversas modalidades ou espécies de nepotismo. Nesse tema, a doutrina de DIÓGENES GASPARINI aponta três espécies elementares: **1)** o nepotismo *em sentido estrito* ou *clássico*, caracterizado pela indicação de parentes e/ou apaniguados para cargos públicos em comissão; **2)** nepotismo *cruzado*, *transversal* ou *oblíquo*, caracterizado pela troca de favores com intuito dissimulatório, em que uma autoridade emprega parente de outra, alojada no mesmo ou em órgão ou Poder distinto, com o objetivo de se elidir a norma de vedação, recebendo dessa mesma autoridade favor similar; **3)** nepotismo *político*, que trata do acerto entre lideranças, partidos e facções, por meio do qual se concede apoio político e/ou parlamentar em troca do franqueamento de largos espaços da administração aos “aliados”, que dele se aproveitam, indicando membros de sua “base” para ocuparem cargos em comissão.

Algumas agremiações, como o PT, por exemplo, chegaram a estabelecer em seus estatutos e outros documentos internos um percentual a ser descontado compulsoriamente de todos os militantes indicados pelo partido para cargos dessa natureza, constituindo uma curiosa modalidade de financiamento partidário, no qual a voracidade do partido para indicar ocupantes de cargos em comissão reflete diretamente em sua arrecadação e, por consequência, no seu potencial político-eleitoral e em sua disposição para agarrar a *máquina administrativa*.

Aliás, não apenas os partidos políticos, mas cada vez mais os sindicatos estão a constituir uma espécie de *oligarquia sindical*, no setor público e privado, de modo que em face de seu apoio e influência política e eleitoral a determinado agrupamento no poder ou em vias de conquistá-lo, suas lideranças costumam ser agraciadas com

indicações para compor os Conselhos de Administração de empresas estatais e similares, engordando os seus rendimentos pela apropriação privada dos recursos públicos. Especialmente a elite do sindicalismo público, como nos conta recentemente MARIA CELINA D'ARAÚJO,³¹⁹ vem promovendo um verdadeiro assalto aos cargos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS - 5 e 6), engordando os seus salários e reivindicando *a parte que lhes cabe nesse latifúndio*.

Esta última modalidade de nepotismo (*político*), pouco desenvolvida pela doutrina, mas de grande importância contemporânea devido à progressiva reiteração e aperfeiçoamento de sua prática, receberá uma atenção mais cuidadosa nesse trabalho.

Também achamos importante estabelecer, em face de uma normatividade abstrata e genérica advinda diretamente do texto constitucional, alguns *parâmetros de concreção* da mesma, sobretudo, a partir de uma reflexão baseada nos instrumentos normativos de 2º grau, especialmente voltadas para a calibração normas dotadas de significativa expansividade semântica - como é o caso dos princípios constitucionais.

Trata-se dos chamados postulados normativos de aplicação, tão bem desenvolvidos por HUMBERTO ÁVILA,³²⁰ em um contexto teórico que já havia sido trilhado inicialmente pelo constitucionalismo norte-americano em torno da ideia de *devido processo legal* em seu sentido *material* ou *substantivo*³²¹ - *substantive due process*.

Também entendemos necessária uma rápida demonstração de como a prática do nepotismo permanece recorrente no interior dos três Poderes. Em todos eles, observamos situações fartamente documentadas nas quais a ocupação de cargos em comissão por parentes, apaniguados, partidários, aliados políticos, bem como outras formas correlatas de apropriação patrimonial são amplamente praticadas – não obstante a intervenção cada vez mais atuante de órgãos e agentes de controle, tanto no âmbito estatal da própria administração, do Judiciário e do Ministério Público, quanto de indivíduos e da sociedade civil em geral. Trataremos aqui apenas de alguns casos de significativa relevância institucional no âmbito de cada Poder do Estado.

³¹⁹ D'ARAÚJO, Maria Celina. **A elite dirigente do governo Lula**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas-CPDOC, 2009, p. 17-32.

³²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** : da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 121.

³²¹ Nery Junior, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 34-38.

A atuação pioneira do CNJ na matéria, com a edição de Resolução n. 07, representou um marco dentro da estrutura do Poder Judiciário no país, de resgate republicano e de desejo - ou necessidade - de moralização. Isso porque, os próprios motivos que levaram à constituição do Conselho são expressão de uma vontade há muito sufocada de toda a sociedade em ver aberta a chamada “*caixa-preta*” na qual os membros desse Poder ocultavam toda a sorte de privilégios e arbitrariedades.

Inicialmente previsto para funcionar como órgão de controle externo da atividade administrativa do Poder Judiciário e, ao cabo de inúmeras negociações nas quais o próprio STF - informalmente - alertou aos congressistas acerca da eventual declaração de inconstitucionalidade de um órgão criado com aquelas características (por violação ao princípio da separação dos Poderes), ao final, chegou-se a uma fórmula *aceitável*, na qual se deu a criação de um órgão nacional de controle de toda a atividade administrativa do Judiciário, mas vinculado constitucionalmente a esse Poder (art. 92, I, A; 103, B, da CF/88), tendo sido a grande maioria dos seus membros recrutados entre os próprios quadros do Poder Judiciário - além de outros pertencentes à classe dos advogados e do Ministério Público, como já se dava na composição dos Tribunais.

Analisaremos aqui o modo específico pelo qual o CNJ vem travando a sua luta contra o nepotismo, e o modo pelo qual o STF afastou os questionamentos que foram levantados em razão de uma suposta inconstitucionalidade referente à sua criação e à suas competências.

Como desdobramento dos embates travados no próprio STF em razão da criação e atuação do CNJ e das questões afetas ao nepotismo por ele levantadas, deu-se a edição da Súmula Vinculante n. 13, que reconheceu a inconstitucionalidade de quaisquer práticas caracterizadas por nepotismo no âmbito dos três Poderes - ampliando para todos os Poderes estatais o que a Resolução n. 07 do CNJ previa para o Judiciário.

No que diz respeito especificamente à Súmula n. 13, interessa-nos especialmente o seu alcance e conteúdo jurídico-normativo. Isto porque, tanto a Súmula quanto a Resolução do CNJ, incidem sob duas modalidades ou espécies de nepotismo (*clássico* e *cruzado*), não fazendo referência ao *nepotismo político* e silenciando sobre a caracterização dessa prática diante da nomeação para cargos em comissão de parentes e apaniguados já pertencentes aos quadros da administração.

Isso porque, sabe-se que muitas vezes parentes de autoridades administrativas prestam concurso público para cargos subalternos, da base da pirâmide funcional, com o claro propósito de serem convocados por seus protetores, para exercerem função em

comissão, para a qual muitas vezes não têm formação, tendo o seu salário multiplicado por esse meio, simplesmente por parentesco, afinidade ou amizade com alguma autoridade com poder para nomear.

Outra questão importante ainda nesse campo, diz respeito à extensão ou não do conceito de nepotismo em nomeações realizadas por agentes políticos, caracterizados não como funcionários ou servidores, mas membros de um Poder do Estado. Como veremos o STF não conseguiu fechar consenso em torno da questão.

Em seguida, pretendemos discutir a conveniência e a adequação do uso do *princípio da moralidade institucional* (cujo alcance vai muito além da sua manifestação setorizada no *princípio da moralidade administrativa*), como parâmetro de controle do saque patrimonialista ao Estado (não apenas em face do nepotismo), secularmente empreendido pelo estamento político dominante no Brasil.

Por definir um critério de *sancionabilidade* capaz de conviver com quaisquer preceitos morais (*pluralismo ético-moral*), ancorado na ideia de *não-arbitrariedade* entre as esferas *privada individual*, *privada coletiva* e *pública/estatal*, tal princípio apresenta inúmeras virtualidades capazes de lhe permitir obter - do ponto de vista da eficácia jurídico-normativa - uma vitória significativa diante de uma cultura de privilégio profundamente arraigada em nosso *Ser-social*, desde os primórdios da colonização - como descrito no início do trabalho.

Concluindo o capítulo e o trabalho em geral, analisaremos as contradições e ambiguidades do sistema jurídico-normativo brasileiro em razão da apropriação patrimonialista do Estado. Desse modo, buscando romper com os parâmetros de análise típicos do positivismo clássico, do *normativismo kelseniano*, fecharemos o *circulo hermenêutico* que até aqui nos conduziu. Aliás, de fato, não se trata apenas de um *circulo* que avalia o sistema jurídico-normativo sob as duas perspectivas (*participante* e *observador*), mas de um movimento descrito à maneira de HEGEL, como uma *espiral*, na qual estaremos sempre voltando a um ponto de partida, porém, em um grau superior de compreensão quanto à complexidade do fenômeno analisado.

6.1 - A Jurisdição Constitucional e Repressão ao Nepotismo na Administração Pública Brasileira.

Os conceitos de jurisdição constitucional e pós-positivismo encontram-se irremediavelmente articulados. No limite, são os grandes responsáveis por uma síntese progressiva das duas grandes tradições jurídicas ocidentais (*civil law* e *commom law*), que por sua vez, remontam à velha dicotomia entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*.

Em uma perspectiva histórica, essa síntese progressiva parece ter se iniciado nos EUA. País originado no âmbito da tradição jurídica da *commom law*, no contexto social e cultural anglo-saxônico, coube a ele dar início a uma nova dinâmica jurídico-normativa no momento em que adicionou às suas instituições legais de conteúdo consuetudinário, uma Constituição principiológica, escrita e rígida, reservando a uma Corte Suprema, a competência para verificar a compatibilidade jurídica de todos os atos estatais perante as normas constitucionais – *judicial review*.

Foi lá que se deu inicialmente o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional e, mais recentemente, no seu entorno elaborou-se uma concepção renovada da própria juridicidade no mundo contemporâneo, especialmente por autores como John Rawls³²² e, mais notadamente, RONALD DWORKIN.³²³

Por outro lado, paralelamente, o conceito de jurisdição constitucional foi sendo elaborado no continente europeu, a partir da experiência constitucional vivida pela Áustria, após 1920, e das formulações iniciais a respeito elaboradas.³²⁴ A evolução dos dois modelos foi marcada pela peculiaridade que os dissociava por HANS KELSEN nos termos da técnica de controle de constitucionalidade que cada um adotou - o controle *incidental* ou *difuso*, no modelo de jurisdição constitucional norte-americana; e o controle *em tese* ou *concentrado*, no de jurisdição constitucional europeu, tendo esse recebido um tratamento teórico mais acentuado no âmbito da doutrina (com destaque

³²² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997; **Justiça como equidade**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003; **Justiça e democracia**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002; **Liberalismo político**. Mexico, DF: Fondo de Cultura Economica, 1995.

³²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002; **Uma questão de princípio**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005; **Império do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

³²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

para autores como HESSE³²⁵ e Alexy),³²⁶ e da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha.³²⁷

No Brasil, o conceito de jurisdição constitucional³²⁸ está evoluindo freneticamente nos últimos anos, por um rico debate teórico e doutrinário,³²⁹ e pela surpreendente evolução dessa competência diante do seu desenvolvimento legislativo e jurisdicional - este último, na medida em que o próprio Tribunal Constitucional (STF) utiliza a sua competência para *esclarecer/fixar* os seus próprios limites.³³⁰

³²⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1998; **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.), 1991; **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

³²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica : a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001; **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993; **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³²⁷ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

³²⁸ “A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em 02/02/2011.

³²⁹ STRECK, Lenio L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica : uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984; BINEMBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010; VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008; FALCONE, Marconi. **Justiça constitucional : o caráter jurídico-político das decisões do STF**. São Paulo: Editora Método, 2009; VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea : estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição**. Salvador: Editora PODIVM, 2009; CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1999. TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

³³⁰ Aqui se faz necessária uma articulação com o conceito exposto no primeiro capítulo, de sistema jurídico *autopoietico* segundo LUHMANN. Especificamente sobre o local e importância do STF no (auto) processamento *autopoietico* de nosso sistema jurídico-normativo. De fato, a *autopoiesis* se realiza no âmbito de cada operação, de cada ato de reconhecimento/declaração, de cada enunciação produzida por membro ou órgão dotada de respectiva validade. Em cada uma dessas operações o sistema define/redefine a si mesmo em face do seu *entorno*. No entanto, o STF, diante do novo espectro adquirido pela jurisdição constitucional em nosso país por obra da CF/88, encorpada por instrumentos jurídico-normativos de perfil disciplinador, nos planos jurisdicional e administrativo (súmula vinculante, repercussão geral, efeito *erga omnes* e eficácia vinculante de suas decisões, Reclamação constitucional, etc.), passou evidentemente a

Focando objetivamente alguns aspectos vinculados ao conceito de jurisdição constitucional, poderíamos dizer que se trata de um tipo de regramento processual voltado para a defesa jurisdicional da normatividade contida na Constituição. Um processo de tomada de decisão com caráter jurisdicional, predisposto de modo expresso ou implícito pelo próprio constituinte originário, visando-se garantir a defesa e a efetividade jurídico-normativa da Constituição.³³¹

E também se trata da conclusão de um processo histórico com início no reconhecimento da natureza jurídico-normativa dos princípios, desdobrou-se na consolidação de um modelo de Constituição rígida, e fechou o ciclo com a instituição de um órgão jurisdicional específico, que além da clássica função de verificação da

desempenhar uma posição *sui generis* no interior do sistema. Trata-se do órgão estatal que recebeu diretamente da Constituição a competência para realizar o chamado *acoplamento estrutural* entre o sistema jurídico e todos os demais subsistemas sociais. Desempenha, pois, um papel preponderante (mas nem de longe exclusivo ou excludente) na definição, com efeitos em âmbito sistêmico imediato, da autonomia (*fechamento operacional*) e da capacidade de *aprendizagem/adaptação* do sistema (*abertura cognitiva*) em face da *irritação* que lhe é endereçada pelos demais subsistemas sociais. Daí seu papel incontestado de *Tribunal político*. Em face da legitimidade e autonomia que lhe foram conferidas pela CF/88, o Tribunal se robusteceu no plano político-institucional, de modo a conquistar progressivamente maior relevância do que os indivíduos que eram indicados para nele figurar na condição de Ministros. Deixou de ser um simples órgão estatal, colonizado pelo sistema político-estamental, composto diretamente por quadros dele oriundos ou de sua *área de influência*, numa espécie de *federação de personalidades*, para se converter no grande fiador da integração político-social, com independência suficiente em relação ao estamento (não obstante a persistência do mecanismo de recrutamento de seus quadros por indicação do Presidente da República), para enquadrá-lo em uma nova moldura jurídico-administrativa com aptidão para lhe determinar o seu desaparecimento – em face das perturbações sistêmicas que sua permanência recorrente (no quadro de uma sociedade urbana, globalizada e informacional como a presente sociedade brasileira) evidencia de modo desestabilizador nos símbolos de uma *cultura de privilégio* com a qual não se admite mais qualquer contemporização.

³³¹ Parece-nos que as Cortes ou Tribunais constitucionais contemporâneos, nos moldes em que se encontram instalados nas mais avançadas democracias do ocidente, e mesmo no Brasil após a CF/88, constituem de fato o ambiente institucional capaz de reproduzir de modo razoavelmente aproximado aquilo HABERMAS denominou por *comunidade comunicacional ideal*. No seu interior, *as escolhas requeridas em face da provocação da jurisdição constitucional*, deverão ser *fundamentadas racionalmente*, tendo-se como *parâmetro valores e princípios* vinculados ao sistema constitucional vigente, articulados discursivamente de modo *tópico* em face de cada caso objetivamente posto para apreciação, em uma *arena argumentativa pública* (e de *3º nível*, conforme a classificação proposta por HABERMAS), isenta de coerção e constrangimentos, e politicamente vinculadas no âmbito de uma *moralidade pós-convencional*. Os membros dessas Cortes ou Tribunais, também poderiam ser situados no plano de uma *posição original*, na conceituação dada a essa expressão por John Rawls, em que numa situação análoga ao hipotético *estado de natureza* dos contratualistas clássicos, as partes (no caso, juízes e/ou ministros), sob um *véu de ignorância* adotam os *dois princípios de justiça* (princípio da *igualdade/princípio da diferença*), estabelecendo para todo o âmbito social uma situação inicial justa, equitativa e razoável, a partir da qual, buscar-se-á realizar uma *concepção ético-normativa de justiça de natureza eminentemente procedimental*. De modo que, em sua tarefa de arbitrar conflitos de interesse em face da normatividade constitucional, as Cortes e Tribunais funcionem como espaço institucional privilegiado para a produção de *consensos* (preferíveis à regra regimental das maiorias, ainda que qualificadas), autovinculando-se a uma *ética do discurso* amparada na universalidade dos seus propósitos, alheia a toda sorte de perseguições ou favorecimentos, pautados na busca intransigente do bem comum. Nesse sentido, a jurisdição constitucional se coloca como instrumento de aprendizado político-social, fundamentado em um *agir comunicativo* capaz de induzir uma verdadeira evolução do processo civilizatório, pelo desenvolvimento de uma *consciência moral de tipo pós-convencional*.

congruência entre os atos estatais e as normas e vetores constitucionais, assumisse a missão de garantia e concretização dos direitos fundamentais salvaguardados pelos valores e princípios fixados no sistema constitucional.

“As Constituições modernas, normas prevalentemente ‘de valor’, são, precisamente, o primeiro momento daquela tentativa. Nas suas mesmo necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas, e programáticas fórmulas, está a primeira poderosa tentativa de lapidar a pedra informe dos ‘valores’, individuais e sociais, e dar-lhes uma primeira forma: a primeira tentativa, em suma, de uma ‘positivação’ de algo, que está fora e acima da lei normal, e de quem a elabora. O segundo momento está no caráter ‘rígido’ daquelas Constituições, as quais se impõem, exatamente, com a força de ‘normas prevalentes’. Mas a verdadeira, a grande novidade está no terceiro momento, ou seja, na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva e dinâmica e permanente ‘concretização’, através da obra de um intérprete qualificado – o juiz, ou nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente, o gênio dos homens atingiu o seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretizar-se através do trabalho atuante do juiz. E também a mil vezes derrotada aspiração jusnaturalista encontra, assim, a sua própria dimensão real, o seu rosto humano; jusnaturalismo e positivismo reconciliam-se, fundem-se nesta certamente imperfeita, mas genial, invenção do homem e do Direito.”³³²

Assim, o conceito de jurisdição constitucional inclui tanto a forma de desenvolvimento do controle *incidental* ou *concreto-difuso*, quanto o mecanismo do controle *em tese* ou *abstrato-concentrado* - como se dá de modo simultâneo na jurisdição constitucional brasileira definida pela CF/88.

Nesse sentido, o elemento nuclear em torno do conceito de jurisdição constitucional reside na identificação da atividade estatal por meio da qual se realiza jurisdicionalmente, e com base em uma técnica procedimental especificamente adequada à natureza jurídica e política de sua decisão (Constituição como *acoplamento estrutural* entre o subsistema político e o jurídico na perspectiva de LUHMANN), a defesa do *contrato social* expresso pela Constituição Federal - especialmente os chamados *direitos fundamentais* e as *garantias públicas fundamentais* (como se dá com os princípios que instituem um microsistema constitucional de direito público no *caput* do art. 37 da CF/88).

³³² CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1999, p. 12.

A doutrina costuma chamar a atenção para o fato de existir uma concepção mais restritiva do conceito de jurisdição constitucional, que o delimita exclusivamente como atividade jurisdicional atribuída a um órgão específico no interior da estrutura estatal, com o intuito de verificar a compatibilidade entre os atos estatais e a Constituição que lhes confere fundamento de validade. Tal entendimento faz restrições à possibilidade do juiz ou Tribunal constitucional desenvolver, ele próprio, normatividade diretamente a partir do texto desta.

Em comum às concepções em torno do conceito de jurisdição constitucional, está o entendimento segundo o qual a verificação abarcaria tanto o respeito às regras procedimentais instituídas para a válida prática dos atos estatais (*constitucionalidade formal*), quanto a compatibilidade material dos atos estatais perante regras e princípios da Constituição (constitucionalidade material ou substancial).

Também é compartilhada a ideia segundo a qual, a consequência mais importante dessa avaliação de congruência seria a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado em desconformidade com a Constituição, retirando-o do ordenamento jurídico ou tornando-o inaplicável. Por isso que a expressão jurisdição constitucional pressupõe, na prática, a existência de um Tribunal ou uma Corte Suprema voltada de modo prioritário para a tutela das normas constitucionais.

Parte da doutrina também chama a atenção para o fato de muitos atribuírem à expressão *justiça constitucional* um conteúdo jurídico-normativo sinônimo ao de *jurisdição constitucional*.³³³ Mas tal equiparação não seria teoricamente exata. Isto porque, alguns autores empregariam a expressão *justiça constitucional* para estudar especificamente a técnica de controle de constitucionalidade, com seus princípios gerais, sem maiores detalhes e aprofundamentos.

Outros já a perceberam (*justiça constitucional*) como gênero no interior do qual outras denominações, como *jurisdição constitucional* e/ou *controle de constitucionalidade* atuariam como espécies. Disso resultaria um dissenso sobre o alcance dessas duas expressões, às quais ainda se acrescentou outras, tais como *processo constitucional* - de alcance e conteúdo ainda mais restrito.

³³³ “Na verdade, parece oportuno precisar, desde agora, que o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada ‘justiça constitucional’, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes.” Op. Cit. p. 23-24.

Mas o ponto mais interessante do debate travado em torno do conceito de jurisdição constitucional é aquele que pode ser resumido no âmbito da reflexão acadêmica norte-americana (mas presente também no meio jurídico romano-germânico), no embate entre os chamados *procedimentalistas* e os seus antípodas, denominados *substancialistas*.

Os *procedimentalistas* advogariam uma atuação mais contida para a jurisdição constitucional, abrindo maior espaço para as eventuais reconfigurações da ordem jurídico-constitucional (compreendida como menos rígida, mais flexível), decididas pelos órgãos políticos de representação coletiva, legitimados pelo princípio democrático.

A legitimidade do juízes, sendo derivada, indireta e impessoal, não poderia suplantar a legitimidade conferida pelo povo (titular da soberania) diretamente aos seus representantes. O grande temor manifesta-se no *ativismo judicial* e, dada a preponderância da jurisdição constitucional sobre a dinâmica do jogo político institucional, na ocorrência da chamada *judicialização da política*.³³⁴

³³⁴ Com relação ao conceito e toda a problemática envolvendo os temas do **ativismo judicial** e da **judicialização da política**, apresentamos a seguir uma nota-síntese, um resumo, da posição defendida por LUÍS ROBERTO BARROSO, com a qual nos identificamos por completo: “*A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas — como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental —, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. Os riscos da politização da Justiça, sobretudo da Justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o*”

Já os *substancialistas*, nos quais se enquadram a grande maioria dos contemporaneamente identificados com o pós-positivismo, teria a jurisdição constitucional não apenas uma dimensão formal, plenamente procedimentalizada, de verificação de congruência dos atos estatais em face da Constituição.

Mas, de fato, no pós-guerra, depois da *consciência do holocausto*, a grande virtude perseguida e reconhecida à jurisdição constitucional se deu em face do conteúdo jurídico-normativo de suas decisões possuir uma natureza francamente *contra-majoritária*.

Aos substancialistas atribui-se a defesa intransigente de uma jurisdição constitucional que assuma não só a função de defesa, mas também a de *concretização* dos direitos fundamentais. Desse modo, no seu entendimento, no âmago do Estado Democrático e Social de Direito não existiriam direitos ou princípios absolutos, mas sim um catálogo de princípios fundamentais carentes de ponderação e harmonização.

Sendo assim, caberia à jurisdição constitucional arbitrar eventuais colisões entre o princípio garantidor do jogo democrático (*princípio majoritário*) e os princípios fundamentais instituídos pelo constituinte originário para a tutela das minorias reais e circunstanciais, bem como dos hipossuficientes em geral (*princípio do Estado de direito*). Tal missão lhe atribuiu um perfil de invidiosa atividade.

“Portanto, o conceito de justiça constitucional é amplo, e nele se abrigam temáticas que circundam a ideia de garantia da Constituição, incluindo o

traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado. Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência. Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.” BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática.** http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf. p. 5-13. Acesso em 18/02/2010.

problema da legitimidade democrática, da natureza do órgão de controle, o estudo de sua origem, sua organização, funcionamento, elementos do juízo de inconstitucionalidade, tipologia de suas decisões e, por fim, suas finalidades fundamentais. Item de grande alcance dentro do estudo da 'justiça constitucional', e relacionado aos limites da jurisdição constitucional, é o referente ao âmbito de decisão admissível para o órgão de tutela da supremacia constitucional. Trava-se, atualmente, uma discussão entre dois grandes grupos. De uma parte, os chamados 'procedimentalistas', como John Hart Ely, pretendem reduzir ao mínimo a atuação dessa justiça constitucional, entendendo, com isso, resgatar e resguardar a democratização da tomada de decisões no Estado constitucional e democrático de direito. Sua teoria serve diretamente para a crítica da conhecida corrente norte-americana denominada não-interpretativista. De outra parte, os 'substancialistas' pretendem que, realizando a tutela da Constituição, possa a entidade por ela responsável avançar e aplicar os 'valores fundamentais' constitucionalmente consagrados. Aos substancialistas alinham-se os neoconstitucionalistas moralistas, como Ronald Dworkin. Como pano de fundo dessa discussão encontra-se justamente a concepção e os limites da chamada jurisdição constitucional."³³⁵

Entre nós, de forma inequívoca, o STF assumiu já há alguns anos, e vem mantendo ao longo de suas decisões mais importantes (política e socialmente sensíveis), um entendimento acerca dos limites de sua jurisdição constitucional claramente alinhado com as posições substancialistas. Isso fica evidenciado tanto pelo modo como o Tribunal utilizou expansivamente sua competência para a tutela e desenvolvimento de normatividade apta a dar efetividade a uma série de direitos fundamentais previstos na Constituição, mas não desenvolvidos pela via legislativa, quanto pela forma como desenvolveu normatividade diretamente a partir do texto constitucional com o intuito de se tutelar as chamadas *garantias públicas fundamentais*.³³⁶ Dentre essas destacamos sua

³³⁵ TAVARES, André Ramos. **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 205.

³³⁶ Aqui se coloca uma das questões fundamentais apreciadas por esse trabalho. No fundo, se trata do reconhecimento (*procedimentalistas*), ou não (*substancialistas*) de um *déficit de legitimação democrática* incidente sobre a jurisdição constitucional nos moldes em que essa é hoje praticada em países como o Brasil. Nesse ponto, tendo como referência exclusivamente, a realidade brasileira, nos situamos em um campo intermediário entre as posições de LUHMANN e de HABERMAS. Por um lado, dado o crescente aumento de complexidade verificado na esfera pública, sobretudo, em face de novos meios de comunicação e de articulação social, da imediata e retumbante repercussão das decisões tomadas pelos Tribunais constitucionais em torno de temas politicamente sensíveis, não nos parece muito convincente a tese segundo a qual o sistema jurídico se autolegitima exclusivamente em face da observância dos seus procedimentos e da positividade de suas decisões. Por outro lado, dada a colonização do sistema político pelo *estamento* (ele próprio transformado em *sistema de personalidade* e internalizado pelos indivíduos que com ele se identifiquem), e a natureza errática de manifestações legislativas destinadas à preservação dos próprios privilégios, com viés autoritário e muitas vezes lesivo aos direitos fundamentais (pelos quais o princípio majoritário se travestiu em verdadeira *perversão institucional*), não nos parece razoável a reivindicação de HABERMAS, para quem, o Judiciário deveria se ater aos chamados *discursos de aplicação*, remanescendo para o Poder Legislativo, os chamados *discursos de justificação* – por meio do qual se conferiria ao sistema do direito a legitimidade democrática até então ausente ou deficiente nas manifestações de um Poder destituído do *batismo do voto*, do assentimento popular. Em nossa opinião, a legitimidade conferida aos sistemas jurídicos contemporâneos decorre exatamente da efetividade e da

intervenção para o reconhecimento e o desenvolvimento de meios normativos, através dos quais, a vedação constitucional ao patrimonialismo em geral, e, ao nepotismo de forma particular, ganhou plena efetividade.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da vedação ao nepotismo em diversos aspectos juridicamente relevantes, em várias oportunidades nos últimos dez anos, chegando a um entendimento relativamente sedimentado sobre os pontos mais gerais envolvendo o *status* constitucional da vedação e o seu âmbito específico de proibição.

Fez isso, dentre outras oportunidades, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521-4/RS (D. J. 17.03.2000), relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello; na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.661-5/MA (D. J. 23.08.2002), relatada pelo Ministro Celso de Mello; na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF (D. J. 17.03.2006), relatada pelo Ministro César Peluso; no Mandado de Segurança nº 23.780-5/MA (D.J. 03.03.2006), relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa; na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF (D. J. 01.09.2006), relatada pelo Ministro Carlos Ayres Brito; na apreciação em sede de julgamento de mérito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF (D. J. 20.08.2008), relatada pelo Ministro Carlos Ayres Brito; no Recurso Extraordinário nº 579.951-4/RN (D. J. 24.10.2008), relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski; na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 29993/DF (D. J. 22.11.2010), relatada pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha.

A análise e interpretação das manifestações dos diversos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação desses procedimentos é de suma importância para a caracterização dos contornos normativos do nosso objeto de estudo: vedação ao nepotismo e o seu âmbito sancionatório.

Com base neles e na contribuição da doutrina buscaremos enfrentar os temas e oposições mais frequentemente apresentadas por aqueles que resistem ao combate a

eficiência por meio da qual exercem sua competência contra-majoritária, refreando os excessos das maiorias circunstanciais e tutelando os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição às minorias. Mas sua legitimidade parece decorrer, sobretudo, do *conteúdo persuasivo da argumentação* (de conteúdo necessariamente ético-normativo, devido à sua natureza de jurisdição política) utilizada para se fundamentar as suas decisões, especialmente em torno de julgamento de *casos politicamente sensíveis*, com potencial para abalar os pressupostos da integração social. Mais uma vez, os Tribunais constitucionais vão se caracterizando como uma *comunidade comunicacional ideal*, no âmbito de uma *arena argumentativa* vinculada a uma *moralidade de tipo pós-convencional*, e amparados por uma *concepção de justiça de natureza político-procedimental*. Ou seja, a legitimidade dos Tribunais Constitucionais deriva diretamente de sua capacidade para produzir *consensos institucionalizados*.

todas as manifestações de ação patrimonial e de nepotismo, que nos últimos anos afloraram em algumas de nossas mais importantes instituições públicas.

Pela análise dessas manifestações, ficará evidenciado que a imposição de vedação ao nepotismo e o controle eficaz dessa disposição se dão entre nós no plano da jurisdição constitucional, como manifestação da tutela exigida pela Constituição ao STF de preservação das chamadas *garantias públicas fundamentais*, condensadas de modo especial pelo constituinte originário em torno dos princípios instituídos no *caput* do art. 37 da CF/88.

Como veremos, é a partir deles e de outras manifestações normativas que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, como a Resolução nº 07/05 do CNJ e a Súmula Vinculante nº 13 do STF - que juntas participam entre nós daquilo que a doutrina e a jurisprudência conceituaram por *bloco de constitucionalidade*³³⁷ - que se extraiu o preceito que veda o nepotismo e se construiu um mecanismo rápido e ágil, dotado de eficácia *erga omnes* e *efeito vinculante*, para prontamente reprimir a sua prática.

Foi também no seu âmbito que se enfrentou os aspectos normativos referentes a eventuais incompatibilidades entre o modo como se buscou combater a prática e a

³³⁷ “Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar, distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico, que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 – RTJ 77/657). Tratando-se de fiscalização normativa abstrata, a questão pertinente à noção conceitual de parametricidade – vale dizer, do atributo que permite outorgar, à cláusula constitucional, a qualidade de paradigma de controle – desempenha papel de fundamental importância na admissibilidade, ou não, da própria ação direta (ou da ação declaratória de constitucionalidade, como na espécie), consoante já enfatizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RTJ 176/1019-1020, Rel. Min. Celso de Mello). (...) A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal contestado em face da Constituição. Põe-se em evidência, desse modo, o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (**Curso de Derecho Constitucional**, p. 43), em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou parâmetro constitucional), cujo significado – revestido de maior ou menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais, meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização de idéia de ordem constitucional global.” MELLO, Celso. **Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.** Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 102, 103 e 104.

disseminação do nepotismo em face de determinados princípios constitucionais estruturantes, tais como: os limites da competência atribuída pela CF/88 ao CNJ; a existência de uma regra constitucional de vedação ao nepotismo a partir do núcleo essencial dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade; a desnecessidade de lei específica para a vedação e repressão a práticas de nepotismo; a inoportunidade de violação na persecução desse fim aos princípios da separação dos Poderes e Federativo, ou a direitos fundamentais individuais, dentre outros, que apresentaremos a seguir.

6.2 - O Nepotismo Como Fenômeno Jurídico no Âmbito da Constituição Federal de 1988: a Vedação ao Nepotismo Como Mandamento Constitucional

No atual *estado da arte*, é amplamente reconhecida a aptidão dos princípios constitucionais para produzirem eficácia jurídico-normativa de amplo espectro. Tanto na tradição representada pelo direito romano-germânico (*civil law*), quanto na anglo-saxônica (*commom law*), princípios jurídicos - especialmente de estatura constitucional - são admitidos como parâmetros de *reconhecimento*, de *argumentação*, e de *decisão*.

No *caput* do art. 37 da CF/88, existem vários princípios que no plano jurídico normativo incidem sobre a temática do nepotismo, sobre ele atuando de forma mais intensa, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Da análise e interpretação do *núcleo essencial* desses dois princípios, derivamos a regra constitucional de vedação ao nepotismo.

Como já tivemos a oportunidade de expor no primeiro capítulo desse trabalho, uma das grandes inovações sedimentadas pelos chamados pós-positivistas no plano da teoria da norma jurídica foi a distinção de *espécies* normativas (*regras e princípios*) no interior de um *gênero* - *norma jurídica*.

Ali rapidamente apontamos que *regras*, de um modo geral, estão predispostas para fixar condutas e competências, ao passo que os *princípios* definem *fins, objetivos, metas*, que deverão ser atingidos do melhor modo possível pelo conjunto dos Poderes estatais. Alguns deles também pela *sociedade em geral* e/ou algumas de suas *instituições* – como a *família*, por exemplo.

A Constituição Federal de 1988 foi estruturada de modo a compor um sistema normativo, aberto, de regras e princípios. Exatamente na mesma dicção estabelecida por Canotilho para a Constituição portuguesa de 1976 - na qual o *constituente originário* tanto se inspirou. É ele quem esquematiza e nos ajuda a melhor entender o conceito de sistema jurídico-normativo constitucional aqui adotado.

“Convém, por isso, adiantar o ponto de partida fundamental para a compreensão dos desenvolvimentos seguintes: o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de “descodificação”: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação

*das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regra.”*³³⁸

No que diz respeito especificamente à estrutura dos princípios, admite-se de modo geral na doutrina³³⁹ que estes se comporiam de duas partes, reconhecidas pelo seu *núcleo* e por sua *área não nuclear*. Ao núcleo corresponderia o conjunto de efeitos determinados que decorra de um modo lógico do referido princípio. Por tratar de condutas determinadas, tal núcleo principiológico teria a mesma estrutura das regras, equiparando-se em funcionamento e na produção dos seus efeitos jurídico-normativos.

Todavia, para além desse núcleo, os efeitos jurídico-normativos dos princípios poderiam indeterminar-se. É o que para alguns ocorreria com princípios tais como o da *dignidade da pessoa humana*. Princípios como esse,³⁴⁰ para além de um núcleo essencial, podem ser definidos e redefinidos, podendo variar em razão de concepções políticas, ideológicas, filosóficas, religiosas, enfim, de tudo aquilo que eventualmente venha a compor a chamada pré-compreensão do interprete/aplicador.

No *âmbito não nuclear*, os princípios apontariam um *sentido geral*, delimitando um perímetro dentro do qual as maiorias políticas (*princípio majoritário*) podem legitimamente fazer as suas escolhas - tendo como limite exatamente a tutela dos direitos fundamentais (*princípio do Estado de Direito* - de viés *contra-majoritário*) fixados no texto constitucional pelo *constituente originário*.

Tal compreensão deve ser aplicada na exegese dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa positivados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, deduzindo-se deles a *regra* (localizada no *núcleo essencial, fixo*, desses princípios, em sua *zona de certeza*) que determina a vedação à prática do nepotismo.

“A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação de regra da proibição do nepotismo. Como bem anota GARCIA DE ENTERRIA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um ‘núcleo fixo’ (Begriffkern) ou ‘zona de certeza’, que é configurada, por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A vedação do nepotismo é regra

³³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1143.

³³⁹ BARROSO, Luís Roberto. (Org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

³⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 275-276.

constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.”³⁴¹

Nesse sentido, o princípio da moralidade requer em seu núcleo essencial, a regra de imposição aos agentes públicos daquilo que os italianos já chamavam de *dever de boa administração*, dele derivando, outros imperativos estabelecidos pela ordem jurídica, tais como o *dever de honestidade*, a *vinculação ao interesse público* e a *proteção à confiança legítima dos administrados (boa-fé)*.

Tal compreensão decorre do fato que os agentes públicos administram bens e interesses que não lhes pertencem, devendo na condição de meros mandatários, pautar sua conduta pelo que se espera para o exercício da *função administrativa*.

*“Valores como lealdade e boa-fé, veracidade e honestidade. O que refletem é a busca de um fundamento jurídico para melhor conformar a atuação dos agentes públicos ao dever de bem administrar, para interditar-lhes comportamentos ou invalidar atos eivados de má-fé, deslealdade, dolo, fraude, favoritismo, perseguição, comportamentos e atos enfim incompatíveis com o escorreito exercício da **função administrativa**, conceito esse admiravelmente lapidado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.*”³⁴²

De outro modo, a impessoalidade que se ancora no princípio irmão da isonomia, requer que a Administração dê tratamento equitativo a todos os administrados, uniformemente, isenta de favoritismos ou perseguições - de forma que um tratamento desigual só se legitimaria por uma distinção de fato entre pessoas ou situações.³⁴³ Distinção essa que requeira, necessite, perante os postulados normativos de aplicação da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, um tratamento desigual.

Assim, do núcleo dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extraem-se determinadas *regras* de modo imediato, sendo intuitivo supor, a par de toda evidência, aquelas que vedam o favorecimento pessoal no acesso a cargos públicos e no estabelecimento de relações contratuais que comumente atribuem conteúdo material às condutas caracterizadas pelo nepotismo.

³⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto.** AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 73.

³⁴² CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 72.

³⁴³ “É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.” BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 29-30.

De um modo geral, a ordem jurídica vigente tenta instrumentalizar tais regras por mecanismos procedimentais, sendo os mais importantes, estabelecidos pelo *concurso público* e a *licitação*.

Nesse contexto, LUÍS ROBERTO BARROSO adverte que “o fato de a Constituição haver considerado a técnica do concurso público inconveniente na hipótese dos cargos em comissão não afasta a incidência da regra que veda o favorecimento pessoal ou familiar nesse contexto. Desse modo, a Resolução n. 07/05 do CNJ limitou-se a declarar uma obrigação que decorre diretamente do texto constitucional. A verbe-se, a propósito, que o argumento de que haveria uma quebra da isonomia em desfavor do parente, não resiste ao contraste com os antecedentes históricos e com as regras de experiência.”³⁴⁴

Ademais, vale ressaltar que a vedação ao nepotismo não está lastreada apenas no núcleo essencial dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, em face do sentido lógico-formal desses e de uma interpretação teleológica requerida pelo sistema constitucional vigente. Encontra-se acolhida também em diversos dispositivos jurídicos de índole legal e infralegal, todos eles predispostos para a finalidade explícita de se vedar e reprimir condutas fundadas em nepotismo.

Para não entrar ainda no mérito da Resolução n. 07/05 do CNJ e da Súmula Vinculante n. 13 do STF, de extração mais recente e que analisaremos de modo mais detalhado adiante, poderíamos citar: a Resolução 246/02, do STF, em seu art. 7º;³⁴⁵ o art. 357, § *único* do Regimento Interno do STF;³⁴⁶ o art. 177, VIII, da lei 8112/90;³⁴⁷ o art. 10 da lei 9421/96;³⁴⁸ a Portaria n. 428 do MPU³⁴⁹ e ainda no âmbito desse órgão o art. 22 da lei 9953/00.³⁵⁰

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Petição inicial**. ADC n. 12/06. Supremo Tribunal Federal.

³⁴⁵ **Resolução n. 246 do Supremo Tribunal Federal, art. 7º:** É vedado ao servidor do Supremo Tribunal Federal: I – usar cargo ou função, facilidades, amizades, tempo, posição e influência para obter favorecimento para si ou para outrem; XVIII – manter sob sua subordinação hierárquica cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o 3º grau.

³⁴⁶ **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 357, § único:** Não pode ser designado Assessor, Assistente Judiciário ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade.

³⁴⁷ **Lei n. 8112/90, art. 177, VIII:** Ao servidor é proibido: VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil.

³⁴⁸ **Lei 9421/96: art. 10** – No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive dos respectivos membros ou juizes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade.

Percebemos claramente como a partir do sistema constitucional vão se construindo subsistemas específicos, ainda nesse plano normativo - como o instituído no *caput* do art. 37 da CF/88 -, que por sua vez irradiam-se no âmbito legal e infralegal, estruturando-se uma verdadeira *teia de normatividade*, de modo que a partir de um núcleo principiológico vão se construindo e se deduzindo regras destinadas a garantir a operação do sistema no sentido predisposto por seus vetores fundamentais - no caso, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Por meio desses parâmetros de normatividade, de tessitura aberta e renovável, o sistema se torna mais sensível às demandas da sociedade, identificando com maior clareza e rapidez, os instrumentos jurídico-normativos disponíveis no catálogo constitucional, para responder a tais demandas. Ou como nos diz CANOTILHO, através dos princípios *o sistema respira, se legitima, enraíza na sociedade e caminha* por meio de procedimentos.

*“Esta perspectiva teórico-jurídica do sistema constitucional tendencialmente principalista, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. infra, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através textura aberta dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreve-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer-se que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais. A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico (ex: a leitura principal de R. Dworkin em face da constituição americana) quer se trate de um texto constitucional programático (ex: Constituição portuguesa de 1976, Constituição brasileira de 1988).”*³⁵¹

³⁴⁹ **Portaria 428 do MPU:** É vedada a nomeação para cargos em comissão (DAS) de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau de qualquer membro ou servidor em atividade, salvo se já em exercício no Ministério Público Federal.

³⁵⁰ **Lei n. 9953/00, art. 22** – No âmbito do Ministério Público da União é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 13, de cônjuge, companheiro, ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo da Carreira de Apoio Técnico-Administrativo, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao membro determinante da incompatibilidade.

³⁵¹ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1147-1148.

De um modo geral, a recente jurisdição constitucional brasileira, abarcou os quatro objetivos acima mencionados quando previu, em diversos instrumentos normativos, especialmente nas leis 9.868/99 e 9.882/99, que instituíram o procedimento para as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) e de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), instrumentos procedimentais destinados a garantir a *respiração, legitimidade, enraizamento e evolução* do sistema jurídico-normativo. Exemplos são as audiências públicas, a admissão de *amicus curiae*, e uma ampla liberdade concedida ao relator na instrução dos processos, que poderá requisitar outras formas de participação da sociedade civil, designar peritos ou comissão desses para emitirem parecer sobre a questão, ou fixar data para, também em audiência pública, ouvir depoimentos de autoridades na matéria.

Tudo isso demonstra uma tendência rumo àquilo que PETER HÄBERLE denominou como *sociedade aberta dos interpretes da Constituição*. Na apresentação brasileira dessa obra, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, se refere a esse novo entendimento aludindo que “HÄBERLE propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta HÄBERLE que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo interprete. Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala HÄBERLE, esteve muito vinculada ao modelo de sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-interpretres (*Vorinterpretren*) do complexo normativo constitucional.”³⁵²

Ora, para além do plexo normativo revelador da vedação ao nepotismo no âmago da Constituição e de todo o sistema jurídico vigente, ecoa tal exigência também de nossa opinião pública, que se expressado por intermédio de inúmeros representantes da sociedade civil.

Em período mais recente, tiveram atuação destacada nessa linha a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Essas,

³⁵² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** : a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 9.

não obstante representantes de um verdadeiro clamor popular por moralização na Administração Pública, formularam suas pretensões a partir de fundamentos eminentemente jurídico-constitucionais (cf. ADC n. 12/06). E ao final, o STF reconheceu que, de fato, a vedação ao nepotismo se constitui em verdadeiro *mandamento constitucional*.

“A Resolução n. 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103 – B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de outubro, após a Emenda 45/04.”³⁵³

Todavia, mais interessante até do que a constatação do entendimento majoritário do STF acerca da natureza de mandamento constitucional da regra que veda o nepotismo na Administração Pública, foi o debate que se travou em torno dessa questão quando da discussão da ADC n. 12/05.

Ainda quando da apreciação do pedido de concessão de medida cautelar formulada na inicial (16/02/2006), posicionaram-se os ministros de modo amplo e aprofundado sobre a questão, adiantando o conteúdo do entendimento de cada um sobre os pontos controvertidos, que acabou expresso na decisão que julgou procedente o pedido cautelar – sendo que a grande maioria simplesmente repetiu a posição quando do julgamento final da ação principal (mesmo Ministros³⁵⁴ que não haviam participado dos debates quando da apreciação da cautelar), em 20/08/2008.

³⁵³ EMENTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.

³⁵⁴ “Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui nesse plenário, nós aplicamos um desses princípios com força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal.” DIREITO, Menezes. **Voto.** AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12/06. RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JULGAMENTO. Seção realizada em 20/08/2008. D.J. 165, de 11-09-2008. STF 102.002., p. 604-605.

Nessa linha, o Ministro Relator da ADC nº 12, Carlos Ayres Brito, tratou de demonstrar de modo específico a forma pela qual o tema da vedação ao nepotismo se articula ao núcleo essencial de pelo menos quatro dos princípios positivados no *caput* do art. 37 da CF/88, além do da igualdade, que, não obstante previsto em outro trecho da Carta, possui, em sua opinião, aplicação indiscutível no âmbito da Administração em geral, e especialmente na vedação ao nepotismo. E a Resolução nº 07 apenas explicitou e densificou comandos constitucionais já existentes, tornando-os agora devidamente expressos e atribuindo-se a eles maior imperatividade. Vejamos a posição do Ministro:

“Em palavras diferentes, é possível concluir que o spiritus rectus da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado. Princípios como: I – o da impessoalidade: 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 o administrador, segundo a republicana metáfora de que ‘não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio’. Conceitos que se contrapõe à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há como negar, com a prática do chamado ‘nepotismo’. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do ‘cruzamento’ (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor); II – o princípio da eficiência: a postular o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo, em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho um fiel compromisso com a assiduidade e uma constante oportunidade de manifestação de espírito gregário, real compreensão de que servidor público é, em verdade, servidor do público. Também estes conceitos passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para ao mundo das realidades empíricas, se praticadas num ambiente de projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a

“Como posto pela inicial da presente ação, dou como constitucionalmente correto que: a) o CNJ detém competência constitucional para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 103-B, § 4º, II), pelo que se há de concluir ter ele atuado em sede que lhe é própria; b) o nepotismo é próprio no espaço público no sistema constitucional brasileiro. Tal proibição advém do princípio constitucional da impessoalidade, sendo de se lhe acoplar a moralidade administrativa (art. 37 da Constituição brasileira); c) a juridicidade que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios, emana dos comandos constitucionais, não assim de norma infraconstitucional. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O traçado histórico brasileiro expõe a utilização dos espaços públicos pelos interesses privados, do que decorre, em grande parte – e que já haveria de ter sido extirpada há muito – a manutenção de atuações nepotistas no país.” ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **Voto**. Op. Cit. p. 609.

“Os princípios que estão inseridos no *caput* do artigo 37, sobretudo o princípio da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, são auto-aplicáveis no que diz respeito à vedação ao nepotismo.” LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto**. Op. Cit. p. 614.

necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacidade profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um (a) esposo (a) ou companheiro (a), um (a) sobrinho (a), enfim, com que eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não-parentes ou não familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? Em suma, como desconhecer que a sobrevivência de uma enfermidade mais séria, um trauma psico-físico ou um transe existencial de membros de uma mesma família tenda a repercutir negativamente na rotina de um trabalho que é comum a todos? O que já significa a paroquial fusão do ambiente caseiro com o espaço público. Para não dizer que a confusão mesma entre tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos, na contra-mão do insuperável conceito de que ‘administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia’ (RUY CIRNE LIMA); III – o princípio da igualdade: por último, pois o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre assim). Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carrear para os núcleos domésticos assim favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social. É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados. Por isso que deixo de atribuir a ele, em tema de nepotismo, a mesma importância que enxergo nos encarecidos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade.’³⁵⁵

Percebe-se que em seu voto, logo no início, ao fundamentar a aplicação do princípio da impessoalidade na vedação a práticas de nepotismo, faz, assim como nós desde o início desse trabalho, referência à ***multissecular cultura do patrimonialismo***.

Aliás, igualmente o Ministro Celso Mello, quando da intervenção no julgamento da ADI 1521/RS, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, se pronunciou no sentido de que “não custa enfatizar que a concepção republicana de poder mostra-se absolutamente incompatível com qualquer prática governamental tendente a restaurar a inaceitável teoria do Estado patrimonial. (...) quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida. O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado,

³⁵⁵ BRITO, Carlos Ayres. Relator. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 33 à 37.

desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.”³⁵⁶

Em nossa opinião, esta é a questão fundamental, o patrimonialismo é o gênero no interior do qual se manifesta uma de suas espécies - o nepotismo. De modo que, o sistema constitucional vigente, ao vedar a apropriação patrimonial de bens e interesses públicos, o faz por consequência em relação ao nepotismo - inclusive quando este venha eventualmente a se manifestar por modalidades ainda não expressamente identificadas pelo CNJ (Resolução 07/05) e pelo STF (Súmula Vinculante nº 13), até agora restrita ao nepotismo *em sentido próprio* ou *clássico* e o nepotismo *cruzado*, conceitos que discutiremos adiante.

A utilização de diversos princípios, igualmente incidentes em graus variados, mas de modo complementar, visando a melhor tutela possível de bens considerados essenciais para a sociedade em geral e o sistema constitucional em particular, apresentase na argumentação desenvolvida pelo eminente Ministro Ayres Brito, exatamente no modo de aplicação por sobreposição que discutimos e endossamos no capítulo anterior.

Enquanto *standards* de argumentação, a positivação de um conjunto de princípios que passam a constituir um microsistema (de direito público) no âmbito do sistema constitucional, permite a ambos o árduo e necessário trabalho de *respiração*, *autolegitimação*, *enraizamento*, e desenvolvimento procedimental a que se referiu Canotilho pouco atrás.

Tanto é verdade que, pelo filtro representado pelo princípio da eficiência, chega-se facilmente à constatação de que relações funcionais baseadas em vínculo de parentesco tornam de difícil aplicação aquele conjunto de atributos incito a qualquer atividade produtiva baseada em modos de controle hierarquizado - como é da natureza da Administração Pública. No âmbito direito do trabalho tais atributos são designados pelo termo *poder empregatício* ou *intra-empresarial*, compreendidos como prerrogativas necessárias ao empregador que assume os riscos da atividade econômica e que deve ter um mínimo de controle sob a conduta daqueles a ele subordinados pela relação contratual de emprego, expressa pelas chamadas *competências* ou *poder diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar*.

³⁵⁶ MELLO, Celso. **Voto.** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1521 – 4, Rio Grande do Sul. CARGOS DE CONFIANÇA. PARENTESCO. NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO. PROIBIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL. LIMINAR. Seção realizada em 12/03/1997. D. J. 17.03.2000. EMENTÁRIO Nº 1983 – 1, p. 141-142.

“Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.”³⁵⁷

A aplicação no caso de um conceito oriundo do direito do trabalho se mostra especialmente conveniente quando se recorda que os cargos em comissão se justificam, entre outras coisas, por uma suposta necessidade de se oxigenar a Administração Pública com quadros capacitados no setor privado, com o intuito de contribuir, por seu maior dinamismo e eficiência, para a melhoria na prestação dos serviços públicos em geral, e para o incremento da produtividade da máquina administrativa, em particular. Como muito bem demonstrou o Ministro AYRES BRITO, o exercício de um conjunto de competências expressas nos poderes de direção, regulamentação, fiscalização e disciplina, dificilmente poderiam ser alcançados a contento, *debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do “cruzamento”*.

Ressalta-se ainda a observação do Ministro no sentido de que *a fusão paroquial do ambiente caseiro com o espaço público*, acaba por implicar na prevalência do primeiro sobre o segundo, vulnerando de modo significativo o princípio da igualdade, em um ambiente no qual a única distinção aceitável deveria basear-se no mérito pessoal e na capacitação profissional.

Gostaríamos de registrar também uma nuance da posição adotada pelo Ministro Ayres Brito, não observada em nenhum outro voto. Diz respeito ao potencial normativo representado pelo princípio da moralidade quanto à vedação ao nepotismo.

Em nossa opinião, partindo de um pressuposto teórico assentado por CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA,³⁵⁸ a violação da moralidade não se deduz da violação dos demais princípios do *caput* do art. 37 da CF/88, exatamente por ser o nepotismo forma de manifestação da perversão patrimonial, que não pode ser identificada e reprimida em

³⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2008, p. 631.

³⁵⁸ “O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 213-214.

toda a sua extensão e conteúdo sem o auxílio jurídico-argumentativo do princípio da moralidade, inclusive em sua dimensão qualificada, de *moralidade institucional* - como já apontamos.

E foi nesse mesmo rumo, ainda que não se referindo expressamente ao conceito de *moralidade institucional*, que se posicionou o Sr. Ministro CELSO MELLO, ao votar na ADC nº 12:

*“Sabemos todos que a atividade estatal qualquer o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor constitucional, impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder, condicionando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. Esse postulado, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado. É por essa razão que 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 dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles se situem.”*³⁵⁹

O Ministro não apenas atribui à moralidade um conteúdo ético-jurídico abrangente, colocando-a como parâmetro privilegiado para a sindicância dos atos estatais, nos quais, o interesse público e o privado corram o risco de estabelecer relações promiscuas entre si. Também indica claramente que a normatividade necessária para se repudiar práticas como a do nepotismo, deriva diretamente da Constituição, de modo que normatizações regionalizadas, como a efetuada pelo CNJ, na Resolução 07/05 nada mais fazem do que explicitar o conteúdo jurídico normativo que já foi dado pelo próprio texto constitucional.

“A prática do nepotismo, tal como corretamente repelida pela Resolução nº 07/2005, traduz a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que não tolera – porque incompatível com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática – o exercício do poder pro domo sua. (...) A teleologia da Resolução CNJ nº 07/2005 deriva da necessidade de construir-se a ordem democrática, justificando-se por isso mesmo, em função de seus altos propósitos, cuja realização impõe que se faça essencial distinção entre o espaço público, de um lado, e o espaço privado, de outro, em ordem a obstar que os

³⁵⁹ MELLO, Celso. **Voto.** AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 97-98.

indivíduos, mediante ilegítima apropriação, culminem por incorporar ao âmbito de seus interesses particulares, a esfera de domínio institucional do Estado, marginalizando, como consequência desse gesto de indevida patrimonialização, o concurso dos demais cidadãos na edificação da res pública. (...) A consagração do nepotismo na esfera institucional do poder político não pode ser tolerada, sob pena de o processo de governo – que há de ser impessoal, transparente e fundado em bases éticas – ser conduzido a verdadeiro retrocesso histórico, o que constituirá, na perspectiva da atualização e modernização do aparelho de Estado, situação de todo inaceitável.”³⁶⁰

Em sua intervenção neste debate junto ao STF, o Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, focou de modo esclarecedor como a Constituição Federal se constitui em fonte normativa direta a partir da qual se concede ao CNJ um rol de competências (materiais) exclusivas e, em face dessas, uma competência normativa primária, onde se insere o poder-dever de repudiar a prática de nepotismo no Poder Judiciário. Fundamenta na *teoria dos poderes administrativos inerentes ou implícitos*, que de modo muito simplificado diz que, se a Constituição atribuiu de modo específico e exclusivo a um determinado órgão uma missão institucional, um objetivo a ser atingido em prol do interesse público, concedeu-lhe também os meios de direito necessários ao seu eficaz e efetivo atingimento - raciocínio com o qual concordamos integralmente.

“Como se vê, a Constituição concede ao CNJ poderes discricionários delimitados pelas regras de competência do art. 103-B e pelos princípios do art. 37. Desses poderes discricionários decorrem poderes administrativos ‘inerentes’ ou ‘implícitos’ (inherent powers, implied powers). Com efeito, quando a Constituição confere ao CNJ a competência de fiscalizar a atuação administrativa do Poder Judiciário e fazer cumprir o art. 37, implicitamente concede os poderes necessários para o exercício eficaz dessa competência. Como ensina GARCIA DE ENTERRIA, ‘todo poder é conferido pela lei como instrumento para a obtenção de uma finalidade específica (pública), que está normalmente implícita’. A Constituição, ao atuar por meio de princípios, determina os fins sem indicar explicitamente os meios. Se cabe ao CNJ zelar pelo cumprimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, é da sua competência fiscalizar os atos administrativos do Poder Judiciário que violar tais princípios. E não há dúvida de que os atos que impliquem a prática do nepotismo ofendem diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade.”³⁶¹

Nessa mesma linha manifestou-se o Ministro JOAQUIM BARBOSA, para quem após a edição das Emendas constitucionais de nº 32 e 45 não há mais por que se recusar a constitucionalidade, no âmbito de nosso ordenamento jurídico, tanto do Regulamento

³⁶⁰ Op. Cit. p. 100, 110-111.

³⁶¹ MENDES. Gilmar Ferreira. **Voto.** AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 72.

Autônomo, quanto a possibilidade de inovação legislativa pela via infralegal - por disposição expressa da Constituição à qual cabe ao órgão administrativo concretizar tais comandos, utilizando-se dos meios admitidos em direito.³⁶²

Enfim, com base nessa argumentação e, especialmente, pelo entendimento contemporâneo do STF, na ADC 12/05, e também em outras ações em que se discutiu o tema, emerge como amplamente majoritário - exceção feita à posição do Ministro MARCO AURÉLIO - o entendimento de que a proibição à prática do nepotismo impõe-se como verdadeiro *mandamento constitucional*.

³⁶² “A primeira vincula-se ao fato de o ato normativo objeto da presente ação ter sido expedido sem fundamento em lei, mas baseado diretamente na Constituição Republicana. Esse ponto tem sido repisado por aqueles que se opõem à validade da resolução, e isso em virtude de dois dogmas administrativo-constitucionais intrinsecamente ligados e de suma relevância: o da inexistência de regulamento autônomo no direito brasileiro e o de que é vedada qualquer inovação normativa pela via infralegal. Noutras palavras, somente a lei, como ato normativo primário, teria a primazia de criar direitos e obrigações. Contudo, esses dogmas já foram anteriormente excepcionados pela Emenda Constitucional 32/2001, que previu a possibilidade de extinção mediante decreto, de funções e cargos públicos – criados por lei – quando vagos (art. 84, VI, b, da Constituição Federal). Nova exceção foi criada pela emenda Constitucional 45/2004, no art. 103-B, § 4º, II, da Lei Maior, que atribui ao Conselho Nacional de Justiça competência para zelar pela observância do art. 37. Como bem destacado na inicial, ao conferir tal atribuição ao CNJ, o constituinte derivado implicitamente outorgou os meios práticos de exercê-la, por meio de atos administrativos, dos quais a resolução é exemplo. Incide, aqui, sem sombra de dúvida, a teoria dos poderes implícitos concebida por HAMILTON no fim do século XVIII e magistralmente concretizada por JOHN MARSHALL em 1819, no caso *McCulloch versus Maryland*. (...) No mérito, a legitimidade do ato é inquestionável. Ao zelar pela observância do art. 37 da Constituição, o CNJ proibiu a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário.” BARBOSA, Joaquim. **Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.** Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 50-51.

6.3 - A Vedação ao Nepotismo em Face dos Princípios da Separação dos Poderes e Federativo

Como o fundamento para a vedação e repressão ao nepotismo se retira diretamente do texto constitucional, iniciativas moralizadoras, oriundas de um dos Poderes, tendem a ser repelidas pelos demais, a pretexto da preservação de suas autonomias, em razão do princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF/88). Por outro lado, iniciativas que se originam no âmbito da União, tendem a enfrentar forte resistência nos Estados-membros, entrincheirados em uma concepção estanque do princípio federativo (art. 18, *caput*, da CF/88). Tais objeções foram apresentadas e enfrentadas pela sociedade civil e pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da ADIn n. 3367/DF e da ADC n. 12/06, no que diz respeito tanto à criação do CNJ quanto à constitucionalidade de sua Resolução n. 07/05.

Segundo os críticos, tanto a EC/45, ao criar o CNJ na forma que o fez, quanto a Resolução n. 07/05, editada por esse, violariam o *princípio da separação dos poderes*.

Retomando parte da conceituação desenvolvida anteriormente, podemos afirmar que o *núcleo essencial* do *princípio da divisão dos Poderes* (ou *repartição de competências*, que nos parece o termo mais apropriado do ponto de vista da dogmática constitucional assente), bem como, o conteúdo e o alcance histórico de tal princípio, procuram garantir uma repartição das competências estatais e atribuí-las a órgãos diversos, no âmbito de uma dada especialização de funções, devendo-se prescrever instrumentos de controle recíproco entre os titulares de cada uma dessas funções.

Tal disposição visa, em última instância, proteger os indivíduos de um potencial abuso que venha a ser praticado por um poder estatal ilimitado, no âmbito de um mecanismo de controle recíproco, que os norte-americanos denominaram por freios e contrapesos - *cheks and balances*.

“Esse conjunto de ideias foi o substrato teórico que governou os federalistas na engenharia do esquema de contenções e compensações que, figuradas nos ‘checks and balances’, concretizaram a mais curial resposta política à necessidade da existência de expedientes de controle mútuo entre os poderes, para que nenhum transpusesse seus limites institucionais. Sem descurar o dogma da separação entre funções, que as quer independentes e bem definidas, sublinharam toda a importância dos instrumentos de fiscalização recíproca,

como peças essenciais na engrenagem da divisão e do equilíbrio entre elas, a serviço da resistência à intrusão e à tirania.”³⁶³

O que se buscou por esse mecanismo foi garantir-se uma especialização funcional e, simultaneamente, a necessidade de autonomia ou independência orgânica, de modo a não se admitir que um determinado Poder venha seja submetido, dominado, por outro. Nesse sentido, um Poder estatal não poderia depender do outro para existir ou desenvolver suas atividades.

É preciso ressaltar ainda que a especialização funcional implica na obtenção, a partir do texto constitucional, de um plexo de competências privativas ou *primaciais*, vinculadas à sua *função típica*, que classicamente atribui ao Executivo a função de administrar, ao Legislativo a de legislar, e ao Judiciário a função jurisdicional.

No entanto, nunca é demais dizer que além de atribuir-se a cada Poder uma função *típica* ou *privativa*, que lhe delimita o perfil institucional, ao mesmo se agregam, também visando autonomia, outro conjunto de competências, em caráter mais restrito, que por isso passaram a ser designadas por *funções atípicas*. Assim, não obstante a *função administrativa* seja atribuída tipicamente ao Poder Executivo, para resguardar a independência dos demais perante este, também se lhes atribui, em caráter *atípico*, essa função para que possam se auto-administrar.

“Todos esses exemplos provam, ad rem, que a incorporação privilegiada do princípio da separação dos poderes na ordem constitucional não significa de modo algum que a distribuição primária das funções típicas e a independência formal dos Poderes excluam regras doutro teor, que, suposto excepcionais na aparência, tendem, no fundo, a reafirmar a natureza unitária das funções estatais, a cuja repartição orgânica é imanente a vocação conjunta de instrumentos da liberdade e da cidadania. Tal arrumação normativa está longe de fraturar ou empobrecer o núcleo político e jurídico do sistema, que só estará mortalmente ferido lá onde se caracterizar, à luz de sua inspiração primordial, usurpação de funções típicas ou aniquilamento prático da autonomia de cada Poder. É essa, de certo modo, a opinião comum dos constitucionalistas pátrios.”³⁶⁴

No caso da criação do CNJ pela EC/45 não há como se falar em violação a esse princípio na medida em que o CNJ tornou-se órgão do próprio Poder Judiciário (art. 92, I, A, da CF/88), tendo diante da redação dada pelo art. 103, B, incisos I à XIII, a sua

³⁶³ PELUSO, Cézár. Relator. ADI 3367/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE LIMINAR. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MAGISTRADOS (AUTORA). INCONSTITUCIONALIDADE DOS arts. 1º e 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. Seção realizada em 13/04/2005. D. J. 22.09.2006, p. 29; EMENTARIO Nº 2225 /2, p. 218.

³⁶⁴ Op. Cit. p. 223.

composição majoritariamente ocupada por membros desse Poder, com representação francamente minoritária do Ministério Público e da sociedade - com relação esses, coube ao Congresso Nacional sua indicação a partir de pessoas externas.

Ademais, as decisões do Conselho, restritas ao âmbito administrativo, sem nenhum poder de intervenção na esfera jurisdicional, estão submetidas ao controle judicial exercido pelo STF, órgão de cúpula do Judiciário (art. 102, I, “r”, da CF/88).

Quanto à Resolução n. 07/05, segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, “é difícil imaginar como a proibição de nomear parentes de magistrados para cargos em comissão ou de contratá-los temporariamente ou ainda contratar, sem licitação, empresas das quais parentes de magistrados sejam sócios, poderia afetar a autonomia dos Tribunais. Os Tribunais estão livres para, afora os parentes em questão, e observados os parâmetros constitucionais e legais, nomearem e contratarem quem entenderem por bem. Por certo continuarão a existir no mercado de trabalho inúmeras pessoas e empresas capacitadas a prestarem serviços aos Tribunais. O argumento de violação à separação dos poderes, como se vê, simplesmente não se sustenta.”³⁶⁵

E de fato, os argumentos apresentados na inicial da ADC n° 12/06, já tinham sido, em parte, expedidos pelo próprio STF quando da apreciação da ADI 3367/DF, relatada pelo Ministro CÉZAR PELUSO, acerca de suposta violação do princípio da separação dos poderes quando da instituição do CNJ pela Emenda Constitucional n° 45/2004. Quanto essa alegação, assim se manifestou o Ministro:

“Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê a priori como essa possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. A luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional n° 45/2004, trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros. Brandida como argumento exemplar e capital da pretensa inconstitucionalidade do Conselho, tal indicação em si, em que qualquer crítico desapaixonado enxergaria, quando muito, mera representação simbólica da instância legislativa, não se pode equiparar-se a nenhuma forma de intromissão incompatível com a ideia política e o perfil constitucional da separação e independência dos Poderes. O preceito que a estabelece não inova coisa alguma na ordem constitucional, em cujo contexto guarda, com ruidosa clareza, menor extensão lógica e índice muito menos modesto de participação doutro Poder no processo de escolha de membros do Poder Judiciário, do que, por exemplo, o velhíssimo modelo do art. 101, § único, da Constituição da República o qual

³⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Petição inicial**. ADC n. 12/06. Supremo Tribunal Federal.

*deferir ao Chefe do Executivo competência exclusiva para nomear todos os integrantes desta Casa.*³⁶⁶

Quanto à **violação do princípio federativo**, novamente tomando-se por referência, seja a criação do CNJ, ou a edição da Resolução n. 07/05, parecem falecer de razão os críticos. Senão vejamos. Tomemos por paradigma um conceito bem simples, claro e objetivo de *federação*.

*“O princípio constitucional no qual se baseia o Estado Federal é expresso por uma pluralidade de centros de poder, coordenados e autônomos entre si, de tal modo que ao Governo Federal que tem competência sobre o inteiro território da Federação, seja conferida uma quantidade mínima de poderes, indispensável para garantir a unidade política e econômica, e aos Estados federados, que têm competência cada um sobre o próprio território, sejam assinalados os demais poderes.”*³⁶⁷

Uma breve decomposição analítica desse conceito parece particularmente útil revelando-nos a essência da *ideia de federação*.³⁶⁸ Esta se estabelece por uma *pluralidade de centros de Poder*, ou seja, por uma repartição espacial na distribuição do poder, de modo que teremos de um lado, o poder federal, com seus respectivos órgãos, e de outro, o Poder Estadual - também com seus órgãos respectivos.

Deve-se frisar que o conceito acima descreve um perfil específico de modelo federativo, no caso, o primeiro que se constituiu na modernidade ocidental, nos EUA, pouco tempo depois da independência, e cujo traço distintivo, encontra-se umbilicalmente ligado um *modelo* ou *técnica de repartição de competências* – conhecido por **federalismo dual**.

O federalismo norte-americano emergiu com a Constituição de 1787, que por sua vez, sucedeu ao fracasso do sistema inicialmente acertado entre as ex-colônias. Estas, por valorizarem de modo acentuado a autonomia local, inicialmente instituíram um

³⁶⁶ PELUSO, César. Relator. ADI 3367/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE LIMINAR. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MAGISTRADOS (AUTORA). INCONSTITUCIONALIDADE DOS arts. 1º e 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. Seção realizada em 13/04/2005. D. J. 22.09.2006, p. 29; EMENTARIO Nº 2225 /2, p. 224-225.

³⁶⁷ BOBBIO, N. MATTEUCCI, N. PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, p. 481.

³⁶⁸ Tal conceito, nunca é demais recordar, também é largamente utilizado no âmbito do *Direito das Gentes* – como é tradicionalmente designado o Direito Internacional Público. No âmbito dessa disciplina, a União constitui (como se fosse um só Estado) as relações de Direito Internacional em nome dos demais Estados nacionais a ela associados. Nesse sentido, a experiência recente de integração levada a termo pela União Européia, parece sinalizar a existência – de fato – de uma federação fraca, ou a sua avançada evolução nessa direção (constituição de um Estado Federal Europeu).

modelo Confederativo (1781-1787), articulando os treze Estados que se haviam tornado independentes da Inglaterra em 1776.

A singularidade do *modelo federativo norte-americano* reside na tentativa de *separar de modo rígido e estanque* as competências entre a União Federal e os Estados-membros (*federalismo dual*). Sua teorização originária encontra-se na obra “O Federalista”,³⁶⁹ uma coletânea de artigos publicados em jornais de Nova York por ALEXANDER HAMILTON (1757-1804), JAMES MADISON (1751-1836) e JOHN JAY (1745-1829) quando da discussão do texto da Constituição de 1787 - digna de referência sobre o assunto foi também a contribuição de JOHN ADAMS (1735-1826), em duas de suas obras (*A defesa das Constituições e Pensamentos acerca do Governo*).

Mas a instituição de uma forma federativa de Estado não permaneceu um privilégio norte-americano, de modo que também os europeus, trataram de desenvolver a sua própria concepção de federalismo, mais adaptado às suas peculiaridades - especialmente a composição plurinacional das populações de muitos dos seus Estados.

A Alemanha, por exemplo, iniciou o séc. XIX sob um regime *confederativo*, que abrangia desde grandes Impérios, como o prussiano e o austríaco, até pequenos Estados semifeudais, convivendo ecumenicamente com Cidades-estados republicanas - como Hamburgo e Bremen. Após a separação da Áustria, em 1866, deu-se a fundação, em 1871, do Império alemão - no qual não se delimitava com clareza tratar-se ainda de uma confederação forte, sob a hegemonia prussiana, ou se já tinha características de um Estado federal *deformado* (também pela proeminência exercida pela Prússia).³⁷⁰

Todavia, com as respectivas proclamações Republicanas ao final da 1ª Guerra, a Constituição de Weimar em 1919 e a Constituição da Áustria de 1920, instituíram-se

³⁶⁹ HAMILTON, A. MADISON, J. JAY, J. **El federalista**. Mexico: Fondo de Cultura Económico, 2004.

³⁷⁰ “Expressões tais como ‘unificação alemã’ e ‘império alemão’ podem facilmente induzir em erro, porque sugerem um maior grau de unidade do que aquele que foi obtido de fato em 1871. Várias matérias importantes ficavam, é certo, sob a competência do imperador, do chanceler e do Reichstag: relações externas, defesa, moeda (*Reichsmark, Reichsbank*); o Império era também um mercado comum e, no decorrer do tempo, viria a viver sob códigos unificados. Permaneciam, contudo, quatro reinos (Saxônia, Baviera, Württemberg e Prússia), seis grão-ducados, cinco ducados, sete principados e três cidades livres, todos com seus dirigentes, governos e parlamentos eleitos por diferentes sistemas de sufrágio. A Constituição afirmava que o Império era um Estado Federal, e, na verdade, poderia chamar-se antes Estados Unidos da Alemanha, pois a analogia com a América era evidente. A Alemanha era, contudo, em muitos aspectos um caso *sui generis, inter alia* porquanto - contrariamente à América - um dos estados alemães, o reino da Prússia - ocupava uma posição privilegiada. Não só o seu território era excepcionalmente vasto e densamente povoado, como o seu rei era o imperador alemão e o seu primeiro-ministro, quase invariavelmente, chanceler do Reich. Se quisermos encontrar uma situação comparável, poder-se-ia dar o exemplo da República dos Países Baixos Unidos e da predominância da Holanda.” CAENEGEM, R. C.. Van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 271-272.

indiscutivelmente dois novos Estados Federais. Disso decorreu um intenso debate sobre a natureza jurídica dessas federações, envolvendo autores como KELSEN, ALFRED VERDROSS e KUNZ.

O modelo aí originado (Alemanha e Áustria) que se tornou conhecido por **federalismo cooperativo**, opõe-se ao modelo norte-americano de *federalismo dual*, na medida em que, tem por objetivo, em vez da separação rígida de competências entre União Federal e Estados, a *cooperação* entre esses entes. Tal cooperação se materializou pela introdução de duas novas técnicas de repartição de competências: a *competência concorrente* e a *competência comum*.³⁷¹

Pela primeira, cabe ao ente que representa a União dispor, no âmbito legislativo, sobre determinadas matérias, de *modo geral*, estabelecendo parâmetros e princípios que deverão ser desenvolvidos pelas entidades federadas, de acordo com suas peculiaridades regionais e locais, no exercício de uma verdadeira *competência suplementar* - que se impõe como decorrência lógica do desenvolvimento da *competência concorrente*.

Quanto à *competência comum*, diria respeito também a certas matérias legislativas e, sobretudo, a competências de natureza administrativa (*poder-dever*), que o sistema constitucional atribui a todos os entes federados, que a utilizarão com exclusividade em relação a outros entes, diante da aplicação, a cada caso concreto, do *princípio da predominância do interesse* ou do *interesse predominante*.³⁷²

Entre nós, o princípio federativo teve uma evolução bem peculiar. Vários autores ressaltam que, diversamente dos EUA, cuja nota típica do processo de formação histórico foi uma forte autonomia concedida pela autoridade metropolitana à respectivas colônias de além-mar, de modo que a instituição de um Estado federal, a partir da União de Estados independentes, induziu à formação de um *federalismo por centripetação*. Por outro lado, a federação brasileira, constituiu-se com a proclamação da República, em

³⁷¹ Para ter se uma idéia de como se estrutura esse sistema de repartição de competências no âmbito do Estado alemão contemporâneo, cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1998, p. 191-208.

³⁷² “O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual, à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito de ‘peculiar interesse local’, que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência. Acontece que no Estado moderno se torna cada vez mais problemático discernir o que é ‘interesse geral’ ou ‘nacional’ do que seja interesse ‘regional’ ou ‘local’. Muitas vezes certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles.” SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 241-242.

1889, em face da desintegração do Estado Imperial (unitário), dando origem ao que os teóricos passaram a denominar como *federalismo por centrifugação* - na medida em que as antigas províncias imperiais, então meras autarquias administrativas do poder central, destituídas de autonomia política e administrativa, foram elevadas à condição de Estados-membros dos Estados Unidos do Brasil.

No que diz respeito à *técnica de repartição de competências adotada*, inicialmente, como quase tudo na Constituição de 1891, nosso Estado foi instituído à imagem e semelhança da federação norte-americana. Ou seja, nosso modelo inicial de repartição de competências (1891) previu um sistema de *competências expressas (enumeradas)* e *reduzidas* destinadas à União, e uma *competência residual* (e por isso a mais ampla possível) aos Estados-membros - instituindo-se, portanto, um sistema de repartição de competências característico do chamado *federalismo dual*.

Ao mesmo tempo, instituiu-se o Senado Federal como órgão de representação dos Estados na Federação, dispondo de competências similares à da Câmara dos Deputados - que deveria instituir-se como casa da representação popular.

Tal modelo favoreceu a *regionalização da vida política*, permitindo a consolidação do coronelismo/caudilhismo local e, por causa disso, também a consolidação de partidos políticos de caráter meramente regional/local (Partidos Republicanos estaduais). Tal contexto sócio-político, em muito reforçou a tradição patrimonialista de apropriação privada do Estado no Brasil a partir de um estamento político agora estruturado em fortes bases regionais.

A situação só veio a se transformar após a Revolução de 30. A partir da Constituição de 1934, ampliaram-se as competências expressas da União, tendência que se acentuou nas Constituições posteriores, reduzindo-se desse modo, a importância da autonomia estadual. Em termos estruturais, a situação foi parcialmente modificada pela Constituição Federal de 1988.

Todavia, já no âmbito da Constituição de 1934, a influência norte-americana, tão visível em nossa primeira Constituição republicana, cedeu espaço para o constitucionalismo austro-alemão, revelando forte inspiração em seu texto da Constituição Alemã de Weimar (1919). Como desdobramento e manifestação de tal influência, podemos apontar a adoção, pela Constituição de 1934 (ainda que de forma incipiente), da técnica de repartição de competências típica do *federalismo cooperativo* europeu.

Por essa concepção, União Federal e Estados-membros deixam de ser considerados entes com vida própria e estanque, como no modelo de *federalismo dual* de matriz norte-americana. Ao contrário, essa técnica de repartição de competências tem por objetivo induzir à colaboração ou cooperação entre esses entes.

Essa disposição para a repartição de competências pode se manifestar, por exemplo, no âmbito tributário - como nas disposições previstas na CF/88 que determinam que uma parte dos valores da arrecadação de impostos federais deverão ser repartidos pela União entre Estados-membros e Municípios (bem como uma parcela dos impostos estaduais serão repartidos com os seus respectivos municípios).

O modelo foi reforçado no plano das competências materiais e legislativas com a introdução das técnicas de repartição em *competências comum e concorrente*, que nele foram introduzidas, sem que as antigas técnicas originárias do modelo norte-americano (*competências enumeradas ou expressas* - União; e *residual* ou *remanescente* - Estados-membros) fossem suprimidas, dando origem a um *sistema híbrido*.

De modo semelhante ao que aconteceu com nosso modelo de controle de constitucionalidade, o desenvolvimento do princípio federativo entre nós conduziu a uma fusão, um *sincretismo* entre os modelos norte-americano e europeu de federação.

“Nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30). Mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, § único) áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre a União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência complementar.”³⁷³

Como se deduz, nossas peculiaridades no desenvolvimento do princípio federativo não se resumiram a aspectos referentes à repartição de competências. No caso da Federação brasileira, outra singularidade refere-se ao fato de serem também os Municípios, por disposição expressa do texto constitucional, entes da Federação (arts. 1º e 18, da CF/88), constituindo, portanto, uma terceira esfera ou nível federativo - ao que consta, teríamos aqui um caso *único* no direito constitucional comparado.

³⁷³ Op. Cit. p. 244.

No que diz respeito à *repartição de competências entre Poder Central e Poder Local*, são as mesmas estabelecidas pela Constituição Federal que opera de modo a atribuir competências específicas para cada ente federado. Assim, havendo distintas fontes do Poder Estatal (no caso em questão, consideraremos aqui apenas a União e Estados-membros) há que se definir, na Constituição Federal, quais atribuições cabem à União e quais cabem aos Estados-membros. É nisso que consiste a chamada "repartição constitucional de competências". As competências da União abrangem todo o território nacional; as competências dos Estados-membros abrangem apenas o âmbito do respectivo território do Estado-membro (art. 21 e segs., da CF/88).

De um modo geral, as diversas modalidades de Estado federal estabelecidas ao longo da história, tiveram como ambição política principal a atribuição de um rol limitado de competências para a União. Nesse sentido poderíamos afirmar que o objetivo subjacente ao federalismo reside na preservação de *algumas peculiaridades* e a *autonomia* dos governos estaduais - no Brasil, também do governo local, no plano dos municípios.

Em tese, isso implicaria em (ao menos potencialmente) conferir o máximo de competências aos Estados-membros e somente um mínimo indispensável à União. Na prática, a dialética entre maior autonomia ou centralização dependerá de imperativos políticos, econômicos, sociais e culturais que serão considerados pelo constituinte originário no momento de formatar um modo específico, singular, de Estado Federal - como se deu no Brasil com a CF/88.

Quanto aos *Poderes*, na forma de órgãos político-administrativos federais e estaduais distintos, a repartição das competências entre União e Estados-membros implica na instituição de órgãos de Poder distintos para a União e Estados-membros. Desse modo, teríamos um Poder Legislativo no âmbito da União e outro no plano estadual. Igualmente, teríamos um Poder Executivo da União distinto daquele instituído pelos estados - e no nosso caso específico (federação brasileira), também um Poder Executivo e um Poder Legislativo Municipal.

Todavia, o mesmo não ocorre no Judiciário, que não obstante receba da Constituição Federal competência para se estabelecer no âmbito do Estado-membro, de modo autônomo, vincula-se a uma normatividade de caráter nacional.

Por isso, a CF/88 no seu art. 92, *incisos*, define como órgãos de um único Poder Judiciário (Nacional), entes de transposição (STF, STJ, CNJ), entes da União (TRF's e

os juizes federais, TRT's e juizes do trabalho) e entes estaduais (TJ's e juizes dos Estados e do Distrito Federal).

Ainda no que diz respeito à autonomia dos Estados-membros perante a União, esta se corporifica no texto constitucional de diversos modos: *1)* por um *poder constituinte decorrente* exposto na competência atribuída pela CF/88 a cada Estado-membro para elaborar uma Constituição Estadual e por ela se autogovernar - sempre observando os limites estabelecidos pela Constituição Federal (art. 25, *caput*, e art. 11, ADCT, da CF/88); *2)* na impossibilidade de um ente criar obrigações para outro, à exceção daquelas já estabelecidas na Constituição Federal (art. 18 e segs., da CF 1988); *3)* pela natureza excepcional da suspensão da autonomia dos Estados-membros mediante interferência da União somente em casos muito especiais, através do mecanismo da *intervenção*, nos exatos termos fixados pelos arts. 34 a 36, da CF/88; *4)* pela participação igualitária, abstraída a influência econômica, política, ou demográfica de todos Estados-membros na formação da *vontade* legislativa federal, de modo paralelo à Câmara de representação popular, pela instituição do Senado Federal, nos termos em que foi disposta pelo art. 46, § 1º, da CF/88.

Feitas essas considerações de ordem geral, nos parece evidente que não há nenhuma incompatibilidade no que diz respeito à natureza jurídica e ao conteúdo da Resolução n. 07/05 do CNJ, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, e o princípio federativo albergado pela CF/88.

Isso porque, não se sustenta a afirmativa pela qual, por meio dela, os Tribunais de Justiça dos Estados estariam sendo submetidos a um controle jurídico-político de um órgão não-estadual, originário da União.

Igualmente, não há porque dizer que por tal ato normativo usurpou-se a competência das Assembléias Legislativas ou dos Governadores, que a teriam, com exclusividade, no plano da organização administrativa estadual. Isto porque, como já assinalamos, no âmbito de um Estado Federal conviveriam um ente central (União) e os entes federados (Estado-membro), e de modo sobreposto, o ente nacional (República Federativa do Brasil), razão pela qual, na Federação brasileira nós temos necessariamente órgãos e normas de âmbito municipal, estadual, federal, e **nacional**.

O CNJ e a competência normativa a ele atribuída diretamente pelo texto da Constituição em face da EC 45/04 estão, evidentemente, situados no âmbito nacional, plano normativo-constitucional sobreposto tanto ao da União quanto ao dos Estados-membros.

Como já apontamos, é evidente que a CF/88, ao estruturar o Poder Judiciário, estabeleceu Tribunais de âmbito estadual, federal e nacional (Tribunais de sobreposição, § 2º, do art. 92 da CF/88). Prova disso é que a própria CF/88 instituiu normas de alcance nacional, como os arts. 37 e 93, sendo seguida pelo legislador ordinário, que o fez, por exemplo, pela Lei Complementar n. 35/79 - Lei Orgânica da Magistratura.

Percebam que, em nossa ordem jurídica, só temos leis complementares em relação àquelas disposições expressamente previstas pelo constituinte originário, que entendeu por bem regulamentar o exercício da judicatura, por lei complementar, que requer quórum qualificado, exatamente por sua abrangência nacional.

Ora, sendo o CNJ um órgão nacional vinculado à estrutura do Poder Judiciário, nos termos do art. 92 da CF/88 e tendo em sua composição, nos termos do art. 103, B, representantes tanto da magistratura federal (União) quanto da estadual, não há como se falar em subordinação dos entes locais a um órgão da União.

Sabe-se ainda, que os princípios do *caput* do art. 37, de onde se retira a normatividade voltada para a vedação ao nepotismo (fundamento direto da Resolução n. 07/05 do CNJ), possui natureza indiscutivelmente nacional, aplicando-se, de modo uniforme, a todos os agentes públicos pertencentes aos quadros do Poder Judiciário.

Ou seja, a matéria objeto de discussão (vedação ao nepotismo), não se coloca no âmbito de competência nem do Poder Executivo local (organização administrativa estadual), nem das Assembléias Legislativas Estaduais, nem dos respectivos Tribunais de Justiça.

Assim, o conteúdo e a forma pela qual se estabeleceu a vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, por meio da Resolução n. 07/05 do CNJ, não redundaram em nenhum modo de esvaziamento da autonomia estadual ou qualquer modalidade de restrição à sua participação na formação da vontade nacional - que seriam os elementos estruturantes da forma federativa de Estado nos termos definidos pela teoria do federalismo³⁷⁴ e por nossa ordem positiva constitucional.

³⁷⁴ Cf., dentre outros: HAMILTON, A. MADISON, J. JAY, J. **El federalista**. México: Ed. Fondo de Cultura, 2004; GOLDWIN, Robert A. SCHAMBRA, William A. **A Constituição Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986; COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Ed. Russell, 2002; HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1998; HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007; MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

Não foi outra a conclusão a que chegou nossa jurisdição constitucional ao examinar aspectos impugnados da EC/45-04 e da Resolução nº 07/05 do CNJ. De um modo geral, todos os ministros que participaram da discussão e votação dessas matérias repeliram qualquer tipo de agressão ao princípio federativo. A esse respeito, assim se manifestou o Ministro CÉZAR PELUSO, Relator da ADI 3367/DF:

“A autora deduz ainda outro argumento que se prestaria a demonstrar a inconstitucionalidade do Conselho, cuja instituição violaria o pacto federativo, ‘ao submeter o poder judiciário dos estados membros à supervisão administrativa e disciplinar do conselho nacional de justiça. Também aqui não lhe dou razão. O pacto federativo não se desenha nem expressa em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser uma e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, ‘Judiciários estaduais’ ao lado de um ‘Judiciário federal’. A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional mas equivocada denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido, fala-se em Justiça Federal e Estadual, tal como se fala em Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral, etc., sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos. (...) Nesse diagrama constitucional, nunca se ouviu sustentar que as particularidades concretas da organização da estrutura judiciária violassem o pacto federativo. E não se ouviu, porque perceptível sua natureza nacional e unitária, embora decomposta e ramificada, por exigências de racionalização, em múltiplos órgãos dotados de sedes e de âmbitos distintos de competência. Não se descobre, pois, sob esse ângulo, porque a instituição do Conselho Nacional de Justiça não se ajustaria à organização constitucional do Poder.”³⁷⁵

Nesse mesmo sentido se posicionaram outros Ministros do STF quando da apreciação da ADC nº 12/06, referente à Constitucionalidade da Resolução nº 07/05, especialmente os Ministros EROS GRAU,³⁷⁶ e GILMAR FERREIRA MENDES.³⁷⁷ E ao final, a ementa do julgamento, ratificou em caráter unânime, esse entendimento.

³⁷⁵ PELUSO, César. Relator. ADI 3367/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE LIMINAR. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MAGISTRADOS (AUTOR). INCONSTITUCIONALIDADE DOS arts. 1º e 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. Seção realizada em 13/04/2005. D. J. 22.09.2006, p. 29, EMENTARIO Nº 2225 /2, p. 243-246.

³⁷⁶ “Afasto prontamente os argumentos referidos à ‘separação dos poderes e ao princípio federativo, para tanto simplesmente me reportando às razões expostas no voto que proferi no julgamento da ADI nº 3367. O Judiciário é Judiciário Nacional, excepcionando algumas exigências da Federação, como ressaltai nesse voto. De outra banda, o CNJ é um dos órgãos do Poder Judiciário, com tal definido pelo artigo 92 da Constituição, suas decisões estando sujeitas a controle pelo Supremo Tribunal Federal.” GRAU, Eros. Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07,

*“Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo, o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada como o caráter estadualizado de um parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios estabelecidos por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.”*³⁷⁸

Dessa forma, pode-se afirmar que iniciativas oriundas de qualquer um dos Poderes (reconhecida a prevalência concedida pelo sistema constitucional ao Legislativo em face do *subprincípio da supremacia da lei* – como será melhor detalhado no tópico seguinte), desenvolvendo normatividade originada diretamente do texto constitucional, com base em competência por ela reconhecida e buscando expressão no mundo jurídico por meio de alguma espécie normativa admitida pelo sistema, objetivando a identificação e a vedação de *novas modalidades ou espécies de nepotismo* para além das duas (*nepotismo em sentido próximo* ou *clássico* e *nepotismo cruzado* ou *oblíquo*) já admitidas pela Resolução 07/05 no âmbito do Poder Judiciário e pela Súmula Vinculante nº 13 do STF para os demais Poderes, não possuem aptidão, *em tese*, para violar o princípio da separação dos Poderes e o princípio federativo.

de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 46-47.

³⁷⁷ “A criação do CNJ pela EC nº 45 instituiu no sistema constitucional brasileiro autoridade administrativa – normativa e executória – cuja parametrização, repita-se: exclusivamente na matéria que lhe é própria, é nacional e unitariamente impositiva às autoridades judiciárias (em caráter direto) e às demais autoridades do Estado brasileiro (em caráter indireto). Em outras palavras, no âmbito de sua competência o CNJ atua sobrepondo-se inclusive à legislação não-nacional (ou seja, federal – em sentido estrito -, estadual ou, se for o caso, municipal). (...) Igualmente não prospera o argumento de que a regulamentação afronta o princípio federativo. Essa discussão já foi encetada nesta Corte, por ocasião do julgamento da ADI 3367, da relatoria do Ministro CÉZAR PELUSO, no qual ficou consignado que o Conselho Nacional de Justiça ‘não anula o pacto federativo, mas o reafirma’.” MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto.** AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 77-80.

³⁷⁸ EMENTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12/06-DF. CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 07/05 DO CNJ. Seção realizada em 20/08/2008. D. J. 10.11.2008. EMENTÁRIO Nº 2534-1, p. 639.

6.4 - A Desnecessidade de Lei Específica para a Vedação e a Repressão ao Nepotismo: a Vinculação Direta do Poder Público à Normatividade Constitucional

No contexto da realidade político-cultural brasileira, o Poder Legislativo costuma opor diversas formas de resistência às tentativas demandadas pela sociedade civil e por algumas instituições estatais, como o Ministério Público, de moralização, de desapego ao patrimonialismo em geral - e do nepotismo de modo particular. Mas em muitas situações, especialmente no âmbito dos Estados-membros, o Poder Legislativo chegou ao cúmulo de *regulamentar o nepotismo para todos os Poderes do Estado*.

Esse é o caso da lei 13.145 de 05 de setembro de 1997, editada pela Assembléia Legislativa do Estado de Goiás. A desfaçatez chegou a ser risível. Sob o pretexto de se coibir o nepotismo, autorizou-se a sua prática - sujeitando-a apenas *a alguns limites*. A técnica de redação beira o escárnio. No *caput* proíbe-se o nepotismo em geral. Já no *parágrafo único*, se consolida as situações pregressas e abre-se para o futuro um *regime de cotas* para a prática do nepotismo. Uma verdadeira *ação afirmativa* em favor da farra da apropriação patrimonial dos recursos públicos pelos membros das cúpulas dos Poderes estatais. Com três singelos artigos, assim dispunha a lei:

“art. 1º - É vedado a membro de Poder ou a quem couber a prática de provimento em qualquer dos Poderes do Estado, nomear ou admitir cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo ou afim até o terceiro grau civil, em linha reta ou colateral, incluídos os de seus pares e subordinados até o terceiro escalão de hierarquia, para exercer cargo em comissão ou função gratificada no âmbito do Legislativo, Executivo ou Judiciário ou permitir a permanência de servidores em desacordo com o disposto neste artigo.

§ único – Excluem-se da proibição a nomeação, admissão e/ou a permanência de até dois parentes das autoridades referidas no caput deste artigo, além do cônjuge do Chefe do Poder Executivo.

Art 2º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

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

Dada à aplicação necessária dos princípios do *caput* do art. 37 da CF/88 à produção legislativa estadual, especialmente os princípios da impessoalidade e da moralidade, foi a norma acima apontada atacada através da ADIn n. 3745-5, sob a relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Ao final, em face da pressão exercida pela opinião pública, e dada como certa a declaração de inconstitucionalidade por parte

do STF, tal diploma legislativo foi revogado a partir de um projeto de lei encaminhado à Assembléia Legislativa pelo Chefe do Executivo Estadual.

Todavia, o episódio nos coloca ao menos três questões interessantes: **1)** não é nem de longe a *legalidade formal* (especialmente em um contexto histórico-cultural como o nosso), desconectada do princípio da supremacia da Constituição, garantia de persecução efetiva do interesse público; **2)** em face de sua submissão incondicional à Constituição, qualquer lei pode ser retirada do ordenamento jurídico se o STF se convencer de que seu conteúdo ou alcance contraria algum princípio constitucional; **3)** se princípios constitucionais possuem eficácia necessária para retirar uma norma do ordenamento, possuiriam também normatividade suficiente para *autorizar os Poderes estatais* (através das espécies normativas a eles disponibilizadas pela ordem jurídica) a atuar como concretizadores desses mesmos princípios - considerados verdadeiros *mandados de otimização*?

A resposta a essa última questão requer uma rápida reflexão sobre a origem e a estrutura jurídico-normativa do princípio da legalidade.

Este princípio teve a sua formulação fortemente influenciada pelo liberalismo ao longo dos séculos XVIII e XIX. Possuía uma finalidade política claramente situada no âmbito da tutela da liberdade e da propriedade dos indivíduos. Perante esse imperativo, impôs-se a subordinação da atividade administrativa (Executivo de tipo monárquico ou patrimonial) ao órgão de representação popular (o Legislativo).

Sua fundamentação político-filosófica foi retirada de alguns dos mais proeminentes representantes do iluminismo europeu - como ROUSSEAU.³⁷⁹ Segundo esse autor, a liberdade do homem somente pode ser limitada pela sua própria vontade. Ou seja, quando a expressão livre dessa vontade cria uma *lei limitativa: Liberdade significa obediência à lei que nós prescrevemos*. Essa "lei" poderia ser prescrita via *vontade direta* ou *indireta*, conforme o âmbito em que ela venha a se manifestar.

Assim, poderia se manifestar *diretamente*, no âmbito do *direito privado*, quando uma pessoa celebra contratos com outra e, desse modo, sujeitar-se-ia a determinadas obrigações que ela própria contraiu (*Pacta Sunt Servanda*).

Também poderia se manifestar *indiretamente*, no âmbito do *direito público*, quando os representantes eleitos pelas pessoas e reunidos em Assembléia Constituinte

³⁷⁹ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O Contrato social**. São Paulo: Editora Cultrix, 1995, v. 2, cap. VI, p. 47-50.

ou em um Congresso Nacional, sob o princípio majoritário que dá expressão jurídica à democracia representativa, promulgam *obrigações* (no caso, *leis*) que valerão abstratamente para todos: “*a vontade de cada um do povo foi traduzida pela vontade de seu representante.*” Seria assim a lei expressão da famosa *vontade geral*.

Todavia, para além dessa abordagem ainda tingida com as cores de um *romantismo iluminista*, não podemos deixar de constatar que, em uma perspectiva amparada na dogmática constitucional contemporânea,³⁸⁰ o princípio da legalidade é, de fato, uma das manifestações do princípio do Estado de Direito - estando ele (princípio da legalidade) no mesmo plano normativo que outros princípios estruturantes deste Estado de Direito - tal como o *princípio da segurança jurídica*, nas dimensões referentes à *proteção à confiança legítima e boa-fé*.³⁸¹

Desse modo, o *princípio da legalidade* não deve ser confundido com o (*meta*) princípio do Estado de Direito do art. 1º da CF/88. Pelo princípio do Estado de Direito toda a atividade estatal está subordinada ao Direito e somente se exterioriza por formas jurídicas.

A legalidade seria apenas uma das tantas formas jurídicas de exteriorização da atividade jurídico-estatal. Por isso podemos concluir que o princípio da legalidade é, em uma perspectiva jurídico-normativa, um subprincípio do Estado do Direito.

Quanto à sua estrutura, constitui-se ele próprio de dois subprincípios distintos, um formal e outro material - respectivamente os subprincípios da *supremacia da lei* e da *reserva legal*.

O *subprincípio da supremacia da lei* estabelece que, a *lei formal*, nesse sentido compreendendo-se apenas ato normativo emanado do Parlamento na forma de um *devido processo legislativo*, nos exatos termos estabelecido pela Constituição Federal a partir do seu art. 59, possui *hierarquia superior* a qualquer das formas jurídicas pelas quais a Administração Pública atua. Com isso quer afirmar que atos formais da Administração (sejam eles praticados pelo Executivo no uso de sua competência típica, ou na utilização atípica da mesma competência – administrativa - por órgãos de outros Poderes), que por ventura venham a violar o *subprincípio da supremacia da lei*, **são**

³⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

³⁸¹ COUTO E SILVA, Almiro. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos**: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União. Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 2, abril/maio/junho, 2005, p. 4-5.

inválidos, e, por isso, na generalidade dos casos (há exceções, como a prevista no art. 54 da Lei 9784/99 – Lei do Processo Administrativo da União), tais atos normativos devem ser declarados nulos, destituídos de eficácia, pela própria Administração (Súmula 473 do STF) ou pelo Poder Judiciário quando provocado.

Quanto ao *subprincípio da reserva legal* ou da *reserva da lei*, determina ele que certas matérias ou conteúdos estão reservados à lei, só podendo os mesmos ser regulados ou regulamentados por intermédio de lei em sentido formal. Isso quer dizer que as espécies normativas que normalmente estão à disposição da Administração Pública (Regulamentos, Portarias, Resoluções, Instruções, etc.), não são aptas para regular ou regulamentar essas matérias ou conteúdos. Sendo assim, no âmbito dessas matérias ou conteúdos a Administração Pública possui legitimidade para agir se inexistir a respectiva lei formal regulamentadora.

Se tal prescrição eventualmente vier a ser ignorada, a regulamentação promovida pela Administração Pública de matérias ou conteúdos reservados à lei é inválida e, portanto, nula. O mesmo valeria para a atividade da Administração Pública praticada sem *base legal*. Mas, afinal, no que constitui essa base legal? Qual o seu alcance e conteúdo?

Para melhor situar o problema, é preciso ressaltar que a quase que unanimidade da doutrina brasileira afirma de maneira taxativa e absoluta (inexistindo mesmo em alguns autores sequer uma fundamentação dogmático-jurídica mais elaborada e cuidadosa capaz de explicar esse verdadeiro truísmo), que por força do princípio da legalidade, *enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”*.³⁸²

Desse modo, a Administração só poderia agir quando expressamente autorizada por lei em sentido formal. Todo e qualquer ato administrativo, não interessa a sua espécie ou modalidade só teria validade e eficácia se derivado de uma *manifestação prévia do legislador ordinário*. O mais eminente de nossos administrativistas se coloca nesse campo de modo peremptório, afirmando que:

³⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 82. Nesse mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 63.

*“Nos termos do art. 5º, II, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Aí não se diz em virtude de decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se ‘em virtude da lei’. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria, ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.”*³⁸³

Todavia, mais recentemente, a dogmática constitucional passou a questionar os limites e o conteúdo normativo dessa concepção de legalidade à qual se encontraria submetida à Administração. Surgiu então a chamada *teoria do bloco de legalidade*.³⁸⁴

De início, vale notar que, nas afirmativas acima, os *subprincípios da reserva legal* e da *supremacia da lei* são descritos de modo uniforme, conglobados, como se sinônimos fossem.

No entanto, tais proclamações requerem antes de tudo que a expressão *Lei* seja interpretada de maneira ampla, ultrapassando-se a *concepção tradicional de legalidade* rumo a um plano normativo mais extenso, que pode ser expresso pelos princípios gerais da *juridicidade* e/ou da *licitude*.

No âmbito jurídico definido por esses princípios, *qualquer modalidade de ato normativo* (incluindo-se aí do texto positivado da Constituição aos Regulamentos administrativos, Resoluções, Decretos, Instruções, etc.), seria equiparado à *Lei*. Com isso se quer dizer que a *Lei* não deve ser entendida *apenas como lei em sentido formal*, mas, sim, em seu *sentido material*.

A esse conjunto amplo de normas, desconectadas de sua fonte de produção em sentido formal, denomina-se *bloco de legalidade* - ou simplesmente *princípio da legalidade em sentido amplo*.

Subjacente a esse conceito amplo estaria também a concepção oposta, segundo a qual a ação administrativa por meio de sua forma elementar de intervenção jurídica no plano da realidade (o ato administrativo) só seria legítima quando exprimisse um conteúdo individual e concreto.

³⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 99-100.

³⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 919.

Então, no que diz respeito ao *subprincípio da supremacia da lei*, todo ato materialmente administrativo deve estar pautado em algum ato materialmente legal – cujo alcance vai da Constituição às leis formais, aos regulamentos, resoluções, etc.

De modo mais claro está a se afirmar que toda decisão individual/concreta da Administração precisa estar de acordo com *normas gerais e abstratas*.

Apenas no que diz respeito ao *subprincípio da reserva legal*, notadamente nos casos de reservas legais expressas e, para o caso do princípio geral do art. 5º, II, CF/88, é que o termo *Lei* deve ser compreendido no seu *sentido formal* - como ato normativo proveniente do Poder Legislativo e na forma do *devido processo legislativo* disposto a partir do art. 59 da CF/88.

Ora, sabemos que os princípios do *caput* do art. 37 da CF/88, donde se retira diretamente a normatividade necessária para a vedação ao nepotismo, não estão sujeitos a qualquer espécie de *reserva legal* ou *reserva da lei* – visto que, tal imposição deveria dar-se de modo expresso, como fez o constituinte originário ao tratar de outras matérias, quando após expressões características dessa modalidade de limitação, referida em locuções tais como *na forma da lei, por lei específica, nos termos de lei regulamentadora*, etc. De modo que, não se encontra a Administração, nesse tema particular, na dependência de um comando normativo específico editado pelo Legislativo para poder atuar de modo a reprimir práticas de nepotismo.

Por outro lado, há que se reconhecer também que, possuindo o Parlamento como uma de suas funções típicas a edição de leis por meio das quais ele desenvolve de modo prevalente a normatividade constitucional em relação aos demais Poderes, existindo lei formal disciplinando disposição da Constituição em um sentido determinado, de modo compatível com as demais normas do sistema constitucional vigente, não poderá a Administração se servir das espécies normativas a ela franqueadas pela ordem jurídica para dispor de modo diverso daquilo que o Legislativo já o fez por meio próprio – *subprincípio da supremacia da lei*.

Depois de todas essas digressões em torno do *conceito de legalidade*, seus *subprincípios* (*supremacia da lei; reserva de lei*), das noções de *licitude* e *juridicidade* como estruturantes do conceito contemporâneo de *bloco de legalidade*, podemos voltar à questão da qual partimos: pode a Administração utilizar-se das espécies normativas a ela disponibilizadas pela ordem jurídica para adensar e concretizar normas-princípio positivadas na própria Constituição Federal? Poderia, por exemplo, o CNJ expedir de modo válido e eficaz o conteúdo veiculado por meio de sua Resolução n. 07/05? Enfim,

no que diz respeito aos limites da competência administrativa, poder-se-ia substituir a clássica expressão *com base na lei*, por outra do tipo *com base no direito* e, portanto, poderíamos extrair fundamento de normatividade para a intervenção administrativa diretamente da Constituição Federal? Estariam todos os poderes estatais autorizados a desenvolver em seus respectivos âmbitos a normatividade constitucional?

Em nossa opinião, a resposta a todas essas indagações, só pode ser afirmativa. E Nessa mesma direção apontam outros estudiosos do tema, como por exemplo, PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO, para quem “pode-se afirmar que no moderno constitucionalismo há uma tendência que de certo modo modifica o que ocorria no passado: as Constituições não são apenas um estatuto jurídico do poder político, mas são também condutoras de valores, objetivos e programas *que se impõe a todos os poderes do Estado*. Os poderes públicos, em qualquer de suas formas, estão vinculados a esses valores e tarefas, que a Constituição lhes impõe. Ao Poder Legislativo se impõe a tarefa de traduzir, em nível legislativo, os valores e as políticas traçadas de maneira mais abstrata no aspecto constitucional. Ao Poder Executivo cabe a missão de concretizar no mundo fenomênico as políticas públicas traçadas na Constituição, implementar seus valores, e não conflitar com eles. Ao Poder Judiciário também é reservada a extraordinária tarefa de proceder ao controle da Administração Pública, verificando se na implantação das políticas públicas, na administração do Estado, nas relações entre Estado e pessoa, estão sendo respeitados os vetores axiológicos constitucionais. Ainda mais do que isso, ousaria dizer que, quando os Poderes Legislativo e Executivo falharem e se acovardarem no implemento desses vetores, o Poder Judiciário deve ter a coragem de fazer concretizar, nas hipóteses submetidas a seu exame, as normas constitucionais, independentemente de prévia atividade legislativa ou administrativa. Se tem como razoavelmente pacífico que ao Poder Judiciário incumbe a guarda da Constituição, tem-se como consequência seu dever-poder de controlar os atos administrativos e mesmo os legislativos, e de cotejá-los com a Constituição, suas normas, valores e principiologia. Para tanto, e como guardião da Constituição, o Poder Judiciário deve aplicá-lo sem restrições, diretamente que seja, sem a intermediação da lei, no tocante inclusive a sua principiologia e às normas que conduzem carga programática.”³⁸⁵

³⁸⁵ COSTA COELHO, Paulo Magalhães. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 20-21.

Outro autor que apontou uma reconfiguração da atividade administrativa em decorrência dos novos desenvolvimentos da dogmática constitucional e seus aspectos atinentes à chamada *crise da legalidade formal* foi LUÍS ROBERTO BARROSO, que na condição de patrono da ADC nº 12 assim se colocou em face da matéria:

“A crise da legalidade formal, a ascensão da Constituição e as transformações do Estado contemporâneo deram nova feição à ação administrativa. A Constituição, como se sabe, atribui competências de forma direta ao agente público, bem como estabelece parâmetros a serem por ele observados. O Estado social contemporâneo é um agente ativo, que presta serviços e regula atividades, vinculando-se à realização de fins definidos pelo texto constitucional. A lei formal, incapaz de atender com presteza às demandas desses novos Estados e sociedades, deixou de ser a única fonte de atos normativos, ou a única intermediária entre a Constituição e os atos concretos de execução, sendo muitas vezes, ela mesma, fonte de delegação de poderes normativos para instâncias administrativas. Nesse contexto, a vinculação específica do administrador à lei formal deu lugar a fenômeno diverso. A vinculação da Administração Pública passou a se dar em relação a um bloco mais amplo de juridicidade, que congrega não apenas as leis formais, mas também e, sobretudo, a Constituição. Assim, mesmo na ausência de ordem ou autorização específica de lei formal, a Administração poderá estar obrigada a agir por conta de imposições diretamente extraídas do texto constitucional. É certo que, no âmbito de sua competência, o desenvolvimento que a lei formal venha a dar a determinada disposição constitucional terá preferência sobre aquele por acaso consolidado no âmbito da Administração. A ausência de lei, porém, não interfere com o dever da Administração de dar cumprimento à Constituição.”³⁸⁶

No plano jurisprudencial, o STJ já havia reconhecido que *o conceito de lei federal* para impetração do recurso especial (art. 105, III, "a") é conceito amplo, que envolve *não somente a lei em sentido formal*. No mesmo sentido avançou a jurisprudência do STF ao analisar especificamente a questão do nepotismo em diversas situações.

Ao fundamentar o seu voto no julgamento da medida cautelar requerida em face da ADC nº 12/06, o Ministro GILMAR FERREIRA MENDES afirmou que “a ideia de submissão da Administração à lei é, hoje, quase óbvia. No entanto, como ensina GARCIA DE ENTERRIA, é preciso ter cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma

³⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Petição inicial**. ADC n. 12/06. Supremo Tribunal Federal, p. 16.

específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que HAURIUO chamava de ‘bloco de legalidade’.³⁸⁷

Na perspectiva apontada pelo Ministro, o fato da CF/88 prescrever que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (art. 5º, II), requer que por *lei* se compreenda o ordenamento jurídico em seu conjunto, buscando-se na própria Constituição o seu fundamento de validade formal e material. Tal interpretação nos impeliria a redefinir a interpretação do II, do art. 5º, de modo a admitir que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido na própria Constituição e nas normas dela derivadas*.

*“Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou de princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontologicamente determinada estabelece uma estrita vinculação da Administração Pública. Por exemplo, a regra da anterioridade tributária descrita pelo enunciado normativo do art. 150, III, da Constituição. No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa, certas margens de livre apreciação (freie Ermessen) ao Poder Administrativo. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art. 37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade.”*³⁸⁸

No Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, relatado pelo Ministro RICARDO LEWANOWSKI, o STF enfrentou diretamente esta questão de modo bastante ilustrativo. Verificou-se que no Município de Água Nova, Estado do Rio Grande do Norte, existiam funções gratificadas e cargos comissionados ocupados por parentes de agentes públicos do Município em questão, prática a qual inclusive o Tribunal de Justiça reconhece ser denominada por nepotismo. Mas expede entendimento segundo o qual *não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na referida prática*.

O acórdão recorrido foi mais além ao afirmar que a Carta Magna, em se tratando de cargos públicos de livre nomeação, não estabeleceria qualquer *limitação relacionada ao grau de parentesco porventura existente entre a pessoa nomeada e algum agente público*. Em transcrição feita pelo Ministro em seu voto, do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, afirma-se que *é a Constituição que permite o chamado “nepotismo”, na medida em que dá ao administrador público liberdade para ocupar*

³⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto**. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 70.

³⁸⁸ Op. Cit. p. 72.

*parte dos cargos que tem à sua disposição com pessoas de sua confiança, independentemente do fato de serem ou não seus parentes.*³⁸⁹

Em arremate, o acórdão recorrido ainda afirmou que somente por meio de lei (municipal) específica, que no caso em questão não existia, se poderia estabelecer restrições à investidura de parentes nos cargos de confiança do Município apelado.

O Relator fez ainda questão de consignar que o entendimento do órgão do Tribunal de Justiça não teria sido unânime, tendo o voto divergente se manifestado no sentido de que, apesar de inexistir lei local impeditiva da prática do nepotismo, tais contratações de parentes seriam ilícitas na medida em que a Administração Pública deveria se pautar conforme ao princípio da moralidade, ao qual *corresponderia à obrigação de agir segundo os padrões éticos de probidade, decoro, honradez e boa-fé.*

Nesse mesmo sentido, reconhecendo ampla normatividade aos princípios constitucionais, e a possibilidade do seu desenvolvimento por outras espécies legislativas que não apenas a lei em sentido formal se posicionou o relator do RE:

*“De fato, embora existam diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo, inclusive no âmbito desta Corte, tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou efetivo, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, como ensina Canotilho. A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário.”*³⁹⁰

Em seu voto, o Ministro Relator destacou também que em face da expressiva densidade axiológica e elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do art. 37 da Constituição, seria evidente concluir-se que dela irradia a proibição ao nepotismo, desnecessária no caso a existência de uma norma secundária para obstar formalmente a reprovabilidade dessa conduta.

³⁸⁹ LEVANDOWSKI, Ricardo. **Voto-Relator.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951-4/RN. Seção realizada em 20/08/2008. D. J. nº 202, 24/10/2008. EMENTÁRIO nº 2338 – 10, p. 1881.

³⁹⁰ Op. Cit. p. 1887-1888.

Seria preciso então expurgar essa prática que, na opinião do Relator, resistiria de modo lamentável em *alguns bolsões de atraso institucional* - ainda existentes no país. Mas do ponto de vista estritamente normativo, bastaria contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo da Constituição (art. 37, *caput.*).

Discorrendo sobre as diversas modalidades de eficácia passíveis de serem reconhecidas em relação às normas jurídicas de hierarquia constitucional, faz referência expressa à chamada *eficácia negativa*, que autorizaria a declaração de invalidade de todas às demais normas (aqui consideradas em seu sentido amplo, para além da legalidade formal), e todos os demais atos normativos que eventualmente contravenham disposições ou efeitos previstos e/ou pretendidos pelo enunciado de tais disposições constitucionais.

Argumenta que atribuir apenas ao Legislativo ou ao Executivo a competência para exaurir, mediante ato formal, todo o conteúdo dos referidos princípios, implicaria tal disposição, na contenção dos efeitos já reconhecidos aos postulados normativos da supremacia, unidade e harmonização das normas constitucionais.

Isso redundaria em evidente subversão da hierarquia normativa, de modo a submeter Constituição e o sistema jurídico que ela institui, à vontade discricionária do legislador ordinário - que desse modo hipertrofia o princípio majoritário. Por isso, o Estado Democrático (*princípio majoritário*) precisa ser permanentemente contido pelo Estado de Direito (*tutela dos direitos fundamentais e interesses públicos indisponíveis*).

Daí porque também não poderia o legislador ou o administrador dispor livremente acerca do conteúdo dos princípios constitucionais, eventualmente transformando-os em cláusulas vazias – até por sua inércia (ilícita) na utilização da competência regulamentar ou no desenvolvimento legislativo de políticas públicas previstas pelo constituinte originário.

Dentre esses princípios, o Relator do RE 579.951/RN, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, destaca o da moralidade e o da impessoalidade, que em sua opinião, exigiriam do agente público uma conduta pautada por padrões éticos que teriam como escopo realizar a função administrativa, em quaisquer das esferas de Poder ou nível político-administrativo da Federação em que atue. Fundamenta seu entendimento no fato de o próprio constituinte originário, seguido pelo derivado a partir da aprovação da EC-19/98 que implementou a chamada “reforma administrativa”, ter instituído balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, em relação aos administradores

públicos, que de alguma forma, venham a perseguir finalidade distinta daquela definida pela regra da função administrativa.

“Além de ofensiva à moralidade administrativa, a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigem concurso público, como já se viu acima, fere o princípio da impessoalidade e, por extensão, o basilar princípio da isonomia, porque prevalece o nefasto “QI”, o popular “quem indica”, mencionado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto pioneiro sobre o nepotismo, na ADI 1.521/RS, em que o Plenário indeferiu pedido de medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que traziam normas vedando a contratação de parentes de autoridades públicas. E no mais das vezes, a nomeação de parentes dada absoluta inapetência destes para o trabalho e o seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem, vulnera também o princípio da eficiência, introduzido pelo constituinte derivado no caput do art. 37 da Carta Magna, por meio da EC 19/1998, num evidente desvio de finalidade, porquanto permite que o interesse privado isto é, patrimonial, no sentido sociológico e também vulgar da expressão, prevaleça sobre o interesse coletivo.”³⁹¹

Prosseguiu o Ministro argumentando no sentido de que não seria de hoje que teria se formado um consenso social referente à reprovabilidade do nepotismo e de todas as condutas que, mesmo travestidas de uma aparência de legalidade, viessem a *contrariar o direito público dos cidadãos ao trato honesto dos bens que a todos pertencem.*

Daí porque repele veementemente o argumento (falacioso) segundo o qual, se a Constituição Federal não vetou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes, essa prática seria lícita. Estaria tal afirmação totalmente apartada do *ethos* que permearia a Constituição-cidadã.

De igual modo repeliu-se a alegação - considerada artificiosa - segundo a qual, no caso ali concretamente apreciado não existiria, nos autos, qualquer particularidade há desqualificar os servidores ocupantes dos cargos apontados, inexistindo mesmo qualquer referência de que os nomeados não fossem capacitados ou de que não estivessem desempenhando suas funções de forma correta. Sendo assim, presumir-se-ia que, pela ausência de tais observações negativas, estar-se-ia no caso em questão prestando homenagem ao princípio da eficiência. O Ministro procurou então demonstrar que não era essa exatamente a questão que ali deveria ser discutida:

“É que o que está em causa não é o trabalho desempenhado por esses “servidores-parentes”, mesmo porque a obrigação de bem trabalhar constitui dever de todos os ocupantes de cargos públicos, sejam eles concursados ou não.

³⁹¹ Op. Cit. p. 1892-1893.

*O que está em debate, com efeito, não é a qualidade do serviço por eles realizado, mas a forma do provimento dos cargos que ocupam, que se deu em detrimento de outros cidadãos igualmente ou mais capacitados para o exercício das mesmas funções, gerando a presunção de dano à sociedade como um todo.*³⁹²

Ademais, no mesmo sentido já trilhado por outros Ministros quando apreciaram o tema em outras oportunidades, ressalta que tal modo de investidura é vedado em face de uma normatividade que resulta da combinação e/ou articulação (nos termos em que já discutimos anteriormente) dos princípios da impessoalidade e da eficiência. Reporta-se inclusive a uma manifestação do Ministro CÉZAR PELUSO, na qual se afirma que o princípio da impessoalidade está ligado à ideia de eficiência porque constitui condição ou requisito indispensável de eficiência operacional da administração pública. Reportando-se a ODETE MEDAUAR, aduz que eficiência se contraporia à lentidão, descaso, negligência e omissão, características habituais da administração pública brasileira que assim permaneceriam – na opinião do Ministro – enquanto perdurar a histórica confusão que os administradores públicos (admitindo ele honrosas exceções), promovem entre o patrimônio público e o privado. E a título de arremate, assim se pronunciou o Ministro sobre o mérito da pretensão recursal:

*“Por fim, observo que não se mostra razoável admitir que uma conveniente interpretação literal dos incisos II e V do art. 37 da lei Maior possa contrariar o sentido lógico e teleológico do que se contém no caput do referido dispositivo, em flagrante dissonância com a ideia de unidade e harmonização que deve nortear a hermenêutica constitucional. Por tudo quanto aqui exposto, entendo que carece de plausibilidade a exegese segundo a qual o nepotismo seria permitido simplesmente porque não há lei que o proíba.”*³⁹³

Sendo assim, como pudemos demonstrar, seja em face da compreensão doutrinária hoje amplamente majoritária no que diz respeito ao princípio da legalidade, seu conteúdo e alcance, âmbitos de intercessão com os conceitos de juridicidade e licitude - tudo isso no âmbito de uma ordem jurídico-constitucional claramente pós-positivista; ou em razão do entendimento jurisprudencial expedido pelo STF na apreciação de diversos julgamentos envolvendo a matéria nepotismo, é hoje assente o entendimento que clama pela desnecessidade de lei específica para a vedação e repressão ao nepotismo, em face da vinculação direta do Poder Público à normatividade constitucional.

³⁹² Op. Cit. p. 1898.

³⁹³ Op. Cit. p. 1900.

6.5 - A Vedação ao Nepotismo em Face da Tutela dos Direitos Individuais Fundamentais

Tanto no âmbito do Poder Judiciário por conta da Resolução n. 07 do CNJ, quanto no Legislativo e no Executivo em razão da Súmula Vinculante n. 13 do STF, muitos foram os que a elas opuseram o argumento de que sua aplicação a situações já constituídas antes de suas respectivas edições violaria direitos fundamentais de servidores nomeados ou contratados em desacordo com os termos das referidas normativas, bem como, dos titulares de contratos estabelecidos entre órgãos dos três Poderes, sem observação do procedimento licitatório, com empresas em relação as quais os respectivos sócios ou dirigentes sejam cônjuges, companheiros ou parentes de membros de algum desses Poderes.

De imediato, e de modo genérico e abstrato, não se vislumbram de forma evidente, os direitos fundamentais que poderiam aqui estar sendo violados em face de um ato administrativo que, dando cumprimento às referidas normativas, viesse a exonerar servidor ou anular contrato administrativo com elas incompatível.

Mas, considerando-se a questão, *em tese*, teríamos que partir do pressuposto segundo o qual direitos fundamentais, por natureza, tendem a colidir entre si em casos particulares, o que impõe a necessidade de estabelecer-se *harmonização e concordância prática* entre eles, razão pela qual, o próprio STF já se manifestou no sentido de *inexistirem direitos e garantias individuais de natureza absoluta*.³⁹⁴ Com isso quer se dizer que direitos fundamentais individuais devem conviver com outros direitos e bens jurídicos igualmente previstos no sistema constitucional.

Por outro lado, já foi afirmado o primado segundo o qual do núcleo essencial de princípios fundamentais, como os da impessoalidade e da moralidade, retiram-se *regras*, como a que veda o nepotismo na Administração, com a aptidão para vincular o Poder Público de forma direta – não obstante, edição de lei formal na matéria, possa dispor de modo próprio, vinculando à administração aos seus termos (*subprincípio da supremacia da lei*).

Sendo assim, ao aplicar essas regras a algum caso concreto, poderá algum ato administrativo editado pelo Poder Público impor restrições a direitos individuais. A existência ou não de lesão em situações como essa, terá que ser apreciada em sede

³⁹⁴ STF, DJU 12 maio. 2000, MS 23345/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

processual administrativa ou jurisdicional, nos termos estabelecidos pela legislação específica e pela dogmática constitucional contemporânea.

Mas quando se busca transitar da especulação genérica e abstrata para um plano de maior concreção, fica difícil imaginar qual direito fundamental poderia ser violado no caso de um ato administrativo que ao dar aplicação à Resolução n. 07/05 do CNJ ou à Súmula Vinculante n. 13 do STF, venha a exonerar algum servidor ou anular algum contrato por desconformidade com os seus termos.

Isso porque seria absurdo argumentar que a nomeação de parentes para cargo em comissão, constituiria *um direito fundamental* ou mesmo *subjetivo* - seja em face do nomeante ou do nomeado. Nenhuma razoabilidade assistiria também ao Poder Público, ou à sócios de empresas privadas, unidos por laços de parentesco ou afinidade, de pretenderem possuir um *direito* para contratar sem licitação ou de ignorar a regra constitucional do concurso público. Também não nos parece fazer qualquer sentido o argumento segundo o qual atos normativos como a Resolução nº 07/05 do CNJ ou a Súmula Vinculante nº 13 estariam a criar uma *nova modalidade de rescisão contratual* não contemplada nos contratos já celebrados com a Administração – visto que o que se trata aqui não é de rescisão, ato discricionário sujeito aos preceitos da conveniência e oportunidade, mas de declaração de nulidade. E mais, se o conflito de interesses se der nesse âmbito, qual direito fundamental estaria sendo violado?

Raciocinando, *em tese*, nos parece que o único direito fundamental oponível em uma situação como esta seria o da *segurança jurídica*, em sua modalidade de *proteção à confiança legítima* - mas oponível apenas em face de *terceiros de boa-fé*. E se o litígio em questão se der na órbita da União, nos moldes fixados pelo *caput* do art. 54 da Lei 9784/99.

Todavia, na grande maioria dos casos, estará a Administração vinculada à regra oriunda do núcleo essencial dos princípios da impessoalidade e da moralidade, agora pautados nos termos desenvolvidos pela Resolução 07/05 (CNJ) e Súmula Vinculante n. 13 (STF), devendo ela declarar inválidos nomeações e contratos violadores das respectivas disposições normativas.

Ademais, no que diz respeito aos servidores públicos, é amplamente majoritário o entendimento na jurisprudência e na doutrina, segundo o qual, os membros dessa categoria profissional não possuem direito adquirido a qualquer regime jurídico. Isso se dá em razão da primazia em sede de direito administrativo do *princípio da supremacia*

do interesse público – que em hipótese alguma poderia se quedar refém de interesses corporativistas.

Sendo assim, em um contexto balizado pelos postulados da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* a serviço do interesse público, poderá o ente estatal a qualquer momento rever o conteúdo da relação jurídica que o vincula ao seu respectivo quadro funcional, alterando as disposições até então vigentes, em prol de outras mais convenientes e adequadas às circunstâncias presentes.

Mais ainda, no caso específico de situações de nepotismo previstas pela Resolução 07/05 e pela Súmula Vinculante nº 13, trata-se exclusivamente de cargos em comissão e/ou funções gratificadas, bem como de contratos por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público com dispensa de respectivo processo seletivo – relações contratuais nas quais o vínculo jurídico que une os admitidos à administração é caracterizado pela absoluta precariedade.

Veja-se que a regra de competência predispõe que a nomeação para cargos em comissão (art. 37, II, da CF/88) fundamenta-se em confiança, que pode exaurir-se a qualquer momento, independente de qualquer vinculação a algum ato específico - demissíveis *ad nutum*, com as limitações previstas pela *teoria dos motivos determinantes*. Portanto, não há que se falar também em violação do direito fundamental que protege direito adquirido ou ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI).

Quando se considera o caso de servidores temporários, admitidos por tempo determinado para atender a necessidade de excepcional interesse público, igualmente, não vislumbramos nenhuma base jurídica hábil para sustentar uma pretensão voltada para a manutenção de vínculo dessa natureza para com a Administração – o que não só retira a discussão da seara dos direitos fundamentais, como afasta até mesmo a violação a qualquer direito subjetivo, ao menos em tese, em casos dessa natureza.

No que tange aos contratos administrativos, é incito ao seu conceito, a possibilidade de sua modificação e/ou revogação unilateral em face da conveniência e oportunidade necessária para se assegurar o interesse público. No caso de constatação de ilegalidade/inconstitucionalidade, possui a Administração *o dever* de anular os próprios atos praticados em desconformidade com o que estabelece a ordem jurídica vigente – tudo isso nos termos da velha Súmula 473 do STF e, no âmbito específico da União, do art. 53 da lei 9784/99.

E é a própria lei 9784/99, secundada por outras como a lei 8666/93, que prescreve que nessas circunstâncias – anulação/revogação de contratos administrativos -

cabará à Administração garantir aos interessados o direito de se manifestarem antes da respectiva rescisão. E, como já fizemos menção pouco acima, se a questão envolver interesses de terceiros de boa-fé, em nome do princípio da segurança jurídica, em sua modalidade de proteção à confiança legítima, pode até mesmo acontecer do ato ilegal/inconstitucional ter os seus efeitos mantidos – de modo peremptório, se tiver decorrido o prazo decadencial previsto no *caput* do art. 54 da lei 9784/99.³⁹⁵

Sendo assim, percebemos que, de um modo geral, atos administrativos por meio dos quais se nomeia alguém para cargo em comissão, ou contratos administrativos nos quais se deixou de observar o devido procedimento licitatório para beneficiar parentes, amigos ou apaniguados vinculados às pessoas jurídicas contratadas na condição de sócios ou dirigentes são, por natureza, inválidos por transgredirem disposições expressas da Constituição previstas pelo núcleo essencial dos princípios da impessoalidade e da moralidade e os comandos específicos referentes a essa matéria desenvolvidos pela Resolução n. 07/05 (CNJ) e pela Súmula Vinculante n. 13 (STF).

O ato de exoneração/anulação praticado com base em tal normatividade, não lesa direito fundamental (de regra, não lesa nem mesmo direitos subjetivos) dos envolvidos na questão – ressalvados eventuais interesses de terceiro de boa-fé.

Vejamos agora como STF enfrentou essa questão. O assunto foi trazido à apreciação do tribunal em razão da ADC n° 12/06 proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB). Em sua manifestação, o Ministro EROS GRAU, se pronunciou sobre algumas questões que teoricamente poderiam implicar em violação a direitos fundamentais ou subjetivos em razão do conteúdo normativo disposto pela Resolução n° 07/05 do CNJ:

“A Resolução também não restringe direitos de servidores públicos e de terceiros, relações contratuais, criando modalidade de rescisão contratual não contemplada nos contratos já celebrados com a Administração. A uma porque, como largamente afirmado por esta Corte, os servidores públicos não são titulares de direito adquirido a regime jurídico. A duas, quanto aos nomeados para o exercício de cargos em comissão e aos contratados por tempo determinado, em situações excepcionais, porque o rompimento da relação de trabalho atenderá, no caso, às imposições da moralidade e da impessoalidade.

³⁹⁵ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União. Salvador: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 2, abril/maio/junho, 2005, p. 22-29.

*Imposições que abrangem todos os contratos celebrados com a Administração.*³⁹⁶

Já em sua manifestação nessa mesma ação, o Ministro CÉZAR PELUSO, além de rechaçar a possibilidade de um ato normativo coibindo o nepotismo ferir direitos fundamentais ou subjetivos de servidores e pessoas que contratem com a Administração de modo desconforme com o que as normativas estabelecem, procurou também demonstrar que estes interesses privados, se acaso colidissem com o interesse público, jamais poderiam sobre este preponderar. E isso independentemente das características individuais de quem eventualmente se coloque nessa situação, de possuir ou não competência para o cargo ou função - como já tivemos oportunidade de abordar em outro tópico desse capítulo.

*“E também não vejo, na situação dos servidores, nenhuma ofensa a direito subjetivo. Conforme o eminente Ministro Relator já acentuou, é precária a situação desses nomeados, porque, respondendo à questão fundamental da causa – se se trata de prática ofensiva à Constituição -, daí não pode irradiar-se nenhum direito subjetivo, e, portanto, tampouco se pode pensar em termos de isonomia etc. O tema – e assim também o eminente Ministro Relator, com grande lucidez, ressaltou no seu belo voto, até chamando atenção para alguns aspectos que mostram os embaraços que o administrador público sofre na tutela do interesse público, quando tem sob sua autoridade, parentes ou pessoas próximas ligadas por laços de consanguinidade ou afetividade etc. – faz-nos pensar um pouco sobre a realidade subjacente a esta causa: historicamente todo mundo sabe que o nepotismo nasceu do hábito de alguns Papas que nomeavam os sobrinhos (e também outros parentes), coisa que nos veio como legado da época da colonização e contra a qual se rebelou já a Constituição de 1824, ao instituir a obrigatoriedade do concurso público para, no dizer dos autores e dos historiadores, responder ao ‘privilegiamento’ escandaloso na nomeação de servidores públicos. Considerarei muito significativo que lei de 10 de junho de 1828, no art. 38, com idêntico propósito de coibir tal distorção administrativa, estatuiu: Art. 38. Nenhum Vereador poderá votar em negócio de seu particular interesse, nem dos seus ascendentes, ou descendentes, irmãos, ou cunhados, enquanto durar o cunhadio. Ou seja, desde muito não há dúvida nenhuma de que se trata de prática perniciosa ao interesse público. Não encontrei, salvo em casos isolados de algumas pessoas, ninguém que sustente cuidar-se de orientação proveitosa ao interesse público. Quero admitir, para argumentar, que, na grande maioria dos casos, tais nomeações recaem sobre pessoas de reconhecida competência, mas há largas exceções, e estas bastariam como risco grave à administração pública.”*³⁹⁷

³⁹⁶ GRAU, Eros. **Voto.** AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 47.

³⁹⁷ PELUSO, César. **Voto.** AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 57-58.

Outra questão levantada ao longo do julgamento da ADC nº 12/06, com relação a suposta violação de direito fundamental ou subjetivo, se deu em face do conteúdo da normativa ao definir os parâmetros de ilicitude em torno do conceito de nepotismo. Segundo os críticos, em primeiro lugar, a Resolução adotou conceito de nepotismo diverso daquele anteriormente adotado por diversas leis federais e estaduais, destacando-se entre essas diferenças a inclusão, dentre as vedações, do *parentesco por afinidade* e o chamado *nepotismo cruzado*; em segundo lugar, adotou um *conceito de parentesco*, com o intuito de tomá-lo como premissa para a caracterização de situações de nepotismo, diverso daquele contemplado na legislação civil – Código Civil, arts. 1.591 a 1.595.

Segundo os críticos, a diferença fundamental entre a Resolução e a legislação civil estaria na consideração como “parentes” do parentesco por afinidade até o terceiro grau.

Em sua manifestação, o Ministro GILMAR MENDES abordou a questão com muita propriedade, deixando claro, a inexistência de qualquer impedimento jurídico-normativo para que um órgão que arranca sua competência normativa específica diretamente da Constituição possa, para determinadas finalidades também específicas, incitadas à sua função constitucional, utilizar-se conceito de relacionamento familiar ou civil distinto da legislação em geral (Código Civil) – desde que tal reconceituação encontre fundamento nos valores e objetivos predispostos pela Constituição (*com fundamento no direito*).

“Os atos do CNJ estão necessariamente vinculados, por hierarquia normativa dentro do plano das leis de âmbito nacional, dentre outras, à Lei nº 10.406/02, que instituiu o vigente Código Civil. Isto não significa dizer que esteja impedido, para determinadas finalidades específicas (por exemplo, em direito administrativo, em direito processual), de utilizar-se de conceito de relacionamento familiar ou civil distinto (por supressão ou ampliação) àquele do Código Civil, mas desde que esta reconceituação se faça – aqui sim, precisamente pela inovação que representa – por lei (em sentido formal e estrito). O Código Civil, especialmente em seus arts. 1.591 a 1.595, define os conceitos próprios à caracterização do parentesco, e não vislumbro aqui qualquer incompatibilidade destas normas com aquelas que compõem a Resolução nº 07/05. E mais, precisamente de acordo com as premissas antes referidas, as normas desta Resolução devem ser interpretadas à luz das regras do Código Civil. (...) Ademais, especificamente no que diz com a Lei federal nº 9.421/96, não vislumbro, a partir da adoção, como premissa de interpretação, da Resolução nº 7, dos conceitos de parentesco consagrados no Código Civil, as eventualmente alegadas incompatibilidades: a) o ‘parentesco’ referido naquela lei deve ser compreendido como também considerando aquele ‘por afinidade’; e b) o ‘nepotismo cruzado’ a que se refere o inciso II do art. 2º da Resolução, é

apenas a explicitação de uma situação de eventual burla às suas próprias regras, não configurando uma previsão autônoma.”³⁹⁸

Por sua vez, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, enfrentou em sua intervenção a questão referente ao alcance dos termos proibitivos fixados pela Resolução nº 07/05, que segundo os críticos, ofenderia ao direito adquirido e/ou ato jurídico perfeito se tivesse por objetivo desconstituir situações referentes à nomeação para cargos ou funções em comissão anteriores à edição da respectiva normativa. Na opinião do Ministro, dada até mesmo a natureza de investidura precária estabelecida pela Constituição para o preenchimento desses postos, não haveria que se falar no caso em lesão a direitos fundamentais ou subjetivos de qualquer natureza.

*“Não tenho dúvida também em subscrever o que se disse, que não há direito fundamental em causa. A questão mais delicada é a dos provimentos anteriores à proibição. Nem aí há a admitir-se, sobretudo cuidando-se de cargos de investidura precária, a existência de direito adquirido à sua permanência. Ao contrário, em princípio, a vedação de nomeação de determinada pessoa implica – em princípio, repito – a vedação de continuidade de ocupar o cargo respectivo.”*³⁹⁹

Entendemos que o Ministro, ao frisar no texto acima transcrito, a expressão *em tese*, o fez assim como nós para ressaltar possíveis interesses e/ou direitos de terceiros de boa-fé eventualmente atingidos e que, ao analisar-se o caso concreto, talvez possa configurar situação na qual se vislumbre colisão entre princípios fundamentais (legalidade Vs. Segurança jurídica), que recomende solução diversa da regra geral.

³⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto.** AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 79-80.

³⁹⁹ PERTENCE, Sepúlveda. **Voto.** AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 117.

6.6 - Competência Normativa, Disciplinar, e Meios de Controle Predispostos para a Repressão ao Nepotismo

Sabe-se que a Administração é composta por órgãos, considerados verdadeiros “círculos de atribuições”, aos quais, a ordem jurídica atribui um plexo de competências públicas, cuja vontade se exterioriza por meio dos seus agentes.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴⁰⁰ faz alusão à conceituação insatisfatória adotada pela maioria da doutrina brasileira no que diz respeito às competências administrativas, tradicionalmente definidas como *uma demarcação de poderes*,⁴⁰¹ *um feixe de poderes* ou *um círculo de poderes*, expressando de um modo impróprio e até mesmo escamoteando a verdadeira natureza das competências administrativas.

Chama então nossa atenção para o fato de que, “inobstante os poderes que elas exprimem sejam efetivamente, seu lado mais aparente, antes que *poderes* as competências são *deveres*, o que é particularmente visível no caso das competências administrativas. Na verdade, elas são *deveres-poderes*, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão *poder-dever*, que começou a ser utilizada, algumas vezes no Direito Administrativo, a partir das lições de SANTI ROMANO. É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes nele investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.”⁴⁰²

O que se quer é ressaltar que estar no exercício de uma competência legalmente atribuída pela ordem jurídica para a realização de uma função administrativa, implica a constituição de uma *situação de sujeição*. Estará o sujeito investido no exercício dessa atividade totalmente impedido para fundamentar suas escolhas com base em preferências pessoais. Os titulares destas situações subjetivas receberiam suas competências para as

⁴⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 138.

⁴⁰¹ A expressão “poder” – *poderes administrativos* -, foi amplamente utilizada por Hely Lopes Meirelles, seguido por expressiva parcela da doutrina nacional, que definiu como suas espécies fenômenos tais como o “poder vinculado”, “poder discricionário”, “poder hierárquico”, “poder disciplinar”, “poder regulamentar”, “poder de polícia”. Em nosso entendimento, o tratamento técnico-conceitual mais adequado, convida ao abandono da expressão *poder* em face do termo *competência*. Até porque, expressões do tipo *poder vinculado*, acabam por configurar uma verdadeira *contradição em termos*.

⁴⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 139.

exercerem em prol de *um terceiro* cuja expressão jurídica se manifesta através de um interesse difuso da coletividade que representam.

As competências administrativas estão vinculadas a uma *situação de dever*, para a satisfação de uma obrigação (*encargo*) de prover o interesse público e coletivo. Sendo assim, tais competências teriam um caráter meramente instrumental, de meios sem os quais seria impossível ao *ente* Administrativo satisfazer os encargos que lhe foram atribuídos pela ordem jurídica vigente.

O poder, na competência, é a vicissitude de um dever. De modo que as competências administrativas não existem para a auto-satisfação do Estado, de seus órgãos ou agentes, sendo as mesmas instituídas exclusivamente para a persecução de certos objetivos de interesse comum.

A doutrina costuma ressaltar também a natureza infralegal incita ao exercício das competências administrativas. Aqui gostaríamos de fazer referência a tópicos deste e de outros capítulos desse trabalho no qual já esclarecemos a concepção aqui adotada para o *conceito de legalidade*, sendo a mesma uma concepção ampliada para o âmbito da *juridicidade*, que possui no texto constitucional o fundamento de legitimidade de todo o direito - o seu ponto de partida e de chegada. Feita essa ressalva, concordamos que o exercício das competências administrativas terá que se dar nos exatos limites definidos pelo direito vigente - *legalidade material*.

“Uma vez que a atividade administrativa é infralegal, submissa à lei e preordenada à satisfação de seus comandos, as competências administrativas nada mais podem ser senão feixes de atribuições concebidos para proporcionar a realização in concreto dos desideratos legais, cujo atendimento propõe-se para órgãos e agentes administrativos – repita-se e enfatize-se – como uma imposição à qual, de direito, não podem se esquivar. Segue-se que os poderes nela contidos, por definição, ficarão delimitados pelo necessário e suficiente ao cumprimento do escopo normativo, jamais podendo excedê-los.”⁴⁰³

Como se percebe, da linha de argumentação do autor acima transcrito, as competências administrativas outorgam para emprego no caso concreto, *o poder necessário e indispensável* para atingir-se o interesse em torno do qual foram elas atribuídas a alguém.

Trata-se de uma medida tanto de *contensão* quanto de *extensão*. Limita-se as prerrogativas do administrador para que ele não se exceda, não extrapole o que a ordem jurídica dele espera, restringindo-se ao mínimo necessário para a satisfação do interesse

⁴⁰³ Op. Cit. p. 140.

público. Mas por outro lado, no caso concreto, se particularidades existirem de modo excepcional para se cumprir a função administrativa, a ordem jurídica expande o âmbito da competência em questão, atribuindo-lhe a licitude necessária para o atingimento do seu escopo maior.

É aqui que percebemos claramente o modo pelo qual, na perspectiva posta por LUHMANN, a diferença entre *sistema* e *entorno*, não obstante prefigurada abstratamente na Constituição – que promove um acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e político - só pode ser observada concretamente no contexto de cada uma das operações realizadas ao longo de sua *autopoiesis*. Nesse ponto podemos observar uma forte identidade entre uma explicação sociológica para o sistema jurídico e a sua correlata em termos puramente normativos.⁴⁰⁴

No contexto da dogmática constitucional contemporânea,⁴⁰⁵ já foi dito que os princípios *instituem um estado de coisas a ser atingido*,⁴⁰⁶ constituem *mandados de otimização*,⁴⁰⁷ atribuindo a todos os Poderes estatais uma ampla competência de natureza material (administrativa) visando a sua devida concretização.⁴⁰⁸

Na maioria das vezes, emana dos princípios um campo de normatividade mais intenso, irradiando-se a partir do seu *núcleo essencial*,⁴⁰⁹ do qual se deduzem *regras* que vinculam (vedam a discricionariedade) os Poderes estatais na persecução do seu fim – deixando para os *entes* a escolha sobre os melhores meios disponíveis e a forma através da qual o objetivo constitucionalmente perseguido se manifesta de modo determinado no seu âmbito de atuação institucional.

Como já foi dito em outro tópico desse capítulo, pela *teoria dos poderes implícitos*, a atribuição de uma competência administrativa a um *ente estatal*, sobretudo, quando positivada no texto constitucional, implica na atribuição – de modo *implícito* – a este *ente* das competências normativas necessárias (dentre as espécies admitidas pelo art.

⁴⁰⁴ “Logo, a compostura do poder manejável ficará ineludivelmente delimitada pelo que seja deveras requerido para atendimento do interesse público que o justifica. Onde, em cada caso, coincidirá ontologicamente com o suficiente e indispensável para dar cumprimento ao dever de bem suprir o interesse em vista do qual foi conferida a competência.” Op. Cit. p. 141.

⁴⁰⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2009, p. 298/302.

⁴⁰⁶ ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 43.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 156.

⁴⁰⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1998, p. 287-288.

⁴⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 513-514.

59 da CF/88 para o respectivo ente estatal, observada eventual hierarquia normativa ou reserva de poderes entre elas) para atingir-se o objetivo a ele preordenado pelo sistema constitucional.

Ora, do *caput* do art. 37 retira-se uma regra de natureza cogente e vinculativa, que ordena a todos os Poderes estatais que persigam do modo mais intenso possível (*mandado de otimização*) a vedação ao nepotismo. Sendo assim, salta a toda evidência que esta mesma regra lhes confere as competências de natureza *normativa e disciplinar* necessárias para atingir-se do modo mais exitoso possível o comando constitucional.

Como consequência prática de tal constatação, temos que no âmbito de cada um dos Poderes, dos entes federados, de seus centros administrativos e órgãos de execução, é concedida uma competência normativa de natureza regulamentar,⁴¹⁰ com vistas a tornar lícito o desenvolvimento da regra-princípio (vedação ao nepotismo) no seu contexto institucional específico, desde que, pautados nas espécies normativas admitidas em direito e compatíveis no seu aspecto material e procedimental com o conjunto do sistema constitucional.

Uma normatização que se adensa progressivamente, do comando constitucional, passando pela intervenção legislativa (ou não), sendo retomada e desenvolvida nos Regimentos dos Tribunais, pelas Mesas das Casas legislativas, por Decreto dos Chefes do Poder Executivo, por Portarias ministeriais, por Resoluções adotadas por órgãos dotados de competência normativa originária, etc. Nesse itinerário, o âmbito de

⁴¹⁰ Na conceituação adota por nossa dogmática administrativista clássica, teríamos um *poder* (e não *competência*) regulamentar. Ela também faz referência à subordinação do poder regulamentar à lei, quando contemporaneamente, como já assente nesse trabalho, tal subordinação deve se dar *em relação ao direito* – sobretudo, à Constituição. Essa visão tradicional da competência regulamentar também costuma associá-la de modo exclusivo ao chefe do Poder Executivo, que a exerceria basicamente por meio de um instrumento normativo específico - que seria o Decreto. Todavia, hoje sabemos que o próprio texto constitucional pode instituir órgãos (como fez a EC/45 em relação ao CNJ) atribuindo a eles de modo expresso ou implícito (*poderes imanes*) uma competência regulamentar de natureza primária - que não depende de qualquer regulamentação infralegal para possuir eficácia e gerar efeitos. Feitas essas considerações, apresentamos o conceito formulado por Hely Lopes Meirelles sobre *poder regulamentar*: “Faculdade de que dispõe os Chefes de Executivo de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV) e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado. No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõe se reconheça ao chefe do Executivo o poder de regulamentar, através de decreto as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir o regulamento – autônomo ou de execução da lei -, não invada as chamadas ‘reservas da lei’, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 118-119.

normatividade vai se tornando mais minudente, *estreitando a malha*, e adquirindo uma estrutura jurídica *hierarquizada e sobreposta*.

No caso específico da vedação ao nepotismo, já apresentamos em outro tópico desse capítulo que a *regra-princípio* já foi desenvolvida objetivamente por diversas normas jurídicas: leis ordinárias no âmbito da União, dos Estados e até de alguns Municípios; Emendas à Constituição de alguns Estados-membros, como se deu no Rio Grande do Sul (art. 4º, da EC/RS nº 12/95); Regimento interno de alguns Tribunais; Decretos editados por alguns Chefes do Poder Executivo em todos os níveis da Federação, etc.

Tal possibilidade de desenvolvimento normativo continua em aberto, permitindo-se que os níveis mais inferiores da hierarquia administrativa possam esmiuçar o comando constitucional.

Todavia, a competência para regulamentar o vetor constitucional em seu âmbito institucional específico ficou condicionada de modo especial por duas intervenções normativas que, não obstante possuam *natureza primária* - por derivarem a sua competência normativa diretamente da Constituição -, não constituem lei em sentido formal. Trata-se aqui exatamente da Resolução nº 07/05 do CNJ e da Súmula Vinculante nº 13 do STF.

*“Ademais, também se pode afirmar, por aquelas mesmas premissas, e especialmente se adicionalmente considerarmos a ausência de competência legislativa geral, de sede constitucional, para a disciplina dos temas próprios ao funcionalismo público (é um dos exemplos clássicos, no nosso modelo, de competência legislativa comum), que a criação do CNJ pela EC nº 45 instituiu no sistema constitucional brasileiro autoridade administrativa – normativa e executória (grifo nosso) – cuja parametração, repita-se: exclusivamente na matéria que lhe é própria, é nacional e unitariamente impositiva às autoridades judiciárias (em caráter direto) e às demais autoridades do Estado brasileiro (em caráter indireto). Em outras palavras, no âmbito de sua competência o CNJ atua **sobrepondo-se** inclusive à legislação não-nacional (ou seja, federal – em sentido estrito –, estadual ou, se for o caso, municipal.”⁴¹¹*

Estas duas normativas, de idêntico conteúdo jurídico, distinguem-se apenas em relação aos seus destinatários – a Resolução nº 07/05 do CNJ está circunscrita na produção dos seus efeitos aos membros e órgãos do Poder Judiciário; e a Súmula

⁴¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto**. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 -1, p. 77.

Vinculante nº 13 do STF, editada posteriormente, produz os mesmos efeitos no âmbito dos demais Poderes do Estado, em todos os níveis da Federação.

Mas o que estas duas normativas fizeram de substancial foi estabelecer um parâmetro mínimo para a identificação e repressão a práticas de nepotismo na Administração Pública. Como já afirmamos acima, normatizações mais minudentes e detalhadas em cada contexto institucional específico, desde que compatível com o sistema constitucional em seu conjunto, estão autorizadas.

De qualquer modo, em termos de vedação ao nepotismo, a Resolução nº 07/05 e a Súmula Vinculante nº 13 instituem para todo o Estado brasileiro *um parâmetro mínimo de identificação e proibição*, remetendo a sancionabilidade específica também para outros diplomas legais – como a lei de improbidade administrativa (8429/92), por exemplo.

Tal parametração introduzida por esses dois atos normativos não pode ser reduzida sequer por via legislativa ordinária (que pode, assim como outras espécies legislativas, ampliá-la ou detalhá-la), na medida em que tanto o reconhecimento da constitucionalidade da Resolução nº 07/05, quanto o conteúdo da Súmula Vinculante nº 13, se arrancam diretamente da Constituição. Segundo o STF apenas *declaram* de modo expresso o que já estava implícito no sistema constitucional. Tais normativas passam então a compor o chamado *bloco de constitucionalidade*.⁴¹²

Sua consequência prática mais importante é a de atribuir a todos os órgãos de todos os entes estatais a **competência** (portanto, o *dever-poder*) **disciplinar**⁴¹³ para fazer

⁴¹² “Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3º / 3, da CRP). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a esse problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal. E daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1) o parâmetro da constitucionalidade (= normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global. A melhor maneira de discutir o problema das normas de referência ou do parâmetro do controlo é analisar alguns dos elementos normativos com que se pretende alargar o bloco de constitucionalidade.” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 909-910.

⁴¹³ “**Poder disciplinar** é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza,

valer no seu âmbito institucional específico os comandos ali discriminados, sujeitando-se as autoridades eventualmente omissas ou lenientes ao longo da cadeia hierárquico-administrativa à responsabilização no plano administrativo e cível.

Portanto, todo sujeito investido em função de direção está vinculado à normatividade estabelecida pela Resolução nº 07/05 e pela Súmula Vinculante nº 13, e sendo assim, obrigado está em razão de sua submissão à função administrativa, a repelir no plano de sua competência qualquer manifestação de nepotismo nos termos das normativas acima referidas.

A esses *entes, órgãos, e dirigentes*, bem como, a *outros sujeitos* (pessoas física ou jurídica), a ordem normativa atribui legitimidade e oferece uma série ampla de meios procedimentais através dos quais se busca o controle da atividade administrativa e o respeito integral ao direito objetivo – pressuposto elementar de persecução do bem-comum. No caso específico da vedação ao nepotismo, dentre estes instrumentos poderíamos citar: *a)* a Reclamação ao STF; *b)* o Pedido de Providências formulado perante o CNJ; *c)* a ação popular; *d)* a ação civil pública; *e)* a ação de improbidade administrativa; *f)* o mandado de segurança; *g)* a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF);

De todos os instrumentos e garantias fundamentais acima referidas, a que mais interessa ao nosso tema de estudo, é inegavelmente a **Reclamação** ao STF.

Isso porque, como ficou assente em nossa descrição, a Súmula Vinculante nº 13 do STF, de idêntico teor ao da Resolução nº 07/05 do CNJ, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF no julgamento da ADC nº 12/06, estabeleceu um parâmetro mínimo de vedação ao nepotismo em todas as esferas estatais.

Ora, a Emenda Constitucional nº 45/04, ao acrescentar o § 3º ao art. 103-A, estabeleceu que *do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão*

subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que possam integrar definitiva ou transitoriamente. O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não se confunde. No uso do poder hierárquico a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; no uso do poder disciplinar ela controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas. Daí a exata afirmativa de Marcello Caetano de que ‘o poder disciplinar tem sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público’. Realmente, a Administração, como titular do poder disciplinar, só o exerce a benefício do serviço, e, perseguindo esse objetivo, é o único juiz da conveniência e oportunidade da punição do servidor, dentro das normas específicas da repartição.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 115.

judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Sendo assim, por exceção, a prática de nepotismo implementada junto ao Poder Judiciário, em desacordo com o teor da Resolução nº 07/05, deverá ser impugnada por meio próprio, junto àquele órgão administrativo, por intermédio de um **Pedido de Providências**. Por outro lado, condutas administrativas caracterizáveis por nepotismo praticadas no âmbito dos demais Poderes deverão ser impugnadas por meio de **Reclamação**.

Segundo GILMAR FERREIRA MENDES, “a *Reclamação* para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões é fruto de criação jurisprudencial. Afirmava-se que ela decorria da ideia dos *implied powers* deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre a instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua construção inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos.”⁴¹⁴

O autor acima referido acompanhou a tentativa de sistematização da evolução do instituto no STF realizada por JOSÉ DA SILVA PACHECO que teria identificado quatro fases distintas que caracterizaram o desenvolvimento da Reclamação: **(1)** da criação do STF até 1957 o instituto da Reclamação possuía existência meramente jurisprudencial, decorrente das decisões tomadas pelos Ministros em face de casos concretos de inobservância de sua competência ou de suas decisões; **(2)** a segunda fase teria início em 1957 com a inserção da Reclamação no RISTF e se estenderia até o ano de 1967; **(3)** a terceira fase seguiria com a nova redação dada ao art. 115 da CF/67, diante do § único, “c”, reproduzido pela EC 01/69, e art. 120, § único, “c”, e, posteriormente, com a EC 07/77 em face do disposto no art. 119, I, “o”, sobre a advocatária, e no § 3º, “c”, autorizando que o RITSF estabelecesse o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal; e por último **(4)**, a quarta fase se deu com a advento da CF/88, cujos arts. 102, I, “1”, e, 105, I, “f”, preveem, expressamente, a Reclamação como da competência originária do STF e STJ.

⁴¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M; GONET BRANCO, Paulo G; **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 1469.

Paralelamente à sua evolução institucional, deu-se uma intensa discussão em torno de qual seria a sua natureza jurídica. O Ministro CELSO MELLO, Relator da Reclamação nº 336/90 (STF), fez consignar um pequeno inventário no qual listou as diversas modalidades jurídicas atribuídas pela doutrina e jurisprudência a este instituto nos últimos sessenta anos: **a)** *ação* (Pontes de Miranda); **b)** *recurso ou sucedâneo recursal* (Moacyr Amaral dos Santos); **c)** *remédio incomum* (Orosimbo Nonato); **d)** *incidente processual* (Moniz de Aragão); **e)** *Medida de direito processual constitucional* (José Frederico Marques); **f)** *medida processual de caráter excepcional* (Ministro Djaci Falcão).

Modernamente, segundo o Ministro, a Reclamação configuraria *instrumento de extração constitucional* - inobstante sua origem pretoriana - destinado a viabilizar na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Autores contemporâneos como PEDRO LENZA insistem que a natureza jurídica da Reclamação remete à de um *provimento mandamental de natureza constitucional*,⁴¹⁵ fundamentada no exercício constitucional do *direito de petição* aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de direito, nos termos previstos pelo art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88.

Com o passar do tempo outras dúvidas foram dissipando-se. Por exemplo, se sustentou que a Reclamação consistiria em mera *medida administrativa* – e não jurisdicional. Todavia, em face da jurisprudência do Supremo reconhecer que por intermédio da Reclamação poder-se-ia produzir alterações em decisões tomadas no processo que originou a decisão paradigmática e, no fato da decisão prolatada na Reclamação fazer coisa julgada, estaria confirmada à Reclamação não apenas a sua natureza jurisdicional - mas de *ação* em sentido próprio.

“Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da Reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou o desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte. Anote-se ainda que com o desenvolvimento dos processos de índole objetiva em sede de controle de constitucionalidade no plano federal e estadual (inicialmente representação de inconstitucionalidade e, posteriormente, ADI, ADIO, ADC, ADPF), a reclamação, enquanto ação especial, acabou por adquirir, contornos

⁴¹⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 249.

diferenciados na garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou na preservação de sua competência. A EC 45/2004 consagrou a Súmula Vinculante no âmbito da competência do Supremo Tribunal e previu que a sua observância seria assegurada pela reclamação (art. 103-A, § 3º: do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso).”⁴¹⁶

Mas a questão em sede de Reclamação que mais nos interessa no contexto de nossa reflexão diz respeito ao rol de legitimados para propô-la. De início, a Reclamação só era admitida em face das partes que, em sede de controle difuso, tendo o seu Recurso Extraordinário provido pelo STF não conseguiam fazer com que o juízo ou Tribunal de origem cumprissem espontaneamente a decisão - ou que insistissem na usurpação da competência do Supremo.

Durante muito tempo, mesmo após a promulgação da CF/88, com a consequente ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, ainda assim o STF não admitia a possibilidade do manuseio da Reclamação para fazer cumprir decisão tomada em sede de *controle de constitucionalidade em tese* – dada a natureza objetiva desse processo sem partes.

Tempos depois, o Tribunal passou a admitir o cabimento de Reclamação em sede de ADIn se a mesma tivesse sido ajuizada por algum legitimado para a propositura de ADIN *com idêntico objeto*. A partir de 1992 o Supremo reconheceu a legitimidade para a proposição da Reclamação em face dos entes e órgãos que mesmo não tendo sido propositores da ADIn em cuja decisão se fundamenta a respectiva Reclamação, fossem titulares de legitimidade concorrente para o requerimento de idêntica ação. Um ano depois, passou o Tribunal a admitir também a Reclamação quando o mesmo órgão do qual emanara a norma declarada inconstitucional persistisse na prática de atos concretos que lhe pressuporiam validade – reconheceu-se então legitimidade para propor a ação por aqueles que foram objetivamente prejudicados por atos concretos praticados com base em competência ou autoridade já declarados inconstitucionais.

Mas o grande avanço jurisprudencial nessa matéria se deu em 2002, quando da apreciação de questão de ordem em agravo regimental na Reclamação nº 1.880/02, na qual o Tribunal admitiu o cabimento da Reclamação *para todos aqueles que*

⁴¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M; GONET BRANCO, Paulo G; **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 1472.

comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF. Isso por reconhecimento da **eficácia vinculante** (*erga omnes*) das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

Ou seja, qualquer pessoa afetada ou atingida pelo ato contrário à orientação fixada pelo STF disporá de legitimidade para promover a respectiva ação de Reclamação.

Ora, no caso de prática de nepotismo, todo cidadão, nos termos já reconhecidos pela Constituição (art. 5º, LXXIII) e pela lei de ação popular (Lei 4717/65) - dada a natureza difusa do interesse jurídico violado ligado à tutela da moralidade administrativa - teria legitimidade para pleitear mediante Reclamação a modificação ou anulação de situação jurídica ou ato administrativo praticado em violação ao conteúdo normativo fixado pela Súmula Vinculante nº 13.

De igual modo, os entes e órgãos públicos dotados de legitimidade processual poderiam fazê-lo, assim como, o Ministério Público e as associações civis devidamente constituídas com base no direito vigente - para não falar, obviamente, naqueles legitimados pela CF/88 para a proposição das ações constituintes de nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Por outro lado, como já nos referimos acima, se a infringência à regra que veda a prática de nepotismo se der no âmbito do Poder Judiciário, o meio hábil de impugnação se dá através de um *Pedido de Providências*.

Aqui (CNJ) não há dúvida quanto à natureza administrativa do provimento solicitado, constituindo, aqui sim, um efetivo *direito de petição* aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, fundamentado no inciso XXXIV, “a”, do art. 5º, da CF/88 - diversamente do que ocorre com a Reclamação.

Se assim formulado, deverá o órgão colegiado do CNJ apreciar a questão e, comprovando a efetiva contrariedade aos termos da Resolução por parte de Tribunal, órgão ou magistrado desse Poder, deverá por ato próprio desconstituir a situação e/ou anular o ato administrativo utilizado como instrumento para a prática da referida infringência aos termos de sua Resolução.

Desse modo, constatando-se a ocorrência das espécies de nepotismo expressamente vedadas pela Resolução nº 07/05 e pela Súmula Vinculante nº 13, dada a força vinculante desses dois atos normativos em seus respectivos âmbitos de incidência jurídica, deverão as mesmas ser impugnadas por quem interesse tenha (*em tese*, qualquer

cidadão) por meio de um *Pedido de Providências* ao CNJ ou pelo manejo da *Reclamação Constitucional* impetrada diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal.

Como melhor detalharemos nos tópicos seguintes, o que a Resolução nº 07/05, e a Súmula Vinculante nº 13 estabeleceram foi à vedação ao *nepotismo clássico* ou *em sentido estrito* (emprego de cônjuge, companheiro e parente até o terceiro grau), e o *nepotismo cruzado* (modo dissimulado pelo qual uma autoridade emprega parente ou apaniguado de outra que de igual modo lhe retribui no seu âmbito de competência), em cargos comissionados.

Mas o próprio STF admitiu pela manifestação de seus Ministros que não estavam ali a esgotar todo o âmbito da questão, mas apenas alguns elementos objetivamente colocados no contexto de algumas ações ou recursos por ele apreciados. Vários temas, como a extensão da vedação aos cargos de Poder (Secretários Municipais e Estaduais e Ministros de Estado), e toda uma série de condutas hoje apontadas no âmbito do chamado *nepotismo político* (que abordaremos no próximo tópico), já foram situadas nos debates promovidos pela Corte, mas, não foram objeto de apreciação e decisão específica.

Para que isso ocorra, basta que a *máquina* do sistema seja movida por provocações de quem interesse manifeste no combate a esta modalidade de apropriação patrimonial do Estado no Brasil. À disposição desses eventuais interessados, o sistema disponibiliza inicialmente a garantia constitucional da ação popular.

A *ação popular* foi introduzida na ordem constitucional brasileira por intermédio da Constituição de 1934. Dela foi retirada logo em seguida pela Carta totalitária de 1937. Retornou ao âmbito constitucional em 1946, permanecendo nesse patamar normativo até o presente (art. 5, LXXIII, CF/88).

Ocorre que, não obstante tenha readquirido *status* constitucional em 1946, o fato é que este instrumento elementar de exercício da cidadania só veio a ser regulamentado (adquirindo aplicabilidade e eficácia jurídica plena) em meados da década de 60, por meio da Lei 4717/65.

Essa legislação foi recepcionada pela CF/88, que em verdade, ampliou o universo jurídico-normativo amparado por esse remédio constitucional (contemplando de modo específico a tutela da *moralidade administrativa*, por exemplo) estabelecendo que ***qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade***

*administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.*⁴¹⁷

É preciso ressaltar ainda que ao lado do voto direto, da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo, a ação popular constitui um plexo de instrumentos (garantias) de manifestação da vontade popular, mesclando às instituições garantidoras de nossa *democracia representativa*, marco alvissareiro de uma *democracia direta* capaz de garantir uma maior participação política ao conjunto da população.

No caso específico da ação popular, busca-se por seu intermédio, a proteção da *res publica*, sendo ela também expressão do desenvolvimento legislativo inicial do que se passou a denominar por *interesses difusos e coletivos*.

Ademais, trata-se de um mecanismo jurídico-constitucional de evidente potencial legitimador para o sistema. Talvez tenhamos na ação popular um dos mecanismos que melhor justifiquem ou legitimem em nossa sociedade aquilo que LUHMANN define por *acoplamento estrutural* entre os *subsistemas político e jurídico*.

Mas de qualquer modo, do ponto de vista estritamente jurídico-normativo, o fato é que a ação popular permite hoje a qualquer cidadão brasileiro discutir perante o Poder Judiciário outras modalidades de práticas de nepotismo para além daquelas já disciplinadas – e plenamente exigíveis – pelo STF e CNJ. Para isso deverá demonstrar no caso concreto que referida prática implica em algum modo de apropriação privada de interesse, direito e/ou patrimônio público.

⁴¹⁷ “Aliás, a noção de ação popular, voltada à proteção patrimonial, no sentido em que até hoje permanece, agora acrescido o seu objeto como se verá, foi introduzida pelo inciso 38 do artigo 113 da Constituição Federal de 1934, limitado então o seu objeto à proteção patrimonial da União, dos Estados e dos Municípios. Desaparecendo sua previsão na Carta de 1937, reapareceu a demanda popular, com objeto mais amplo, na Constituição democrática de 1946, que em seu artigo 141, § 38, ampliou o alcance da ação, além da proteção ao patrimônio das Pessoas Políticas, à proteção patrimonial das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. A Constituição Federal de 1967 previu a ação popular em seu artigo 150, § 31, mantendo ainda a finalidade específica de proteção patrimonial da ação, generalizou, entretanto, o alcance de seu objeto, sem especificar as pessoas por ela protegidas, para referir-se à defesa, quanto aos atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, mantendo a Emenda Constitucional nº 1/69 idêntica redação do dispositivo citado, em seu artigo 153, § 31. A lei ordinária, disciplinadora do instituto, a lei 4717/65, editada, portanto, sob a égide da Constituição Federal de 1946, elencou uma série de pessoas jurídicas, políticas, administrativas, públicas e privadas, cujos patrimônios visava a proteger, desde que os atos lesivos aos mesmos atingissem dinheiros públicos, e *ipso facto* o patrimônio público, posteriormente ampliado o conceito do mesmo, para a finalidade da ação popular, como se viu pela lei 6513/77. A Constituição atual ofereceu sensíveis alterações, quanto ao alcance da demanda popular, que atingem não só o seu objeto, mas também solucionam a questão controversa quanto ao ônus da sucumbência, cujo risco, certamente, consistia num desestímulo à propositura da demanda como adiante será analisado. (...) Destarte, se vê que além da proteção ao patrimônio público, genericamente considerado, alcançando seu conceito o patrimônio de qualquer entidade onde se verifique a participação estatal, a proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, preordena-se também a ação popular a oferecer a proteção contra ato lesivo à moralidade pública.” BEZNOS, Clóvis. **Ação Popular e Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 22-23.

E se para além de uma mera singularidade, um fato isolado, uma aberração, tratar-se de uma prática generalizada ou generalizável para todo o âmbito administrativo, os mecanismos normativos hoje predispostos (repercussão geral, súmula de efeito vinculante, reconhecimento da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso), poderão oferecer uma resposta rápida e eficaz para deter essa modalidade específica de apropriação patrimonial em evidente e legítima defesa do interesse público.

De igual modo, em um âmbito mais restrito quanto aos seus legitimados, ou mais amplo no que diz respeito à sancionabilidade atribuível aos sujeitos beneficiados por prática de nepotismo, teremos outras possibilidades jurídico-procedimentais de combate ao nepotismo na Administração Pública Brasileira.

No caso da *ação civil pública*, cujo *caput* do art. 1º, da lei 7347/85, já faz a ressalva “*sem prejuízo da ação popular*”, o controle no âmbito da Administração Pública de práticas caracterizadas por nepotismo se dá em face da infringência à disposição prevista no inciso IV, desse mesmo art. 1º: “*a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”.

Diferentemente da ação popular, a *ação civil pública* só possui legitimados institucionais,⁴¹⁸ que por natureza, buscam uma tutela de natureza difusa ou coletiva (eficácia *erga omnes*, nos termos do art. 16). Ao incluir dentre os seus objetos a condenação em obrigação de fazer e não fazer (art. 3º) adquiriu essa ação um espectro tutelar capaz de evitar ou desconstituir situações de nepotismo na administração.

Mas em nossa opinião, o que efetivamente distingue a ação civil pública de outros meios de controle disponíveis para a repressão ao nepotismo é a faculdade concedida a qualquer pessoa, e o dever atribuído a todo servidor público, de tomando conhecimento de fatos dessa natureza, provocarem a atuação do Ministério Público.

Aliás, o Ministério Público, que teve a sua função institucional merecidamente reconhecida e ampliada pela CF/88, foi o responsável pela elevação da própria ação civil pública à condição de garantia constitucional, na medida em que o constituinte originário expressamente a previu, nos termos do inciso III, do art. 129 da CF/88,

⁴¹⁸ Art. 5º (Lei 7347/85): Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – O Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal, e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

conferindo-a ao Ministério Público para que esse possa “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

De modo que, a presença do Ministério Público no polo ativo de uma ação civil pública (com toda a instrumentalização institucional e a legitimidade político-social que possui), dada a natureza política da ilicitude muitas vezes contida na prática de nepotismo, qualifica indiscutivelmente a pretensão, sobretudo, na medida em que o *parquet* possui muito maior capacidade de enfrentamento em face de pressões e demandas paroquiais que muitas vezes intimidam o simples cidadão que se indigna com o saque patrimonial e procura defender o interesse público por meio de uma ação popular.

Outro meio de controle do nepotismo para além dos limites já fixados pela Súmula Vinculante nº 13 e Resolução nº 07/05 é a ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

Nesse caso, aliás, teremos uma regra de extensão dos dois atos normativos acima referidos. Isto porque, se junto aos atos classificados como de nepotismo, for verificada a manifestação de dolo, má-fé, desonestidade, ação para locupletamento próprio ou de terceiros, dentre outros elementos normativos previstos pelo sistema, estará caracterizada a prática de improbidade administrativa nos termos em que já apontamos.

Desse modo, como já apontamos no item referido, não é toda lesão ao princípio da moralidade (um dos princípios tutelados pelo art. 11 da lei, cuja infringência acarretaria responsabilização) que implicará na prática de improbidade. Essa requer para se configurar a existência de *dolo* ou de *culpa qualificada* – sob pena de banalização e uso arbitrário desse importante instrumento de defesa do interesse e do patrimônio público, nos termos em que já nos manifestamos em ponto específico.

Por isso queremos ressaltar que neste ponto não estamos nos referindo à discussão sobre uma nova modalidade ou espécie de nepotismo. Mas estamos a afirmar que a prática de nepotismo nos termos já assentados pelo STF e CNJ pode redundar tanto na simples *anulação do ato administrativo* por meio do qual ele foi praticado, ou, cumulativamente, pode implicar também na responsabilização dos agentes que o praticaram ou dele se beneficiaram por improbidade administrativa.

Em nossa opinião, isso ocorre na maioria das vezes, e deveria atrair uma ação mais atenta e decidida do Ministério Público na perseguição (jurídico-normativa) dos agentes beneficiados por essa prática ilícita.

Todavia, sem dúvida alguma poderá também a ação por improbidade administrativa ser manejada para a configuração perante o Judiciário de novas modalidades de nepotismo, especialmente, no âmbito do nepotismo político. Neste plano, uma vez caracterizada a prática de nepotismo, sua inclusão no âmbito normativo da improbidade administrativa será praticamente necessária – ressalvadas as peculiaridades singularíssimas de eventual *caso concreto*.

Quanto à ação de mandado de segurança, em face de sua dicção constitucional, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, entendemos não ser o mesmo manejável em face de práticas referidas ao nepotismo.

Isso porque, não obstante possa ser utilizado em face de *responsável por ilegalidade ou abuso de poder na condição de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*, o mandado de segurança requer *direito líquido e certo não amparado por outro meio específico* (o texto constitucional cita, exemplificativamente, o *habeas corpus* e o *habeas data*).

Ora, isso quer dizer que se o MS for manejado com vistas a se identificar e reprimir uma nova modalidade de nepotismo, não teremos aqui *direito líquido e certo*, de modo que a dilação probatória restrita conferida à ação de mandado de segurança não configurará meio processualmente hábil para satisfazer-se a essa pretensão.

Por outro lado, se estiver configurado o direito líquido e certo nos termos já assentados pela Resolução nº 07/05 e pela Súmula Vinculante nº 13, dispôs a ordem constitucional, diretamente ou através de seus elementos de extensão previstos no âmbito de seu *bloco de constitucionalidade*, meios específicos de impugnação, dotados de caráter mandamental e prontamente hábeis para atingir um satisfatório plano de eficácia, consubstanciados na Reclamação Constitucional ao STF e no Pedido de Providencias ao CNJ. A natureza extraordinária e subsidiária do mandado de segurança torna inadequado o seu manejo nessa campo específico da tutela do interesse público.

Por último, mas não menos importante, temos a disponibilização pelo sistema da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Prevista pelo § 1º, do art. 102, da CF/88, por força da Emenda Constitucional nº 03/93, e regulamentada pela Lei 9882/99, estabeleceu essa logo em seu art. 1º que “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e **terá**

por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público”.

A natureza subsidiária, de fechamento do sistema de controle de constitucionalidade, salta a toda evidência. Por meio dela a nova jurisdição constitucional brasileira ganhou um campo extraordinário de manifestação. Isto porque, diferentemente do que se dá com a ADIn e a ADC que só podem ser manejadas em face de ato normativo dotado de generalidade, abstratividade, e impessoalidade, a ADPF pode ser oposta a *qualquer ato do Poder Público*.

Inclusive ato administrativo *em sentido estrito*, dotado de *concretude e determinação*, pode vir a ser objeto de apreciação pela jurisdição constitucional com consequências jurídico-normativas irradiantes para toda a comunidade por ele atingida em face da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante previsto para as decisões prolatadas ao final do seu processo de conhecimento (§ 3º, do art. 10, da lei 9882/99).

Resta responder, se os princípios fixados no *caput* do art. 37 da CF/88 constituem ou não preceitos fundamentais. Até o momento, nem a doutrina, nem a jurisprudência chegaram a um consenso sobre o que é preceito fundamental.

Certamente não são todos os princípios expressos e implícitos na Constituição. Mas ao que consta da narrativa até o momento construída pelo STF na aplicação desse dispositivo, denota que esse Tribunal, concede ao conceito de preceito fundamental, no âmbito de sua eficácia e produção de efeitos, natureza jurídico-normativa de princípio – espécie normativa que aponta um *telos*, uma finalidade a ser atingida do melhor modo possível, deixando aos executores ou concretizadores a escolha dos melhores meios dentre os admitidos em direito.

Daí porque nos parece que preceito fundamental se refere a uma categoria de princípios especialmente qualificada em razão de sua indiscutível finalidade e conveniência pública. Princípios estruturantes de um tipo de sociedade, de Estado, e de convivência institucional sobre os quais repousa o consenso mais elementar daquela comunidade, os laços fundamentais de um sistema jurídico-normativo cômico de sua missão de integração de todos os subsistemas sociais parciais.

Neste contexto, nos parece que estão contidos no subconjunto dos preceitos fundamentais todos os princípios expressos e implícitos do Título I da Constituição Federal – apropriadamente denominados Dos Princípios Fundamentais. Também os chamados princípios constitucionalmente sensíveis previstos nas alíneas do inciso VII, do art. 34 da CF/88, aptos para justificar um ato de exceção extrema – a intervenção da

União em entidade autônoma da Federação. De igual modo apontaríamos os princípios elencados nos incisos do *caput* do art. 170, e, sem sombra de dúvida, os princípios fixados no *caput* do art. 37.

Não afirmamos serem esses os únicos preceitos fundamentais decorrentes da CF/88, mas que nos parece que, por corresponderem à natureza estruturante a que nos referimos pouco acima, tais princípios deverão estar contidos no rol dos preceitos fundamentais. Especialmente os do *caput* do art. 37, que instituem um verdadeiro microsistema de direito público.

Sendo assim, decorrendo a regra-princípio que veda a prática de nepotismo do núcleo essencial dos princípios da moralidade e da impessoalidade, e possuindo os mesmos a natureza jurídico-normativa de preceito fundamental, qualquer nova modalidade de nepotismo eventualmente identificada junto à Administração Pública, poderá ser reconhecida enquanto tal por meio dessa modalidade de ação diretamente pelo STF – de cuja decisão emanam eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para todo o setor público.

E como já havíamos adiantado, o conhecimento da violação ou de sua ameaça pelo STF poderá se dar mesmo em face de ato administrativo de natureza concreta (baldia de *generalidade* e *abstração*) e efeitos determinados – já que o requisito para a interposição da ação é de que a violação a preceito fundamental decorra (simplesmente) de ato do Poder Público. Qualquer ato que tenha conteúdo normativo – ampla cognoscibilidade reconhecida pelo STF à sua competência para *dizer a Constituição*.

Todavia, deve-se ressaltar a necessidade de demonstração de *nexo de causalidade* entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do poder público impugnado – de qualquer Poder ou plano federativo (inclusive municipais), admitindo-se qualquer ato administrativo, até mesmo os decretos regulamentares.

Por isso, não obstante a legitimação restrita ao mesmo rol dos reconhecidos pela Constituição para a proposição das demais ações constitutivas do sistema de controle concentrado de constitucionalidade nos parece que essa modalidade de ação – sobretudo, pela possibilidade de sua manipulação por organizações mais destacadas e responsáveis de nossa sociedade civil (como a OAB e a AMB/ANAMATRA só para ficar em alguns exemplos próximos) – é das mais promissoras para um combate eficaz à *cultura do privilégio* que mantém e reproduz novas modalidades de nepotismo.

E mais ainda. Em razão da introdução em nosso sistema jurídico-normativo da ADPF, podendo-se por meio dela questionar à infringência ao preceito fundamental da

moralidade administrativa no âmbito da jurisdição constitucional, poder-se-á discutir se o ato impugnado impede ou lesiona, de modo concreto ou potencial, algum dos efeitos essenciais requeridos pelo sistema constitucional ao preceito em questão.

Desse modo, não temos mais dúvida de que, em nossa ordem jurídica contemporânea, em face da nova configuração adquirida pela jurisdição constitucional em nosso país, um ato normativo pode ser impugnado e retirado do ordenamento jurídico por ofensa exclusivamente ao princípio da moralidade – imune a qualquer questionamento por violação à legalidade em sentido formal. Sendo assim, a jurisdição constitucional brasileira consagrou de vez a autonomia jurídico-normativa do princípio da moralidade administrativa.

6.7 - As Diversas “Modalidades” ou “Espécies” de Nepotismo

O Conselho Nacional de Justiça e o STF, por meio da Resolução nº 07/05 e da Súmula Vinculante nº 13, respectivamente, disciplinaram a vedação ao nepotismo no âmbito de todos os Poderes estatais em dois planos muito específicos, aqui denominados por *nepotismo clássico* ou *em sentido estrito* - proibindo a nomeação de companheiro, cônjuge e parentes consanguíneos ou por afinidade até o terceiro grau; e a sua manifestação de modo dissimulado, por meio de fraude baseada em ajustes recíprocos entre autoridades distintas de um mesmo juízo, órgão ou Poder – *nepotismo cruzado*, *transversal* ou *oblíquo*.⁴¹⁹

Mas como já afirmamos ao longo desse trabalho, inclusive apontando manifestações de Ministros do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, do núcleo essencial dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade *irradia* uma vedação geral ao nepotismo, que pode ser diretamente declarada pelo Poder Judiciário – e demais Poderes em sede de sua competência administrativa atípica, mediante devido procedimento em que se garanta o contraditório e a ampla defesa.

Em sua extensão, a Resolução nº 07/05 do CNJ e a Súmula Vinculante nº 13 do STF procuraram se manifestar, especificamente, sobre algumas características identificadas no conceito de nepotismo (*clássico* e *cruzado*), determinando com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante que essas condutas não são admitidas pela ordem jurídica vigente e abrindo uma via rápida no âmbito administrativo (CNJ) e jurisdicional (STF) para que se possa eficientemente banir essa prática de nossa cultura político-social.

Desse modo, também a doutrina já há muito tempo insiste em uma concepção ampliada do âmbito jurídico de repressão a práticas de nepotismo, nas quais, o núcleo

⁴¹⁹ Outras denominações, de sentido muito próximo, para não dizer idênticas, são utilizadas pela doutrina. Em algumas delas, já se avança sobre algumas circunstâncias mais recentes incorporadas ao conceito e à dinâmica do nepotismo, associada a contratações de empresas terceirizadas, prestadoras de serviço, etc. Tais questões também serão objeto de análise nesse trabalho um pouco mais a frente. Com relação a estas outras denominações, podemos citar, a título de exemplo:

“Na prática, é possível identificar duas modalidades de nepotismo: *o direto* e *o indireto*, neste incluído *o cruzado*. O primeiro ocorre quando a autoridade nomeante designa um parente para função de confiança ou cargo comissionado que lhe é diretamente subordinado. O nepotismo indireto implica favorecimento de parente por quem tem influência ou poder mediato sobre sua designação, para exercício de cargo, emprego, ou função, ou simples atribuição que não se inclua estritamente nesses três conceitos (prestação de serviços como profissional autônomo, por exemplo). Esta modalidade ocorre frequentemente por meio das contratações que se fazem por via de empresas de locação de mão-de-obra (terceirização) ou de prestação de serviços.” ARAÚJO, Florivaldo Dutra. O nepotismo e os princípios da administração pública. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.), **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 118.

normativo dessa conduta ilícita deveria se deslocar da questão familiar, para ampliar-se de modo a se caracterizar em face de *qualquer tipo de favorecimento pessoal* - incluindo aí a indicação por mera *amizade*, por puro *clientelismo* e, sobretudo, as diversas modalidades de *favorecimento pessoal* inseridas no campo de que se denomina por *nepotismo político*.

“A prática do nepotismo vem se alargando, embora combatida em várias frentes. Destarte, sua noção começa a ser ampla e de modo a compreender outras situações que não só as limitadas à ideia de nomeações para ocupar cargo em comissão por parentes próximos da autoridade com poder para nomear. Essa noção ampliada é o que se vê em ensinamento de Andreotti ao asseverar que ‘hodiernamente, partindo da premissa supramencionada, por extensão voluntária, as mesmas fontes clássicas indicam que nepotismo é a prática de favorecer alguém preferido pelos que detêm o poder; nesse sentido, qualquer ato proveniente de quem detenha o poder, que favoreça alguém, é nepotismo’. Alguém nesse conceito, é qualquer pessoa, seja parente ou não da pessoa com poder com poder para nomear. Com largueza, nepotismo é definido por Carmem Lúcia Antunes Rocha como ‘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’.”⁴²⁰

Ou seja, o que gostaríamos de deixar claro é que nepotismo é *gênero* – enquanto tal, abstratamente vedado pela ordem jurídica constitucional -, no interior do qual residem diversas *espécies* ou *modalidades*, algumas já expressamente caracterizadas por normativas em vigor, outras por caracterizar em face da apreciação de casos específicos e do desenvolvimento jurídico do conceito através de atos normativos diversos e decisões judiciais com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante no âmbito de nossa jurisdição constitucional.

Pelo que se percebe então, na busca de uma melhor compreensão do conceito de nepotismo, um tema da máxima importância diz respeito à delimitação do universo de possíveis beneficiados. Se não se restringe ao entorno familiar da autoridade com poder de nomear, qualquer pessoa poderia então ser destinatária de um ato de favorecimento consistente na prática de nepotismo?

Acreditamos que não. Para uma melhor eficácia e efetividade prática desse conceito jurídico-normativo, acreditamos que, no mínimo, devemos dele excluir as pessoas jurídicas – restringindo-se o campo de incidência do conceito no âmbito das pessoas físicas ou naturais.

⁴²⁰ GASPARINI, Diógenes. Nepotismo político. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.), **Corrupção, ética e moralidade administrativa.**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 74.

Nesse sentido, nepotismo é favorecimento pessoal de alguém em razão de vínculos preponderantes de natureza especial (desconectada dos interesses primários da Administração), para com a autoridade com poder de nomear, ou, em face da influência e do interesse pessoal dessa autoridade, ainda que, a nomeação se de por outra – *nepotismo cruzado*.

O objetivo aqui, concordando com parte de nossa doutrina, é melhor delimitar o âmbito normativo do conceito para incrementar sua eficácia em potencial. Desde o início desse trabalho estamos a afirmar (acompanhados por manifestações de Ministros do STF conforme já transcrito em inúmeras passagens) que *nepotismo* é ele próprio uma espécie do gênero *patrimonialismo*.

“O nepotismo é prática secular na administração pública brasileira, típico comportamento caracterizador do patrimonialismo herdado da tradição colonial portuguesa. Há muito essa prática tem merecido a aversão da sociedade e as críticas dos estudiosos nos âmbitos jurídico, sociológico e político.”⁴²¹

E, não obstante toda e qualquer forma de apropriação patrimonial do Estado-Administração esteja vedada pela ordem jurídica vigente, havendo parametração específica e objetiva para a repressão desse tipo de conduta, torna-se imperiosa a exata definição de seu alcance e conteúdo com vistas ao efetivo respeito ao *princípio da segurança jurídica*.

Ademais, se é verdade que a vedação a todas as formas de apropriação patrimonial retiram o seu fundamento jurídico-normativo do núcleo essencial dos princípios da moralidade, da impessoalidade, e da igualdade, com relação ao nepotismo, deu-se o desenvolvimento de uma normatividade específica, que já conta com meios expeditos de impugnação e execução, requerendo para a ampliação de sua efetividade apenas uma melhor delimitação conceitual de pessoas e circunstâncias que o caracterizam.

“Qualquer que seja a espécie de nepotismo, o favorecido há de ser uma pessoa física, pois só essa pode ser nomeada para ocupar cargo público. A pessoa jurídica, ainda que possa ser favorecida pela autoridade governante, não tem como ser provida em cargo público, de modo que o favorecimento que lhe seja conferido haja de ser tido como ilegal, pois se não afrontar a lei violará, indubitavelmente, os princípios da moralidade administrativa, da

⁴²¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. O nepotismo e os princípios da administração pública. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.), **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 117.

*impessoalidade, e da igualdade. Ademais, o favorecimento das pessoas jurídicas e das pessoas físicas que não são prestigiadas pela nomeação em cargo de provimento em comissão é outro, assim como outros são seus objetivos. Sendo assim, preferimos tratar o nepotismo sem incluir em qualquer de suas modalidades outras formas de favorecimento, como a que ocorre comumente com a utilização de bens públicos na contratação direta de empresas para execução de obras, fornecimento de bens ou prestação de serviços para a Administração Pública direta ou indireta nos três níveis de governo e a que se verifica com a admissão por essas empresas de apaniguados dos detentores do poder, responsáveis pela contratação dessas empresas. Esses favores são de notória ilegalidade, pois afrontam, no mínimo, os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa, conforme tem decidido nossos tribunais.*⁴²²

De uma maneira geral, segundo a jurisprudência e a doutrina na matéria, podemos fixar algumas características estruturantes do *conceito jurídico-normativo de nepotismo*. A primeira delas seria a existência de um ato administrativo, praticado por alguém que detenha competência para tal, nomeando um parente seu ou apaniguado, ou solicitando que outra autoridade competente o pratique, em benefício do parente ou apaniguado, em razão de idêntica ou assemelhada retribuição, ou simplesmente por deferência à sua pessoa, posição ou autoridade.

Em segundo lugar, e aqui nesse ponto nos restringimos ao que consta da Resolução nº 07/05 do CNJ e da Súmula Vinculante nº 13 do STF, tal nomeação deve se dar em relação a um *cargo em comissão*.

Como retomaremos em seguida, ao discorrermos especificamente sobre o nepotismo político, em nossa opinião a vedação a essa espécie de apropriação patrimonial se dá, como regra geral, em todos os níveis da Administração estatal – e não apenas nos termos restritos previstos de modo objetivo no tópico constitucional reservado para a Administração Pública (art. 37, II, *in fine*; Cap. VII, Título III, da CF/88).

Isto porque, a especificação feita no texto constitucional tem por objetivo excetuar a regra do concurso público, mas não elide ou restringe a aplicação da vedação ao nepotismo – que se irradia a partir do núcleo essencial de princípios contidos no *caput* do art. 37 da CF/88, com normatividade plena sobre todas as funções estatais, não podendo a sua aplicação restringir-se apenas às situações em que a Constituição dispensou a regra do concurso público.

⁴²² GASPARINI, Diógenes. **Nepotismo político**. In : PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.) **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p.76-77.

Um terceiro elemento estrutural reconhecido no conceito jurídico-normativo de nepotismo repousa em fator natureza subjetiva, relacionado à vontade e ao interesse da autoridade nomeante e ao contexto em que o assume o nomeado. Caracterizada estará a prática de nepotismo se no preenchimento de cargo em comissão verificar-se que sua *motivação* está vinculada ao cumprimento de mero *acordo político* entre lideranças, facções, grupos, partidos políticos, etc.

Com relação a esse item específico, tal característica estará necessariamente (ao contrário do fator acima analisado) restrita às situações de *nomeação para cargos em comissão* – excluídas as indicações para *cargos de Poder*.

“O que tencionamos investigar é se a faculdade de livre nomeação assegurada pela Constituição Federal realmente permite que, por se observar única e exclusivamente a natureza da atividade (direção, chefia ou assessoramento), se é possível que até mesmo um parente do agente público nomeante, ou de outro agente integrante do mesmo órgão ou Poder, ou até de outro Poder, possa investir-se na função. E ainda: se os cargos notoriamente políticos (Ministros e Secretários) devem receber, ou não, o mesmo tratamento a ser considerado em relação a qualquer outro cargo de livre nomeação e exoneração.”⁴²³

Entendemos que nos *cargos de Poder*, como Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, o acerto entre as forças partidárias e agrupamentos políticos, implica em corresponsabilidade na administração, sendo lícito ao Chefe do Executivo distribuir os cargos de assessoramento direto, entre indicados pelas forças que o apoiam no Legislativo e na sociedade civil – desde que, dentre estes, também não existam parentes ou apaniguados da autoridade competente para nomear, ocorrendo em relação a esta limitação (nepotismo *clássico* ou *em sentido estrito*), em nossa opinião, uma presunção *juris tantum* de ilicitude mesmo no âmbito dos chamados *cargos políticos* ou *de poder*.

Um quarto elemento que poderíamos tomar como estruturante do conceito jurídico-normativo de nepotismo residiria no efetivo exercício do cargo pelo nomeado, estando o mesmo ou não sob a chefia da autoridade nomeante, em face de evidente dispensa de qualquer avaliação acerca da capacidade técnica e profissional da pessoa indicada. É preciso frisar aqui que o importante não é ter a pessoa indicada efetivamente formação ou não para o cargo que pretende ocupar. Mas saber se, ao ser indicada, a sua

⁴²³ PIRES, Luís Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.) **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 238.

formação técnica e competência profissional foram os elementos preponderantes para a escolha.

O quinto elemento estruturante do conceito jurídico-normativo de nepotismo vincula-se a uma variação muito peculiar da ideia de *confiança*. O inciso II do art. 37 da CF/88 estabelece que, os cargos em comissão, são de livre nomeação e exoneração; e o inciso V do mesmo artigo vincula o exercício das funções de direção, chefia e assessoramento à um elemento de confiança (*função de confiança*) da autoridade administrativa com competência para nomear.

Ora, uma interpretação minimamente sistemática e teleológica do sistema constitucional seria capaz de esclarecer que o elemento confiança ali designado, em termos estritamente jurídico-normativos, diz respeito à *confiança* para o eficaz desempenho do serviço, para o melhor desempenho da função. Confiança na competência técnica e na capacidade profissional da pessoa nomeada, com fundamento em referências objetivas, de formação e de currículo, de produção científica e de experiência profissional pregressa, seja no setor público ou no setor privado – ressalvadas as funções em que o recrutamento de quadros no setor privado possa caracterizar conflito de interesses.

Mas de modo algum o elemento confiança pode aqui caracterizar *fidelidade* pessoal ou de grupo, de *aparelho político*, etc. O elemento confiança é totalmente normativo, guardando relação exclusivamente com o universo funcional ao qual o nomeado estará afetado.

Por outro lado, a efetiva caracterização do emprego do elemento confiança, na acepção de fidelidade pessoal ou de grupo, do nomeado em face do nomeante, é *de per se*, suficiente para a caracterização de nepotismo – apesar de serem inúmeras as manifestações administrativas, sentenças e acórdãos que justificam até mesmo a nomeação de parentes e apaniguados em razão de um suposto permissivo constitucional que vincularia o preenchimento dos cargos em comissão à satisfação da *confiança pessoal*, do sentimento de *fidelidade pessoal*, do nomeado em relação ao nomeante.

Nesse sentido, o elemento confiança estrutura o conceito jurídico-normativo de nepotismo de modo negativo. Ou seja, ficando demonstrado que a fidelidade pessoal e/ou de grupo foi o elemento determinante da nomeação para o referido cargo em comissão, estará caracterizada a prática de nepotismo.

“Os cargos de provimento em comissão são próprios para direção, comando ou chefia de certos órgãos, para os quais se necessita de um agente de confiança da autoridade nomeante. Regis Fernandes de Oliveira, a exemplo de outros estudiosos do tema servidor, realça esse único critério de escolha quando assevera que tais cargos são livremente preenchidos pela autoridade competente, ‘segundo exclusivo critério de confiança’. Essa confiança, obviamente, não pode ser expressão de um sentimento decorrente de longa amizade, de prolongado convívio e respeito ou de algum parentesco. Mesmo que assim não possa ser é defendida e praticada por algumas autoridades, conforme narra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Ao contrário, deve ser expressão fundada nos dotes pessoais e profissionais do escolhido, indicadores de que seu trabalho, o exercício de sua função, será o mais adequado ao interesse público. O bom desempenho anterior, a experiência e sua formação ético-profissional na área darão à autoridade nomeante a confiança de que exercerá as funções de seu cargo a contento e no interesse da coletividade. Vê-se que a livre escolha não é o direito absoluto de nomear quem a autoridade dotada dessa competência quer.”⁴²⁴

É exatamente em torno de uma *concepção pervertida de confiança* (ancorada na *moralidade comum*) que a prática do nepotismo se disseminou por todos os poros da Administração Pública Brasileira, como manifestação típica de apropriação privada do patrimônio público, verdadeiro saque patrimonialista cujo resultado estimula sua repetição e aperfeiçoamento, sua dissimulação e associação às mais variadas formas de corrupção.

O seu correto enfrentamento pelas vias institucionais, nos marcos de um efetivo Estado Democrático e Social de Direito, é medida imprescindível de avanço civilizatório no plano das relações políticas e sociais. É elemento indiscutível de moralização não só no âmbito do Estado, mas da sociedade civil de um modo geral. Uma forma de recuperação da crença da população em face dos Poderes Públicos, ancestralmente corrompidos por sórdidos interesses de facção.

Por fim, tal dinâmica desestimula o envolvimento dos jovens com a política e a Administração Pública, por desmerecer o mérito e a independência pessoal (características tão acalentadas pela juventude) em face do servilismo, da cega submissão aos chefes, da bajulação e do embuste. Enfim, atua como elemento de aglutinação do vício e de menoscabo das virtudes.

“O nepotismo desprestigia o mérito como critério de admissão no serviço público e constitui vertente do patrimonialismo, modelo de administração pública que confunde o público e o privado, transformando as prerrogativas e os recursos públicos em instrumentos a serviço de interesses particulares. O patrimonialismo caracterizou a administração dos negócios públicos na maior

⁴²⁴ Op. Cit. p. 80.

parte da História e somente com a concepção do Estado de Direito passou a ser vista como incompatível com o exercício das funções estatais. Assim, no Estado de Direito, o nepotismo configura-se como um dos caminhos pelos quais se destrói e se adultera a Administração Pública, desviando-a dos fins que informam sua existência. Nesse sentido amplo, é forma, portanto, de corrupção da organização administrativa, em seus meios de ação e em seus fins. Nesse quadro, torna-se mesmo intuitiva a conclusão de que o nepotismo não se coaduna com as ideias básicas informadoras do Estado de Direito.”⁴²⁵

É contra essa situação de desalento, de resignação histórica diante de uma cultura do privilégio, que órgãos de estatura constitucional como o CNJ e o Supremo Tribunal Federal estão a desenvolver todo um campo de normatividade visando o preciso e adequado enquadramento legal de todas as condutas passíveis de serem derivadas do conceito (jurídico) de nepotismo.

6.7.1 - Nepotismo Clássico ou em Sentido Estrito

O nepotismo *clássico* ou *em sentido estrito* também possui gradações, mas de um modo geral podemos afirmar que ele se caracteriza pela nomeação por parte da autoridade competente de parentes (segundo a Resolução nº 07/05 e a Súmula Vinculante nº 13 até o terceiro grau) para o exercício de funções administrativas junto à cargos em comissão sob a sua direta subordinação e/ou orientação hierárquica.

“Não obstante a Carta Magna excepciona a prescrição geral [do concurso público] ao admitir, na parte final do mesmo dispositivo, a livre nomeação e exoneração para os cargos em comissão, o que, no entanto, devem restringir-se – por isto é que se trata de exceção – às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V). É em razão da relação de confiança que os encargos de direção, chefia, e assessoramento reclamam que optou o legislador, portanto, por admitir a possibilidade de que para estas tarefas houvesse o livre acesso, o que assim se evitaria que em funções que exigem a confiança fossem exercidas por pessoas absolutamente desconhecidas dos seus respectivos superiores hierárquicos. Mas a par dos excessos e desvios de finalidade que existem com a proliferação de um sem número de cargos em comissão – como se as palavras ‘direção’, ‘chefia’, e ‘assessoramento’ fossem verdadeiras palavras mágicas que permitissem a burla ao dever de realizar o concurso público -, outra ingente dificuldade existe e é objeto deste nosso estudo: a nomeação, para os cargos em comissão, de parentes do nomeante. É o que popularmente alcunha-se de nepotismo.”⁴²⁶

⁴²⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. O nepotismo e os princípios da administração pública. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.), **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 119.

⁴²⁶ PIRES, Luís Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.) **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 237.

Nesse rol poderíamos exemplificar, hipoteticamente, a situação do Senador que nomeou o filho para a chefia do seu gabinete, ou o governador de Estado que fez o mesmo com relação ao seu cunhado. O elemento subjetivo com potencial para produzir efeitos normativos nessa conduta prende-se ao desejo de proporcionar ao parente um bom rendimento, estabilidade, algumas vantagens funcionais e até mesmo – pensemos em pequenas prefeituras dos nossos grotões – para reforçar o orçamento familiar.

E ainda que em determinada situação possamos encontrar uma pessoa que, não obstante tenha sido investido na função pública, em razão simples parentesco, possua a competência técnica e profissional para o bom desempenho da função, a burla ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da moralidade consistiriam em razões normativas mais do que suficientes para a invalidade do ato administrativo por meio do qual se nomeou o respectivo parente.

Questão a essa correlata, e que vem gerando muita discussão diz respeito à caracterização de prática de nepotismo quando a pessoa nomeada não se encontra sob a subordinação direta da autoridade nomeante; ou quando se dá a nomeação para cargos em comissão por uma autoridade sem vínculos de parentesco, de pessoas da mesma família (cônjuges, por exemplo) conjuntamente nomeadas para exercerem suas funções junto a um mesmo órgão ou Poder. Há também os que entendem que nenhuma autoridade administrativa, poderá nomear para cargo em comissão junto a órgão ou Poder, indivíduos que possuam vínculos familiares com outras autoridades desse mesmo estágio administrativo – em face de uma presunção *juris tantum* de alguma modalidade de *tráfico de influência* incompatível com a normatividade expedida por vários princípios localizados no *caput* do art. 37 da CF/88.

Em nossa opinião, existindo vínculo de parentesco ou amizade entre a autoridade nomeante e a pessoa nomeada, mesmo que tal nomeação se dê em face de cargo sujeito à

subordinação hierárquica direta de outra autoridade administrativa, a agressão aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade permanece incólume – visto que foi graças a um *vínculo de pessoalidade* com a autoridade nomeante que, dentre tantos outros capazes, foi uma específica e determinada pessoa indicada para o exercício de uma função pública, em flagrante incompatibilidade com o ideal republicano de igualdade de oportunidades com base no mérito individual.

O fato de o nomeado não estar sob subordinação hierárquica direta de um parente, afasta apenas, em parte, a forte presunção de obtenção de privilégios no exercício do cargo – dispensa de um padrão normal no cumprimento de horários, tarefas, rendimento, assiduidade, compromisso com o serviço público, etc. Mas é indiferente em relação ao vício de investidura.

Outra questão interessante debatida na jurisprudência se dá com relação à possibilidade de nomeação conjunta de parentes, mas por uma autoridade nomeante que com elas não guarda, em nenhum grau, esse tipo de vínculo.

Um fato como esse se deu recentemente após a posse no cargo de Presidente do CNJ do Ministro CÉZAR PELUSO, que nomeou para cargos em comissão junto àquele órgão, duas pessoas unidas pelo vínculo de casamento.⁴²⁷

Na opinião do Ministro, inexistindo vínculos de parentesco e/ou amizade entre a autoridade nomeante e a pessoa nomeada, e, não existindo subordinação hierárquica de

⁴²⁷ Em abril de 2010 o recém-empossado Presidente do STF, Ministro César Peluso, nomeou um casal para chefiar as coordenadorias de processamento de recursos e de segurança de instalação e transporte. Para o ministro, é legal contratar parentes em um mesmo órgão desde que não exista relação de subordinação. Todavia, essa interpretação contrariou decisões já tomadas no âmbito do CNJ – órgão que é presidido pelo Presidente do STF, no caso, o próprio Peluso. Também se opôs de modo veemente a essa interpretação, tida como um afrouxamento da vedação ao nepotismo, a OAB, que na pessoa do seu Presidente, Ophir Cavalcante, destacou que *a contratação de casal para um mesmo órgão é irregular*. Também o Presidente da AMB, Mozart Valadares, afirmou que *esta interpretação implicaria em claro retrocesso*. O Ministro Peluso chegou a encaminhar ao plenário do Tribunal uma mensagem na qual propunha uma revisão da Súmula Vinculante nº 13 para adequá-la a essa interpretação mais ampliada. Mas foi tamanha a repercussão negativa na opinião pública que a revisão da Súmula não foi levada a termo até o momento. Para aliviar o desgaste, semanas após o incidente, o Presidente do STF decidiu exonerar (a pedido da mesma) a servidora responsável pela determinação da incompatibilidade.

um dos nomeados em relação ao outro, não há que se falar em nepotismo – ao menos em sua forma *clássica* ou *em sentido estrito*.

Mas há argumentos ponderáveis em sentido contrário, fundamentado em argumentação bastante simples e convincente acerca do âmbito normativo dos princípios da impessoalidade e da moralidade, como a do Conselheiro Jefferson Kravchyn, do CNJ, que ao relatar um caso semelhante apreciado por aquele Conselho, se manifestou dizendo que “*tem 200 milhões de pessoas para escolher, por que logo um parente?*”⁴²⁸

Adotamos aqui essa compreensão mais restritiva, por entender que a nomeação de parentes para servir em cargos em comissão junto a um mesmo órgão administrativo viola uma presunção *juris tantum* de impessoalidade e moralidade – favorecimento pessoal e apropriação familiar de recursos e facilidades públicas.

Ademais, pode restar evidenciado que a nomeação se deu em função de alguma modalidade de *acordo político*, de qualquer natureza e em qualquer âmbito institucional. Restará então caracterizada a prática de nepotismo - mas em sua modalidade de *nepotismo político*, fora, portanto, da normatividade com efeitos *erga omnes* e *vinculante* hoje expedida pela Resolução nº 07/05 do CNJ e pela Súmula Vinculante nº 13 do STF.

Outra questão acima levantada pode ser formulada nos seguintes termos: a posse em cargo de direção, chefia, ou assessoramento, junto a órgão administrativo ou Poder, estabelece um impedimento *prima facie* a todos os seus parentes e apaniguados a cargos em comissão no âmbito daquela pessoa jurídica, Poder específico ou até de todos os Poderes estatais? Uma pessoa, apta e competente, estaria impedida de assumir um cargo em comissão junto a um determinado Tribunal porque um tio ou cunhado seu é desembargador junto àquele órgão do Poder Judiciário?

⁴²⁸ MATAIS, Andreza; SELIGMAN, Felipe. Presidente do STF afrouxa regra contra nepotismo. São Paulo: **Folha.com.**, 22/06/2010. Acesso em 19/02/2011.

Tanto a Resolução nº 07/05 quanto à Súmula Vinculante nº 13 fixam um *perímetro de impedimento*, em face de determinadas pessoas. A Resolução delimita nesse conjunto os membros de cada Tribunal e os juízes vinculados aos seus respectivos juízos, bem como, qualquer servidor investido em cargo de direção, chefia ou de assessoramento. Já a Súmula traça a referida delimitação em torno da autoridade nomeante, bem como, de qualquer servidor investido em cargo de direção, chefia ou de assessoramento. Os parentes e apaniguados dessas pessoas, enquanto perdurar o exercício de suas respectivas funções, estão impedidos de ser nomeados para cargos em comissão, de confiança ou função gratificada.

Mas resta melhor delimitar a amplitude desse impedimento. Como levantamos um pouco acima, se daria no âmbito de um mesmo órgão, de um determinado Poder, ou de todo o Poder Público em sua generalidade? A Súmula Vinculante nº 13 fixa como parâmetro *a mesma pessoa jurídica*. A Resolução nº 07/05 fala em vedação ao nepotismo “no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário”, para em seguida, ao definir normativamente no que consiste a prática de nepotismo, fixar no “âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo” – dando a entender que, *órgão* para efeitos da normativa em face do Poder Judiciário, consiste *em cada Tribunal e os seus respectivos juízos*.

Nesse sentido, respondendo à indagação acima formulada, uma determinada pessoa, não obstante sua capacitação profissional e mérito pessoal estaria impedida de assumir um cargo em comissão junto a um determinado Tribunal se ali atuasse como desembargador um tio ou cunhado seu. Mas, não existiria esse impedimento, se tal parente ocupasse cargo semelhante em outro Tribunal, ou ocupasse cargo equivalente em outro Poder da República – ressalvada a hipótese de *nepotismo cruzado* nos termos em que discutiremos mais adiante.

No âmbito dos demais Poderes abrangidos pela Súmula Vinculante nº 13, a expressão *mesma pessoa jurídica*, quer dizer que no contexto do Poder Executivo o *perímetro de impedimento* compreende a *autoridade nomeante* e *qualquer servidor* investido em cargo de direção, chefia ou de assessoramento no plano do Município, ou do Estado, ou do Distrito Federal, ou da União. Impedimento capaz de articular indivíduos vinculados a pessoas jurídicas diversas (Município/Estado; Estado/União; União/Município) teria que ser demonstrado em sede de nepotismo cruzado.

Já no âmbito do Poder Legislativo, o *perímetro de impedimento* se daria em torno dos parlamentares e, quaisquer servidores investidos em cargo de direção, chefia ou de assessoramento, junto à Câmara de Vereadores, ou Assembleia Legislativa, ou Congresso Nacional. Aqui também, impedimento capaz de articular indivíduos vinculados a entes jurídicos distintos, teria que ser demonstrado em sede de nepotismo cruzado.

Ainda com relação à delimitação normativa do nepotismo *clássico* ou *em sentido estrito*, já foi dito aqui varias vezes que a Resolução nº 07/05 do CNJ e a Súmula Vinculante nº 13 do STF regulamentam o mesmo fenômeno (vedação ao nepotismo) em âmbitos institucionais diversos – a Resolução exclusivamente no âmbito do Poder Judiciário e à Súmula no dos demais Poderes.

Todavia, a Resolução nº 07/05 do CNJ detalhou de modo muito mais preciso o *perímetro da ilicitude* envolvendo a prática de nepotismo do que a Súmula Vinculante nº 13. Não há nenhuma incompatibilidade entre as duas normativas. Tudo o que está dito na Súmula também está contido, de modo literal, no texto da Resolução. No entanto, esta última, em diversos aspectos, vai além da Súmula.

Ora, dado que o STF já analisou a Resolução nº 07/05 do CNJ em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADC nº 12/06-DF), tendo declarado sua

constitucionalidade; e dado que todos os comandos ali expedidos desenvolvem normatividade diretamente do texto constitucional, extensível assim a todos os Poderes e níveis da Federação; podemos dizer que os parâmetros fixados pela Resolução nº 07/05 do CNJ são de observação obrigatória também para os demais Poderes – até porque ambas as normativas, arrancando sua legitimidade e competência diretamente da Constituição, compõe igualmente o chamado *bloco de constitucionalidade*.

Aliás, o Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, em seu voto quando do julgamento da cautelar requerida no âmbito da ADC nº 12/06-DF, afirmou que “a criação do CNJ pela EC nº 45 instituiu no sistema constitucional brasileiro autoridade administrativa – *normativa e executória* – cuja parametração, repita-se: exclusivamente na matéria que lhe é própria, é nacional e unitariamente impositiva às autoridades judiciárias (**em caráter direto**) e às demais autoridades do Estado brasileiro (em caráter indireto).”⁴²⁹

E nesse mesmo caminho vem seguindo a nossa doutrina acerca da matéria, reconhecendo um plano de unidade e de complementariedade entre a Resolução nº 07/05 do CNJ e a Súmula Vinculante nº 13 do STF:

*“Os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram por unanimidade, no dia 20 de agosto de 2008, declarar constitucional a Resolução do Conselho Nacional de Justiça que proíbe o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento – e o julgamento ainda acresceu o termo ‘chefia’. A decisão tem natureza vinculante e deve ser seguida por todas as instâncias do Judiciário, como ainda é extensiva aos Poderes legislativo e Executivo (tanto a Administração Direta quanto a Indireta). Do julgamento resultou a 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.”*⁴³⁰

⁴²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto**. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 - 1, p. 77.

⁴³⁰ PIRES, Luís Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.) **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 247.

Vamos nos servir dos parâmetros normativos já fixados pela Resolução nº 07/05 do CNJ para melhor detalhamento do âmbito de ilicitude configurador de uma prática de nepotismo.

A Resolução veda 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, chefia ou assessoramento. Igualmente, *veda 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, 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, chefia ou assessoramento (incisos III e IV do art. 2º, da Resolução 07/05 do CNJ).

Nos termos e fundamentos expostos acima, entendemos que tais limitações à competência (administrativa) para contratar estendem-se aos demais Poderes no perímetro de impedimento acima descrito (autoridade nomeante e qualquer servidor investido em cargo de direção, chefia, ou *assessoramento no âmbito da mesma pessoa jurídica*).

Já no § 1º, do art. 2º da Resolução, abriu-se uma *exceção no perímetro de impedimento* por ela estabelecido, em face de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias - e desde que admitidos por concurso público.

Ou seja, em princípio, tal dispositivo permite que parente de membro de Tribunal ou juiz, bem como de servidor investido em cargo de chefia, direção, e assessoramento, possa ser nomeado para cargo em comissão, desde que, já seja titular de cargo de provimento efetivo em razão de sua aprovação em concurso público.

Isso se deve ao fato de a capacidade e o mérito desse servidor já terem sido verificados em regular procedimento (concurso público) no qual se observou o requisito da isonomia, sendo a sua indicação para cargos em comissão, uma aspiração legítima em face de sua regular investidura em um cargo público.

Sem dúvida alguma, tal exceção parece ser lícita aos demais Poderes – ainda que a Súmula Vinculante nº 13 não faça a ela qualquer referência. Mas é preciso ressaltar que o dispositivo em questão exige ainda outros requisitos para autorizar a referida nomeação.

No caso, que seja observada a existência de compatibilidade entre o que se requer no cargo em comissão (compatibilidade da atividade que lhe seja afeta) e o grau de escolaridade do cargo de origem - uma pessoa aprovada em um concurso público cujo grau de escolaridade requerido era o 2º grau completo, não pode ser nomeado para um cargo em comissão em um âmbito institucional no qual se requer formação superior.

Assim também, uma pessoa aprovada em concurso público para motorista da Câmara dos Deputados, não pode ser nomeado para uma chefia de gabinete, mesmo que ele pessoalmente tenha formação superior – sobretudo, se parente de algum parlamentar ou de servidor investido em cargo de chefia, direção, e assessoramento junto àquela Casa Legislativa. No caso em questão, não interessa a formação pessoal do nomeado, mas o requisito de escolaridade exigido para o concurso público no qual ele foi aprovado para os quadros funcionais da respectiva Casa.

E além da compatibilidade em termos de grau de escolaridade do nomeado, o § 1º do art. 2º da Resolução requer também a verificação acerca da adequação da formação profissional deste para o exercício específico da função para a qual está sendo nomeado. Ou seja, uma pessoa com formação escolar de nível superior, mas graduado em pedagogia, e experiência profissional circunscrita ao setor de educação e a funções meramente protocolares, de arquivo, por exemplo, em sua passagem pelo setor público, não poderia ser nomeada para um cargo em comissão em órgão eminentemente técnico da Eletrobrás.

E por último, esse mesmo dispositivo de exceção acima referido, condiciona a sua observância, à proibição em qualquer caso, da nomeação ou designação para atuar o nomeado de modo subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

Estendendo tal normativa para os demais Poderes, fica consignado que em hipótese alguma poderá ser nomeado para cargo em comissão, ainda que membro efetivo de carreira regularmente investido através de concurso público, parente até o terceiro grau da autoridade nomeante e de servidor investido em cargo de chefia, direção, e assessoramento, se a pessoa nomeada ficar subordinada hierarquicamente a esta.

Outra exceção foi estabelecida pelo § 2º do art. 2º da Resolução, permitindo 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, dos respectivos membros do Tribunal, juízes, e servidor investido em cargo de chefia, direção, e assessoramento, desde que tal

contratação tenha sido *precedida de regular processo seletivo em cumprimento de preceito legal*. Tal determinação normativa se estende aos demais Poderes sem nenhuma peculiaridade.

No art. 3º da Resolução, estabeleceu-se um mecanismo responsável pela identificação de prática de nepotismo e sua consequente invalidação quando a ilicitude se manifestar no curso de um contrato administrativo, determinando que “é vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços **com empresa que venha a contratar empregados que sejam** cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação”.

O que se buscou aqui foi claramente evitar que se constituísse um campo comum de interesses escusos entre uma pessoa jurídica privada, prestadora de serviços públicos, e as autoridades e servidores da Administração com ela envolvidos em suas relações funcionais.

Perceba-se que no caso em questão, o vínculo de pessoalidade se manifesta fora da Administração, com a contratação do parente ou apaniguado da autoridade por empresa vinculada à iniciativa privada. Mas presumisse que tal vínculo se dá em prejuízo do interesse público, visando-se *manter, aditar* ou *prorrogar* a referida prestação de serviços, oferecendo-se em contrapartida a contratação de algum parente do servidor envolvido na relação jurídica administrativa. Estamos aqui em uma linha de fronteira entre a prática de nepotismo e outras modalidades de apropriação patrimonial do Estado brasileiro.

E ainda no contexto jurídico-normativo fixado pela Resolução nº 07/05 do CNJ, o seu art. 4º estabeleceu que “o nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma do artigo 2º” - nepotismo clássico e cruzado. A prestação de informações pelo nomeado em desconformidade com a realidade o sujeitará a sanções de natureza ético-administrativa, cível e criminal (falsidade ideológica). E aqui também, o desenvolvimento normativo previsto pela Resolução, deve ser estendida a todos os Poderes.

6.7.2 - *Nepotismo Cruzado, Transversal ou Oblíquo*

Os termos *cruzado, transversal, oblíquo*, associado a um substantivo (*nepotismo*) carregado de carga semântica negativa, indicam todos eles a ideia de finalidade que se atinge indiretamente, de modo tortuoso, por atalhos, burlando alguma regra, fugindo de alguma vigilância.

Caracteriza-se essa modalidade de nepotismo pela nomeação recíproca de parentes de autoridades em um dado âmbito institucional (cujos limites estão ainda para ser devidamente esclarecidos, se órgão, instituição, pessoa jurídica, Poder, etc.), ambas com poderes para nomear, mas que, impedidas de assim proceder em relação aos seus parentes, para atuarem sob sua subordinação direta, designam uma o parente da outra, em um contexto de mútua satisfação de interesses pessoais, familiares, de grupo, etc.

Trata-se de uma modalidade especialmente perversa de nepotismo, visto que, quando disseminada no âmbito de uma instituição e/ou Poder, tende a produzir ramificações corporativistas poderosas diante da robusta interconexão de interesses de seus membros e respectivos entornos familiares, em seu conjunto se apoderando da instituição em todos os seus poros, promovendo intenso loteamento entre facções e lideranças mais proeminentes, enfim, operacionalizando um mecanismo absolutamente imoral de apropriação patrimonialista do Estado, do interesse público, em face de interesses particulares de uma categoria funcional e seu entorno.

Ademais, estimula o espírito conspirativo, a dissimulação institucional, e uma verdadeira mentalidade de bando. Por isso, em relação ao grau de antijuridicidade da conduta, a violação ao núcleo normativo dos princípios da impessoalidade e (sobretudo) da moralidade é ainda mais intensa do que no caso do nepotismo clássico ou em sentido estrito – dado o uso de meio dissimulatório e conspirativo. E como consequência, deve a ordem jurídica reservar para essa modalidade de prática antijurídica, um âmbito sancionatório qualificado, recepcionando-a no contexto jurídico-normativo delimitado pela lei de improbidade administrativa nos termos já apresentados no tópico 5.3 do capítulo anterior.

Sendo assim, do ponto de vista estritamente jurídico-normativo, o objetivo dos que praticam nepotismo por essa modalidade é o de burlar os mecanismos institucionais de fiscalização e dificultar o controle pela via judicial.

“Essa modalidade de nepotismo, como é fácil constatar, surgiu para contornar as severas objeções ético-sociais, senão para fugir das proibições legalmente

*impostas às nomeações de parentes próximos da autoridade competente para nomear, cujo exercício funcional dava-se sob sua orientação hierárquica. Na prática é uma troca de favores entre autoridades com poder de nomeação para favorecer os respectivos parentes com evidente intenção de burlar a vedação legal, ainda que menos acintosa já que o exercício funcional não se dava sob as ordens da autoridade, parente do nomeado. As duas modalidades são diferenciadas em razão da autoridade nomeante. No nepotismo clássico quem nomeia o favorecido é o seu próprio parente, autoridade pública com competência para nomear. Já no nepotismo oblíquo quem nomeia o favorecido é outra autoridade que com ele não mantém qualquer parentesco, pois esse se dá com a autoridade impedida de nomear, que de qualquer modo consegue favorecer seu parente.*⁴³¹

Nesse mesmo sentido, também se posicionou o Ministro GILMAR FERREIRA MENDES quando se manifestou em face da cautelar requerida no bojo da ADC nº 12/06-DF indo, porém, um pouco além, ao questionar até mesmo a existência de autonomia jurídico-normativa à modalidade nepotismo cruzado, por ser essa mera realização dissimulada do nepotismo clássico:

*“o nepotismo cruzado, a que se refere o inciso II do art. 2º da Resolução, é apenas a explicitação de uma situação de eventual burla às suas próprias regras, não configurando uma previsão autônoma.”*⁴³²

Como já havíamos sublinhado, uma questão muito importante em sede de nepotismo cruzado diz respeito ao seu âmbito institucional de incidência. Aqui também nos parece que as normativas editadas pelo CNJ e pelo STF retiram regra diretamente dos princípios constitucionais previstos no *caput* do art. 37 da CF/88, delimitando claramente um *núcleo essencial*, uma *zona de certeza*; estabelecendo por outro lado, para além desse *núcleo duro*, uma ampla margem para apreciação de *casos concretos*.

Nestes, se cabalmente demonstrada à existência de má-fé, de tratativa dissimulada entre autoridades com competência para nomear ou servidores investidos em cargos de chefia, direção, e assessoramento, **em qualquer âmbito do Poder Público**, promovendo entre si nomeações recíprocas de parentes, estará caracterizada a prática de nepotismo na forma *cruzada, transversal, ou oblíqua*.

Ou seja, o núcleo essencial da regra (inciso II, do art. 2º, da Resolução nº 07/05 do CNJ) que veda o nepotismo cruzado, delimita como zona de certeza em relação ao

⁴³¹ GASPARINI, Diógenes. Nepotismo político. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.) **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 75.

⁴³² MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto**. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/02/2006. D. J. 01.09.2006. EMENTÁRIO Nº 2245 - 1, p. 80.

seu âmbito institucional de incidência, cada Poder (Legislativo, Executivo, e Judiciário), complementada pela disposição normativa fixada pela Súmula Vinculante nº 13 que delimita esse âmbito de incidência no plano de cada *pessoa jurídica* (de *direito público*, União, Estados, Distrito Federal, Municípios).

Isso fica patente, por indução, quando se lê no dispositivo supracitado da Resolução do CNJ que a caracterização do nepotismo cruzado se dá em face de seu exercício, em *Tribunais ou juízos diversos*. Com isso entendemos que o ajuste recíproco que caracteriza o nepotismo cruzado pode se dar entre magistrados pertencentes a um mesmo Tribunal; como também entre membro do Tribunal e juiz vinculado a juízo subordinado à sua jurisdição; ou entre juízes vinculados a juízos de um mesmo Tribunal; ou entre membros de Tribunais distintos; entre membro de Tribunal e juiz vinculado a juízo subordinado a outro Tribunal; entre juízes vinculados a juízos subordinados a diferentes Tribunais; entre membros de um Tribunal e servidor investido em cargo de chefia, direção, e assessoramento vinculado a esse, ou a outro Tribunal; entre juiz vinculado a juízo de um determinado Tribunal e servidor investido em cargo de chefia, direção, e assessoramento nesse mesmo ou em outros Tribunais, enfim, o âmbito de incidência normativa coberta pela definição de nepotismo cruzado instituído pela Resolução nº 07/05 do CNJ abrange membros de todo o Poder Judiciário – concluindo-se então, por generalização, que os seus exatos termos se aplicam no âmbito interno de cada um dos outros Poderes – ou pessoas jurídicas de direito público nos termos da Súmula Vinculante nº 13.

Desse modo, encontra-se fora do núcleo essencial, da zona de certeza da regra contida na Resolução nº 07/05 do CNJ e na Súmula Vinculante nº 13 do STF a ocorrência de nepotismo cruzado por nomeações recíprocas entre autoridades pertencentes a distintos Poderes ou entes federativos. Sendo assim, não há subsunção automática desse tipo de situação (contratação recíproca entre autoridades vinculadas e distintos Poderes e entes da Federação), à zona de certeza fixada pela regra prevista nas normativas que tratam da matéria.

Aqui se situam hipoteticamente casos em que, por exemplo, uma autoridade municipal emprega parente de uma autoridade da União mediante acerto recíproco; ou a mesma operação realizada entre autoridades vinculadas uma ao Poder Executivo e outra ao Poder Judiciário, por exemplo.

Todavia, isso não quer dizer, em absoluto, que tal ajuste seja lícito, que não afronte os princípios da impessoalidade e da moralidade. Muito pelo contrário. Ficando

provado, em procedimento no qual se garanta a todos os interessados o acesso ao contraditório e à ampla defesa, seja em âmbito administrativo (se acaso no campo da União, nos termos da lei 9784/99) ou jurisdicional (em face da garantia fixada pelo XXXV do art. 5º da CF/88), que houve má-fé, consistente na intensão de proporcionar benefícios aos nomeados - sendo irrelevante a existência de favorecimento direto para as autoridades nomeantes - estará caracterizada a prática do *nepotismo cruzado*, com as consequências de ordem administrativa, civil e criminal que acaso venham a se manifestar em face do caso concreto.

A diferença em relação ao núcleo essencial da regra é que nos casos lá especificados – no âmbito de um mesmo Poder ou ente da Federação – admite-se intervenção administrativa direta dos órgãos competentes em face dos envolvidos, de ofício, ou mediante provocação ao CNJ (Pedido de Providências) ou ao STF (Reclamação Constitucional) para a tomada das medidas executivas (*lato sensu*) que se façam necessárias.

A prática de nomeações recíprocas entre membros e/ou servidores vinculados a um mesmo Poder ou ente da Federação goza de uma presunção *juris tantum* de ilicitude, requerendo a aplicação direta da regra de vedação ao nepotismo.

Já no caso de *suspeita de prática de nepotismo cruzado* entre autoridades vinculadas a diferentes Poderes ou distintos entes da Federação, as medidas só serão admitidas em face de procedimento administrativo ou jurisdicional devidamente instaurado e minimamente instruído, sendo que as medidas de natureza constrictiva, em caráter liminar ou de antecipação de tutela, deverão ser admitidas apenas em face de sua adequação à legislação processual de vigência. Não haverá nessa circunstância – em razão do padrão de normatividade, que nesse momento em que estamos *observando* o sistema, rege a matéria – *presunção jurídica de ilicitude* em face da simples existência de contratação transversa.

6.7.3 - Nepotismo Político

O nepotismo político não se encontra regulado pelo núcleo essencial da regra extraída da Constituição pelas normativas editadas pelo CNJ e pelo STF. Estas se aplicam diretamente, com normatividade dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante apenas nas modalidades de nepotismo *clássico* e *cruzado*. Mas não existe

nenhuma dúvida quanto à sua vedação pelo sistema constitucional (nepotismo político) em face das mesmas normas principiológicas previstas no *caput* do art. 37 da CF/88.

Constitui o nepotismo político, prática ainda mais perversa de apropriação patrimonial do Estado do que as modalidades progressas, visto que, é por meio dele, que são preservados e aperfeiçoados os fundamentos que sustentam e viabiliza o saque patrimonial ancestralmente promovido contra o Estado por nosso *estamento político* – nos termos em que já apresentamos nos capítulos 2º e 3º desse trabalho.

Do ponto de vista estritamente jurídico-normativo, o que nos interessa é caracterizar o que conceituamos por *nepotismo político* como *espécie* do gênero nepotismo, demonstrando sua filiação taxonômica em relação a esse fenômeno.

Como no nepotismo clássico ou cruzado, ele se constitui por um *vínculo de pessoalidade* articulando o nomeado à autoridade nomeante ou ao servidor investido em cargo de chefia, direção, e assessoramento.

No entanto, diversamente das outras modalidades, o vínculo não decorre de laços consanguíneos, por afinidade, ou de amizade íntima (que podem até existir, mas não como fator preponderante), mas sim por *alguma forma de reciprocidade política*.

De qualquer modo, como no nepotismo em geral, busca-se no final das contas, beneficiar alguém com a remuneração e com o poder advindo da competência que vier a ser exercida, no âmbito do cargo para o qual foi nomeado. Esse é o benefício do nomeado.

Quanto ao benefício do nomeante, consiste esse na maioria das vezes no recebimento de apoio político-parlamentar, e/ou político-social, pelo Chefe do Poder Executivo, para aprovar ou bloquear projetos de seu interesse no respectivo Poder Legislativo, conter ou mobilizar a sociedade em face de uma estratégia política sua; ou uma intervenção e manifestação mais contida e superficial do Ministério Público e do Poder Judiciário em face de um *modus operandi* contingencialmente adotado pelo Executivo; enfim, nos termos em que vai se tornando assente, o objetivo maior do nepotismo político é garantir ao estamento a manutenção da chamada *governabilidade*.

As nomeações para cargos em comissão assumiram nas últimas décadas a condição de verdadeira *moeda de troca* entre partidos políticos; e no interior destes, entre as diversas facções e lideranças que os constituem; e mais recentemente, entre as diversas correntes e grupos ligados aos movimentos popular e sindical.

Também é o nepotismo político utilizado com muita frequência como meio de cooptação dos adversários, estejam esses opositores presentes junto a algum Poder do

Estado, ou no plano da sociedade civil, dos movimentos sociais e populares, do meio empresarial, etc.

As *maiorias*, o consenso político no Parlamento e na sociedade como um todo, é tecido com base em uma *teia de favorecimentos*. Trata-se da aplicação pervertida da máxima franciscana do *é dando que se recebe*.

“Por fim, a terceira espécie consubstancia a prática de nomeação de pessoas, independentemente de qualquer parentesco com o agente público com poder de nomear, para ocupar cargos em comissão na Administração Pública direta ou indireta, com o único objetivo de compor acordos políticos. Especificamente visam, por exemplo, aumentar a base de sustentação política do governo junto ao Congresso Nacional; formar uma frente ampla para a aprovação de certo projeto de lei de interesse do governo; saldar uma promessa de campanha eleitoral. Os exemplos se repetem no dia-a-dia, envolvendo as três esferas de governo, com destaque para o governo federal. É o nepotismo político. Nesta modalidade não há qualquer preocupação da autoridade com poder para nomear em prestigiar seu parente, pois o que se deseja é selar um acordo político ou ter ao seu lado um então opositor, embora o valimento de parente também possa estar presente. No seu objetivo reside a diferença desta com as demais modalidades de nepotismo. Lá o objetivo é favorecer parente, aqui, por exemplo, é garantir o apoio partidário ou ampliar a base de sustentação política da autoridade governante.”⁴³³

Em termos estritamente normativos, o que se deve ressaltar, é que a ordem jurídico-constitucional vigente, com fundamento no *caput* do art. 37 da CF/88, notadamente nos princípios da moralidade, da impessoalidade, igualdade, e da eficiência - normas por meio das quais se extraem regras que visam garantir a supremacia da *função administrativa* -, reconhece como *ilícita qualquer modalidade de reciprocidade política* como *critério* para nomeações destinadas à ocupação de cargos em comissão e demais funções gratificadas.

Os cargos em comissão e funções gratificadas estão afetos à realização da função administrativa, ao aprimoramento do atendimento das necessidades públicas, da qualidade do serviço prestado, e de modo algum poderiam ser manejados com a finalidade de se acomodar interesses entre partidos, facções e lideranças políticas.

As decisões eventualmente tomadas por pessoas investidas nesses cargos, independentemente de quem as nomeou, devem ser pautadas por razões técnicas, orientadas pelos princípios e valores fundamentadores das políticas públicas ou das funções institucionais que devem programar e fiscalizar. Não podem estas ser

⁴³³ GASPARINI, Diógenes. Nepotismo político. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.) **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 76.

substituídas por razões político-partidárias. Por conveniências eleitorais. Não podem estar sujeitas à *dinâmica do toma-lá-dá-cá* que invariavelmente comanda nosso sistema político por séculos.

Por outro lado, a discricionariedade admitida pela Constituição no preenchimento desses cargos não é absoluta,⁴³⁴ estando obviamente limitada pela supremacia do interesse público e pelo princípio da igualdade.

Isto porque, a utilização da competência para nomear para cargos em comissão, como meio de composição de interesses políticos, desequilibra a competição político-eleitoral em favor de quem ocupa circunstancialmente a Administração, marginalizando de modo abusivo e ilícito as minorias e oposições, comprometendo, de modo artificial, o princípio da alternância no poder - um dos valores cardeais da democracia representativa.

Ademais, o loteamento de cargos em comissão como mecanismo de composição política implica em indiscutível saque patrimonialista, beneficiando de modo específico alguns indivíduos, que tiveram como motivo determinante para sua nomeação a vinculação a um agrupamento político condômino do poder.

E beneficia também, de modo bastante específico e determinado, as autoridades que ao os nomear ampliaram o seu apoio ou o ajudaram a conter uma determinada crise. Também podem favorecer as lideranças que negociaram com a autoridade competente as nomeações de seus apaniguados, e que em contrapartida receberão destes, toda sorte de favores e, em certas condições, até parte dos seus rendimentos.

Por fim podem também ser beneficiados, em âmbito coletivo, os partidos políticos, movimentos sociais e sindicais, etc., que ao terem alguns dos seus quadros guindados a essas posições na Administração, poderão esses facilitar a sua penetração em determinadas bases sociais, o acesso a toda sorte de informações privilegiadas, a

⁴³⁴ “É estranhável o silêncio da doutrina e do Ministério Público com a distribuição de altos cargos ou empregos públicos de confiança na Administração direta e indireta a apadrinhados em troca de apoio político de seus partidos, sem qualquer atenção à qualificação do agraciado com a nomeação, que não raras vezes é levado a exonerar-se por estar sendo responsabilizado por atos e comportamentos condenados pelo ordenamento jurídico. É mais estranhável porque a nomeação, ainda que para cargo de provimento em comissão, não é absolutamente discricionária, mesmo que a Constituição Federal o qualifique de livre nomeação e exoneração. Livre é tão-só a escolha de qualquer um entre os melhores para titularizar o cargo de confiança que se pretende ver preenchido. Não há em favor da autoridade nomeante o poder de nomear incontrastável, mesmo que o cargo seja de livre nomeação e exoneração e assim declarado em lei, como prescreve o art. 37, II, da Constituição Federal. Tal nomeação, por configurar comportamento da Administração Pública, há de compatibilizar-se com os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, da eficiência, da finalidade e da boa administração. Não há nesse particular qualquer diferença com o nepotismo clássico ou oblíquo e estes são eficientemente combatidos.” Op. Cit. p. 84-85.

captação de recursos para as campanhas eleitorais em determinados recantos do empresariado, além de contribuírem com um percentual dos seus salários para o referido partido político.

É o que temos de um modo expresso no Partido dos Trabalhadores (PT). Este possui em seus documentos internos e estatutos⁴³⁵ dispositivos que obrigam os filiados

⁴³⁵ **CAPÍTULO II - DAS CONTRIBUIÇÕES OBRIGATÓRIAS**

Seção III – Da contribuição financeira dos filiados ocupantes de cargos eletivos e de confiança no Legislativo e Executivo

Art. 171. Filiados ocupantes de cargos executivos ou parlamentares deverão efetuar uma contribuição mensal ao Partido, correspondente a um percentual do total líquido da respectiva remuneração mensal, conforme tabela progressiva a que se refere o artigo 173 deste Estatuto.

§ 1º Entende-se como remuneração mensal, ou vencimentos, a parte fixa, menos Imposto de Renda, pensão alimentícia e descontos previdenciários; parte variável, se houver, diárias por sessões extras, 13º salário, ajuda de custo ou extras de qualquer natureza que não contrariem os princípios partidários.

§ 2º Quando não houver decisão judicial sobre os valores da pensão a que se refere o parágrafo anterior, encaminhada diretamente ao departamento de pessoal da instância, o acordo entre as partes deverá ser encaminhado formalmente ao Partido.

§ 3º O detentor de cargo ou função no Executivo ou Legislativo deverá autorizar o departamento financeiro da fonte pagadora a fornecer todas as informações ao Partido, bem como fornecer à tesouraria do Partido cópia dos contracheques e cópia de leis ou decretos referentes à sua remuneração.

§ 4º A contribuição financeira deve ser feita obrigatoriamente através de débito automático em conta corrente ou em consignação à Secretaria de Finanças da instância correspondente, mediante autorizações escritas:

I – uma dirigida à Câmara de Vereadores, à Prefeitura, à Assembléia Legislativa, à Câmara dos Deputados, para que o Partido tenha acesso à respectiva folha de pagamento;

II – outra dirigida à instituição bancária para débito em conta e imediata transferência à conta-corrente do Partido.

§ 5º: O filiado parlamentar, além da contribuição mensal individual, ficará responsável pela arrecadação mensal das obrigações estatutárias de seus assessores e cargos de confiança ocupados por filiados, assegurando o valor mínimo equivalente a 5% (cinco por cento) do total das verbas recebidas para a lotação do gabinete.

§ 6º: Para efeito do disposto no parágrafo anterior, o filiado parlamentar será o responsável pelo repasse obrigatório e mensal, a ser efetuado através do SACE à instância correspondente, observadas as orientações e datas definidas pela Secretaria de Finanças da instância nacional de direção.

§ 7º: O descumprimento do disposto neste artigo sujeita o filiado parlamentar inadimplente às seguintes medidas disciplinares: suspensão do direito de voto e das atividades partidárias; desligamento temporário de sua bancada com substituição pelo suplente do Partido; suspensão ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção na respectiva Casa Legislativa; negativa de legenda para disputa de cargo eletivo, ou ainda à penalidade de expulsão, quando se tratar de infrator reincidente reiterado.

Art. 172. Os filiados ocupantes de cargos de confiança, assessores dos detentores de mandatos executivos, mesas legislativas e lideranças de Bancadas, que não sejam funcionários públicos efetivos, deverão efetuar uma contribuição financeira mensal, conforme tabela progressiva a que se refere o artigo 173 deste Estatuto.

Parágrafo único: Os filiados funcionários efetivos ocupantes de cargos de confiança deverão efetuar sua respectiva contribuição financeira mensal, calculada com base em seu salário normal, e, ainda, com base na diferença salarial decorrente de sua nomeação, obedecidos, respectivamente, os percentuais previstos nos artigos 170 e 173 deste Estatuto.

Art. 173. A tabela progressiva das contribuições financeiras dos filiados ocupantes de cargos eletivos e de confiança no Legislativo e Executivo, a ser aprovada pelo Diretório Nacional, deverá ser adotada por todas as instâncias partidárias e somente poderá ser alterada por deliberação de, no mínimo, 60% (sessenta por cento) dos membros do próprio Diretório Nacional.

Parágrafo único: As contribuições a que se refere este artigo serão pagas diretamente pelo filiado à instância do mesmo nível territorial do cargo ocupado.

eventualmente indicados para cargos em comissão, funções gratificadas, e os que forem eleitos para cargo parlamentar ou no executivo, a cederem um percentual dos seus salários ao respectivo partido - não obstante o seu recém-aprovado Código de Ética faça referência direta a um princípio (ético) fundamental da organização partidária que ordena *o combate a práticas patrimonialistas e clientelistas nas relações com aqueles que exercem função pública*.⁴³⁶

Trata-se inclusive de disposição de discutível legalidade/constitucionalidade,⁴³⁷ uma vez que à competência para nomear se converte aqui em mecanismo explícito de financiamento eleitoral pela apropriação de dinheiro público.

É óbvio que nessas condições os partidos demonstrarão uma voracidade crescente para a ocupação de cargos, pois, disso dependerá, em parte, sua competitividade político-eleitoral. Aliás, perceba-se o modo pelo qual o Estatuto partidário regulamentou a contribuição dos filiados eleitos para cargo parlamentar, responsabilizando-os pela arrecadação do equivalente a 5% do que é transferido pelo

Estatuto do Partido dos Trabalhadores. Versão II – com modificações aprovadas pelo Diretório Nacional em 05 de outubro de 2007.

⁴³⁶ Em 2009 o III Congresso do Partido dos Trabalhadores aprovou o seu respectivo Código de Ética, publicado pelo Diretório Nacional do Partido em 20/07/2009. Ainda sob o forte impacto político oriundo das denúncias envolvendo o chamado “mensalão”, o PT aprovou esse Código de Ética que, dentre muitas outras questões, prevê: “*art. 3º São princípios éticos fundamentais que devem orientar a conduta de todos os filiados ao Partido dos Trabalhadores: IV – o respeito à moralidade administrativa, à coisa pública e à transparência na gestão de recursos públicos de qualquer natureza, e por consequência, o combate a práticas patrimonialistas e clientelistas nas relações com aqueles que exercem função pública; VI – o dever de denunciar, junto aos órgãos públicos competentes, ilícitos que impliquem em lesão à probidade administrativa, à igualdade de todos os cidadãos perante a lei, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, artístico e cultural do país, bem como aos interesses da coletividade em geral*”. Não se quer aqui afirmar que estas disposições são manifestações explícitas de cinismo político, por ser evidente que em diversas circunstâncias a direção partidária já violou disposições como essas, e que não será a simples elaboração e aprovação de um Código de Ética que irá banir de uma vez os desvios patrimonialistas de um partido que acalentou desde suas origens uma proposta de ruptura com tal tradição. Sabemos que as coisas não são tão simples. Que um partido político é ele próprio um espaço interno de luta entre visões que compartilham alguns elementos em comum (muitas vezes meramente ideológicos ou retóricos) e muitas diferenças sobre o melhor meio de se realizar certos fins. E sem dúvida alguma há no interior do Partido dos Trabalhadores quadros e lideranças que abominam qualquer modalidade de apropriação patrimonialista do Estado. Mas ao que consta, os tópicos da *realpolitik*, a *nomeklatura* partidária, até então hegemônica no comando do Partido, aderiu de bom grado à cultura política do estamento e ao *paradoxo da governabilidade*.

⁴³⁷ Tanto que a contribuição incidente especificamente sobre os filiados indicados para cargos em comissão e funções de confiança foi suspensa em face da manifestação do Tribunal Superior Eleitoral que no âmbito da Consulta de nº 1428 – classe 5ª/DF, formulada pelo Partido Democratas (DEM), e relatada pelo Ministro JOSÉ DELGADO, entendeu por bem editar a Resolução nº 22.585, redigida pelo Ministro CÉZAR PELUSO, no qual respondeu à questão formulada pelo DEM (É permitido aos partidos políticos receberem doações ou contribuições de detentores de cargos demissíveis *ad nutum* da Administração direta ou indireta da União, dos Estados e Municípios?), nos seguintes termos de sua Ementa: “Não é permitido aos partidos políticos receberem doações ou contribuições de titulares de cargos demissíveis *ad nutum* da Administração direta ou indireta, desde que tenham a condição de autoridades.” Todavia, segundo fontes ligadas ao Partido dos Trabalhadores, as contribuições dos filiados eleitos para cargo parlamentar e executivo continuam sendo descontadas para o Partido.

Poder Público, a todos os servidores lotados junto ao seu gabinete, bem como, por um percentual em relação a todas as demais verbas por ele recebidas, salvo eventuais descontos como contribuições previdenciárias e demais tributos e pagamento de pensão alimentícia.

“Art. 171. Filiados ocupantes de cargos executivos ou parlamentares deverão efetuar uma contribuição mensal ao Partido, correspondente a um percentual do total líquido da respectiva remuneração mensal, conforme tabela progressiva a que se refere o artigo 173 deste Estatuto.

§ 1º Entende-se como remuneração mensal, ou vencimentos, a parte fixa, menos Imposto de Renda, pensão alimentícia e descontos previdenciários; parte variável, se houver, diárias por sessões extras, 13º salário, ajuda de custo ou extras de qualquer natureza que não contrariem os princípios partidários.

§ 5º: O filiado parlamentar, além da contribuição mensal individual, ficará responsável pela arrecadação mensal das obrigações estatutárias de seus assessores e cargos de confiança ocupados por filiados, assegurando o valor mínimo equivalente a 5% (cinco por cento) do total das verbas recebidas para a lotação do gabinete.

§ 6º: Para efeito do disposto no parágrafo anterior, o filiado parlamentar será o responsável pelo repasse obrigatório e mensal, a ser efetuado através do SACE à instância correspondente, observadas as orientações e datas definidas pela Secretaria de Finanças da instância nacional de direção.”

Como podemos perceber pela dicção do § 6º do dispositivo acima referido, o XII Encontro Nacional do Partido dos Trabalhadores decidiu criar uma instância interna (SACE⁴³⁸) exclusivamente para cuidar da arrecadação e repasse dos recursos obtidos a partir das contribuições de filiados eleitos para cargos legislativos e/ou executivos, bem como, dos indicados pelo Partido para cargos em comissão ou de confiança. Parece evidente aqui a prática de nepotismo político, já em transição para formas mais acentuadas de saque patrimonialista.

⁴³⁸ Consiste a mesma, segundo documento de seu diretório nacional, na gestão centralizada de cobrança e distribuição das contribuições estatutárias do partido dos trabalhadores, através de um sistema informatizado de operações financeiras entre os filiados ocupantes de cargos eletivos e de confiança, indicados pelo PT. O XII Encontro Nacional, analisando as finanças partidárias, identificou muitos problemas na arrecadação e repasse das contribuições estatutárias pertinentes aos cargos eletivos e de confiança, tais como: dificuldade dos diretórios em receber essas contribuições; atraso do repasse, e até mesmo a não transferência dos créditos previstos no Estatuto aos diretórios estadual e Nacional. Nesse sentido, dada a dificuldade desses no recebimento das contribuições obrigatórias dos filiados ocupantes de cargos eletivos e de confiança, optou-se por tal sistema com vistas a aumentar o seu potencial de arrecadação e otimizar as finanças partidárias, através do aumento de repasse das contribuições às instâncias superiores. Buscou-se também promover a identificação dos filiados ocupantes de cargos eletivos e de confiança, lotados nos poderes Legislativo e Executivo, nos níveis federal, estadual e municipal, onde o Partido possui representação ou esteja à frente da administração direta (governo) e indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), aumentando o número de contribuintes do partido. Buscou-se também sanear as finanças partidárias, através da centralização das contribuições, cujo repasse é automático para todas as instâncias, ou seja, nacional, estadual e municipal.

Também está claro que a aceitação de tal prática conduz o sistema político para à vala cínica do *governismo*, dos grandes *conchavos*, da *cultura da conciliação*, estruturada em torno de *falsos consensos políticos* - fundados em mera inércia procrastinatória em face das demandas sociais - que só atendem aos interesses do *estamento*, satisfeito em sua voracidade por cargos e verbas públicas em detrimento dos reais interesses da sociedade.

Desse modo, permanecer no governo passa a ser um objetivo em si. Boa parte do espectro político-partidário, interessado apenas em sua parasitária sobrevivência e reprodução, abdica de sua identidade doutrinária e ideológica, e até mesmo de um projeto próprio e específico de poder, para se colocar na cômoda posição de fiel da balança, de aliado de qualquer composição com chances reais de vitória eleitoral. E, claro, sempre disponível para compor *a maioria de qualquer governo* que lhe franqueie o acesso a cargos e verbas públicas.

*“Prende nossa atenção somente o nepotismo marcado pela nomeação de alguém para ocupar cargo em comissão, encontrável na Administração Pública direta ou indireta, com fins políticos. Interessa-nos o nepotismo praticado pela autoridade competente para nomear, quando lhe interessa cumprir um acordo político ou saldar uma promessa de campanha eleitoral, sem atender à indispensável qualificação ético-funcional, que mesmo esses cargos exigem para seu desempenho. Daí a bem posta lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha ao afirmar que ‘próximo ao nepotismo, mas não mais se vinculando às ligações familiares e afetivas e sim aos elos políticos partidários ou partidaristas, põe-se a contrariedade aos princípios da impessoalidade pelo partidarismo da Administração Pública. As decisões administrativas passam a ser tomadas não mais de acordo com o interesse público, para o bem de toda a sociedade, mas segundo as conveniências da facção que está no Poder ou de seus correligionários e as pessoas que compõe o quadro partidário. O objetivo é então, basicamente, o de permanecer no Poder e de tutelar os interesses de grupos e facções políticas.”*⁴³⁹

O Poder Executivo protagoniza no âmbito estatal a prática do nepotismo político, dele se servindo para acomodar interesses de representantes de outros Poderes, especialmente o Legislativo - mas também o Judiciário.

Reconhecemos a sua prática nos três níveis de governo, no âmbito da Administração direta e indireta, em modos e formas que não deixam de se aperfeiçoar.

Ultimamente, uma modalidade curiosa de nepotismo político, enquanto prática de favorecimento pessoal vem sendo observada em relação a quadros político-partidários, que já ocupam cargos em nível de 1º e 2º escalão.

⁴³⁹ Op. Cit. p. 81-82.

A pretexto de se lhes proporcionar uma remuneração compatível com o que teriam no setor privado (*sic...*), são nomeados para o Conselho de Administração de alguma empresa pública ou sociedade de economia mista, auferindo aí a renda responsável pela elevação dos seus estipêndios até o limite fixado pela Constituição – são raros os figurões partidários que não ocupam vagas, às vezes em mais de uma empresa, no interior desses Conselhos.

Em um contexto assemelhado, tem sido franqueado o acesso para quadros emergentes do movimento sindical – sobretudo sindicalistas ligados ao setor público e a movimentos sociais à cúpula dos cargos em comissão, exatamente aqueles com maior remuneração. São eles hoje os grandes responsáveis pela farra dos cargos DAS, nível 5 e 6, que passaram desde a sua instituição, e não apenas nos últimos governos, por configuração que em nada se identifica com a suposta finalidade de sua criação – estabelecer os fundamentos para a consolidação de uma *administração pública de tipo gerencial*:

*“No Brasil, os cargos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) níveis 5 e 6, assim como os de Natureza Especial (NES), têm sido considerados pela literatura especializada como postos de direção comandados por dirigentes públicos. Pela posição que ocupam no organograma da Administração pública federal, logo abaixo dos ministros e secretários de Estado, e por seu escopo funcional, esses cargos configurariam, conceitualmente, um espaço gerencial afeto à eficiência e à racionalidade no âmbito do serviço público brasileiro. Na prática, o nível gerencial desses postos depende do perfil de seus ocupantes, das práticas institucionais de gestão públicas seguidas pelos órgãos governamentais nos quais estão inseridos, e do tipo de comando exercido pelos ministros e secretários na chefia de seus órgãos (delegação de tomada de decisão). O entendimento dos cargos de DAS 5 e 6 e NES como instâncias gerenciais teve como marco no Brasil o processo de reforma do Estado operado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado a partir de 1995. O Ministro LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA afirmava, no Plano diretor do aparelho de reforma do Estado, documento que foi publicado em 1995 e que orientaria as políticas de gestão pública estatal elaboradas no governo Fernando Henrique Cardoso, que ‘o sistema de DAS é um passo na direção de uma administração pública gerencial, devido à sua estrutura de provimento flexível, que possibilita que seus titulares sejam recrutados entre **quadros estratégicos do setor privado** ou **mesmo entre quaisquer funcionários públicos** com competências para o desempenho de funções de direção.’”⁴⁴⁰*

De fato, nepotismo político não compreende apenas a nomeação de alguém estranho aos quadros administrativos efetivos para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada, mas vem sendo usado para *turbinar* os rendimentos de servidores

⁴⁴⁰ D’ARAÚJO, Maria Celina. **A elite dirigente do governo Lula**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/CPDOC, 2009, p. 15.

públicos que além de ostentarem essa condição também se revelam como quadros partidários, tenham ou não origem no sindicalismo do setor público.

Aqui nos parece conveniente frisar que o fato do nomeado possuir eventualmente qualificação educacional, formação acadêmica até mesmo acima da média da sociedade, não ameniza em nada a ilicitude da conduta e a nulidade do ato administrativo de nomeação.

Isto porque, o elemento *qualificação*, em situações como essa, possui natureza puramente acidental, tratando-se de uma *coincidência* ou *mera circunstância de justificação*, mas totalmente alheia a real motivação da nomeação – compor alguma modalidade de acordo ou promoção política.

O nomeado possui formação profissional, titulação acadêmica, e isso facilita para quem nomeia a justificativa de sua escolha, mas se ficar demonstrado em instância administrativa ou jurisdicional que o que efetivamente determinou o ato administrativo foi uma *motivação de natureza política*, fundada em *algum tipo de reciprocidade* entre a autoridade que nomeou e quaisquer outras pessoas, estará caracterizada a prática do nepotismo político.

Outra manifestação contemporânea do nepotismo político se dá em face da acomodação de quadros reconhecidamente vinculados à *base aliada* – eufemismo elaborado pelo estamento para justificar a sua dinâmica política, que deve manter e repor um *eterno conchavo* – que eventualmente sejam derrotados no processo eleitoral, e por isso, não tenha potencial político para serem aproveitados em cargos de 1º ou 2º escalão (normalmente entregues a aliados capazes de garantir a atuação fiel de sua base parlamentar no Congresso).

Então, quase que a título de um *prêmio de consolação*, costumam serem esses quadros indicados para assumir cargos em comissão ou funções de confiança.

Mas em certas circunstâncias, quando essas lideranças, não obstante derrotadas eleitoralmente, e até mesmo encontrando-se já um pouco envelhecidas e desgastadas pelo sistema, ainda possuem algum espólio político, uma rede de apoios capazes de serem transferidos e postos à disposição de quem ocupa o poder, podem os mesmos ser agraciados com a indicação para um cargo de Poder, muitas vezes de natureza vitalícia. O exemplo clássico desse tipo de *presente* é a indicação para o posto de membro de algum Tribunal de Contas – como ocorre frequentemente, no âmbito da União, com as indicações para Ministro do TCU.

Tudo implementado em função da *regra* ou *máxima da reciprocidade*, que como já apontamos atrás, é repetido em tom de deboche, por membros de todo o estamento político brasileiro, independentemente de sua justificação ideológica, pela vulgarização do velho provérbio franciscano segundo o qual *é dando que se recebe*.

“O nepotismo político existe nas três esferas de governo, sendo praticado, notadamente, no Executivo tanto na administração direta como indireta. Os exemplos são abundantes. É o que ocorre com a nomeação de certo cidadão, indicado por um partido político para que seus membros no Legislativo garantam a aprovação de determinada propositura de interesse da autoridade nomeante. É também o que se passa com as nomeações de sindicalistas, líderes sociais, ex-vereadores, Deputados e Senadores para cargos ou empregos de confiança nos primeiros e segundos escalões de Ministérios, diretorias e conselhos de estatais, sempre em troca do apoio político de seus partidos, como a mídia informa quase que diariamente. Muitas vezes tais nomeações são prêmios de consolação pela derrota eleitoral que sofreram, sem nenhum interesse público, mas de rendimento político extraordinário para a autoridade com poder de nomear e para o governante do momento. São mais aliados para seus futuros propósitos políticos.”⁴⁴¹

Uma última questão a ser enfrentada neste item diz respeito à configuração ou não do nepotismo político em razão do loteamento entre os partidos, facções e lideranças dos chamados cargos de Poder.

Não obstante seja essa uma questão já debatida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a questão foi enfrentada apenas lateralmente, não tendo sido objeto de manifestação direta. Sendo assim, ao que parece, o STF não localiza, *prima facie*, ocorrência de nepotismo nesse âmbito.

Em nossa opinião, neste caso, não há espaço para caracterização de nepotismo político. Mas, por outro lado, nenhuma limitação jurídico-normativa parece existir de modo a ilidir, mesmo no plano dos cargos políticos ou de Poder, a prática do nepotismo *clássico* ou *em sentido estrito*.

“Trata-se da ressalva debatida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que diz respeito aos cargos de preponderância política na nomeação, é dizer, os cargos de Ministros de Estado, Secretários dos Estados, do Municípios e do Distrito Federal. A nomeação, para esses cargos, não é objeto da Súmula. Todavia, isto não significa avaliar o nepotismo para estes cargos. A decisão do Supremo Tribunal Federal apenas deixa de abarcar expressamente os cargos de Ministros de Estado e Secretários, mas isto não quer dizer que não seja possível o reconhecimento da ilegitimidade da nomeação de parentes também para estas funções. O que é vinculante é a assertiva de que o nepotismo é vedado de um

⁴⁴¹ GASPARINI, Diógenes. **Nepotismo político**. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.) **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 82.

modo geral para todos os cargos em comissão (direção, chefia, e assessoramento) de todos os Poderes. Sobre tal ponto não há mais espaço à tergiversação. Mas a exclusão dos cargos de Ministros de Estado, Secretários de Estados, dos Municípios e do Distrito Federal da força vinculante, apesar de demonstrar que o Supremo Tribunal Federal atualmente entende não haver imoralidade no ato de nomear parentes para estas funções, não impede que as instâncias inferiores conheçam e decidam as causas de modo diverso.”⁴⁴²

Como já havíamos adiantado em outro trecho desse trabalho, entendemos que nos *cargos políticos* ou de *Poder*, como Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, o acerto entre as forças partidárias e agrupamentos políticos, implica em *corresponsabilidade na Administração*, sendo lícito ao Chefe do Executivo distribuir os cargos de assessoramento direto, entre indicados pelas forças que o apoiam no Legislativo e na sociedade civil – desde que, dentre estes, também **não existam parentes ou apaniguados da autoridade competente para nomear**, ocorrendo em relação a essa limitação (incidência de nepotismo direto ou cruzado), em nossa opinião, uma presunção *juris tantum* de ilicitude em qualquer âmbito do Poder Público.

Mas, aqui de modo especial, a presunção *juris tantum* que torna ilícita a nomeação de parentes, para cargos estritamente políticos ou de Poder, pode ser (também ela) afastada no caso concreto. Isto ocorrerá quando a nomeação de parente para cargo político for a única forma possível de se garantir o *interesse público*.

Expliquemos a aparente contradição. Se pensarmos especificamente no plano dos Municípios, especialmente os mais longínquos e dispersos – circunstâncias fáticas excepcionais - poderia ocorrer de em um determinado Município, existir tamanha carência de médicos e/ou qualquer indivíduo habilitado para conduzir a política pública municipal de saúde, de modo que o único (ou praticamente o único) nome disponível para o Chefe do Executivo nomear seja do seu irmão, cônjuge, ou qualquer outro parente.

Em circunstâncias como essa, de flagrante excepcionalidade, o interesse público expresso na necessidade de se prover a população com políticas públicas de saúde conduzidas com um mínimo de conhecimento da matéria e competência executiva prevalece sobre o princípio da impessoalidade.

Quanto ao princípio da moralidade, em um contexto semelhante à hipótese acima apresentada, sequer teria sido objeto de violação, visto que, a finalidade perseguida

⁴⁴² PIRES, Luís Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.), **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 248.

estava de conformidade com o interesse público e a satisfação de direitos fundamentais básicos (acesso a políticas públicas de saúde), de natureza objetiva, devidos pelo Poder Público. Não haveria aqui qualquer arbitrariedade entre os âmbitos privado, coletivo e público/estatal. Nenhuma modalidade de apropriação patrimonial – isto porque, o atingimento (efetivo e desinteressado) de uma finalidade pública, transforma o vínculo de parentesco entre a autoridade nomeante e o nomeado em *mera coincidência*.

Dispensável frisar que eventual prática de fraude ou simulação em torno da imperiosa necessidade de se nomear agente com vínculo de parentesco com a autoridade nomeante implica em nulidade do ato e responsabilização em sede de improbidade administrativa.

Uma última modalidade de manifestação do nepotismo, à qual gostaríamos de tecer algumas considerações, diz respeito à sua ocorrência junto ao que a própria legislação mais recentemente passou a denominar por *terceiro setor* – âmbito jurídico-normativo específico que antes era definido pelo conceito político-sociológico de *sociedade civil*.

De fato, as intervenções do âmbito estatal no plano da sociedade civil, possuem para além de uma atuação repressiva, majoritária ao longo da história em face dos movimentos popular e sindical, outra modalidade de intervenção voltada para a constituição de *mecanismos de cooptação*.

Desse modo, o *critério da pessoalidade, do favorecimento* aos amigos e aliados, determinou o modo de atuação do Estado em face da sociedade civil pelo menos desde o Estado-novo, com a política getulista de intervenção nos sindicatos e nomeação para os cargos de direção de interventores compostos por quadros alinhados com o sistema – *peleguismo*.

Aos sindicatos assim aparelhados, destinou-se legalmente uma fonte perene de recursos, para que os mesmos assumissem uma plêiade de serviços tipicamente públicos, de caráter assistencial, como meio hábil para garantir sua legitimidade junto às suas *bases* – política clientelística exportada pelo estamento para o âmago da sociedade civil.

Essa política de intervenção foi mantida de modo praticamente intocado pela ditadura militar, o que por sua vez estimulou uma reação nas próprias bases dessa sociedade civil – especialmente junto ao movimento sindical – que acabou por alinhar um amplo leque de forças que obrigou o regime totalitário primeiro a recuar (abertura política, anistia, etc.), e depois a retroceder permitindo a redemocratização da sociedade (convocação de um Congresso Constituinte).

A sociedade civil organizada brasileira, teve o seu desempenho político mais proeminente em nossa história ao longo do processo constituinte (1986-1988). De um modo espetacular, assumiu um campo político e ideológico com viés à esquerda, não obstante a própria esquerda parlamentar fosse francamente minoritária no interior do Congresso Constituinte. Mas impôs pela pressão de sua mobilização uma série de conquistas no plano político, social, econômico e cultural de modo a satisfazer os interesses mais prementes de amplos setores de nossa sociedade. Garantiu inclusive significativos espaços institucionais de representação e participação para si própria, dentro do Estado e em órgãos semi-públicos de participação mista.

Todavia, no período que se seguiu, esta mesma sociedade civil foi trilhando um acentuado caminho de desmobilização – à exceção de alguns movimentos sociais, como o MST, cujo declínio e desmobilização são fenômenos mais recentes.

Mais do que recuo, em parte explicado por uma maior atuação (e mais eficaz) de instituições que saíram fortalecidas pela CF/88, como o Ministério Público, essa situação é indicativa de um movimento interno de transformação de nossa sociedade civil, que foi perdendo a natureza comunitária de amplos movimentos de massa, e foi se segmentando em uma multiplicidade de organizações não governamentais (ONGs).

Não houve apenas multiplicação de temas (minorias em geral, ecologia, voluntariado, etc.), mas de micro organizações, estando uma infinidade delas, cada uma ao seu modo, perseguindo além de interesses em comum, significativos interesses particulares, na maioria das vezes concorrentes entre elas, e quase sempre em busca de algum tipo de associação com Estado, com o intuito de assim receber toda sorte de benefícios, especialmente na forma de bens e dinheiro público, tendo acesso facilitado, inclusive por termo de dispensa de licitação, conforme previsto pela lei geral de licitações (art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93).

Essa disposição *colaboracionista* de parte significativa de nossa sociedade civil para com o Estado (que evidentemente possui exemplos exitosos, como se dá com a atuação das Santas Casas, no setor de saúde; ou em parcerias com a Pastoral do Menor, no âmbito da assistência à criança e ao adolescente), acabou interagindo sinergicamente com o espírito neoliberal que campeou em todo o mundo nos primórdios da década de 90 e teve ecos em nossa experiência político-administrativa.

É de lá que veio a *reengenharia* que guindou a sociedade civil, que no período pós 1988 foi se confundindo com uma multiplicidade de ONGs, e agora foi rebatizada e estruturada pela legislação nos termos que se passou a denominar por *terceiro setor*, a

um novo plano de colaboração com a Administração Pública. O Poder Público agora se relaciona com uma pluralidade de entes associativos egressos da sociedade civil no âmbito normativo das chamadas *atividades de fomento*, desdobramento do *princípio da subsidiariedade* - ao qual já nos reportamos no item 5.4 do capítulo anterior.

Este princípio determina que a atividade estatal deva se restringir ao mínimo, permitindo que o setor privado e a sociedade civil por suas iniciativas ocupem o espaço que entenderem como próprio (desde que não arbitrário em face dos indivíduos a elas associados ou não; e com outras associações eventualmente concorrentes ou não), atuando o Estado apenas nos planos em que estes (indivíduos e associações) se mostrem insuficientes. Desse modo, acredita-se que seria possível a obtenção de ganhos de legitimidade, economia e produtividade, aumentando a eficiência no emprego dos recursos públicos. Tudo isso na busca daquilo que a pouco já comentamos como *modelo gerencial de Estado*, instituído em seus parâmetros gerais nos governos Collor e FHC.

“A citada reforma pretendeu introduzir uma ‘nova formula de gestão de serviços públicos’ relacionados, entre outras, às áreas de saúde, educação, em que o Estado não mais prestaria tais serviços e sim os financiaria mediante a outorga de subsídios financeiros a particulares que os prestassem, o que deu origem a entidades conhecidas como Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Neste modelo, em que o Estado se apresenta como um fomentador destas atividades, os recursos são repassados aos particulares mediante a celebração de contratos de gestão e dos termos de parceria. Este modelo, contudo, não pode ser implantado à luz do texto constitucional que atribuiu ao Estado o dever de prestar, entre outros, os serviços de saúde e os serviços de educação (arts. 199 e 205 da CF), não podendo o Estado renunciar a estas competências. Por outro lado, a atividade administrativa de fomento, como visto, está marcada, especialmente, pelo princípio da subsidiariedade e o da repartição dos riscos, o que impede o Estado de promover, com recursos exclusivos do Tesouro Nacional, as atividades socialmente relevantes desempenhadas pelos particulares, que, por conta dos citados princípios, devem investir recursos próprios nas atividades desenvolvidas, a fim de evitar que a filantropia venha a ser exercida exclusivamente com recursos alheios (governamentais) e o fomento transforme-se em sustento, com burla aos princípios da obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório para contratar terceiros. Portanto, é fácil verificar que o modelo proposto pela Reforma do Estado não está adequado à nossa realidade constitucional e ele não pode ser implementado sem prévia alteração da Constituição Federal.”⁴⁴³

Para além dos aspectos pertinentes à inconstitucionalidade de inúmeros vetores institucionais introduzidos pela Reforma do Estado liderada por Bresser-Pereira, o que aqui nos interessa de modo objetivo é a possibilidade de tais expedientes serem

⁴⁴³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 40-41.

utilizados como mecanismo de burla ao princípio constitucional de vedação ao nepotismo.

Esta claro que a exigência constitucional do concurso público e do procedimento licitatório em muito contribuiu para estreitar a margem de manobra para as práticas patrimonialistas secularmente ativas entre nós – da qual o nepotismo é uma das manifestações mais recorrentes. Todavia, o estamento político, obrigado a aceitar tais limitações jurídicas por pressão da opinião pública, não tardou a buscar *novos meios de se manter velhas práticas*.

Acreditamos que até mesmo em face do reduzido número de cargos em comissão disponíveis para a imensidão do saque patrimonialista; das limitações inerentes aos cargos de Poder; a utilização de sindicatos e ONGs, agora no figurino jurídico de Organizações Sociais (OS) e/ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), passou a constituir o mais fértil solo para a prática do patrimonialismo em geral e, do nepotismo de forma particular, em face de nossa Administração Pública.

Dadas às conhecidas dificuldades, quando não cumplicidade, de muitas de nossas Cortes de Contas, é possível deduzir-se o tamanho do ralo pelo qual escoam atualmente recursos públicos e toda a sorte de favorecimentos pessoais.

Sem nos interessar aqui por qualquer caso particular, gostaríamos apenas de ressaltar o enquadramento e as consequências jurídico-normativas da utilização de entidades pertencentes ao terceiro setor como meio dissimulado para a prática de nepotismo.

Independentemente da natureza jurídica ora atribuída pela legislação a essas entidades, agora, juridicamente enquadradas no âmbito das *atividades de fomento*, em relação às mesmas, concordamos com SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA que as compreende como de *natureza pública*, de modo que, sobre elas, terá incidência todos os princípios do *caput* do art. 37 da CF/88.

A prática de nepotismo clássico ou cruzado por meio do seu expediente encontra-se indiscutivelmente vedada e disciplinada pelo inciso IV, do art. 2º, bem como pelo seu § 2º, e os artigos 3º e 4º, todos da Resolução nº 07/05 do CNJ – em aplicação extensiva de dispositivos inicialmente previstos para terem incidência em relação a pessoas jurídicas de direito privado que eventualmente contratem com a Administração, em meio à *reciprocidade* caracterizadora de prática de nepotismo.

Com relação à vedação ao nepotismo político, que não foi tratado de modo específico pela Resolução nº 07/05 e pela Súmula Vinculante nº 13, mas deduz-se

igualmente do núcleo essencial de princípios inscritos no *caput* do art. 37 da CF/88, sua aplicação no âmbito das entidades compreendidas pelo terceiro setor decorre de sua submissão ao regime jurídico-administrativo de direito público, o que faz sobre elas incidir todos os efeitos normativos derivados dos supramencionados princípios constitucionais. Também vincula a legitimidade e licitude de sua associação ao Poder Público à efetiva realização do interesse público (*função administrativa*) que justificou a referida associação, não se admitindo no seu interior nenhuma modalidade de favorecimento, privilégio, perseguição ou discriminação de qualquer ordem.

“A atividade de fomento, enquanto atividade administrativa, deve estar submetida ao regime jurídico administrativo, que, no Brasil, decorre, diretamente, da Constituição Federal. Assim, a atividade de fomento submete-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, redação da EC 19), além da motivação (art. 93, X), da igualdade e da finalidade, entre outros. A atividade de fomento, como espécie de atividade administrativa, deve obedecer a todos os princípios que orientam a atividade administrativa. (...) A atividade de fomento deve sempre buscar a incentivar ou preservar uma atividade privada que satisfaça necessariamente um interesse geral. A atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral, não é lícita. O fomento legítimo e justificado é aquele que visa a promover ou a estimular atividades que tendem a favorecer o bem estar geral. Se o interesse geral não é detectável com clareza, a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória.”⁴⁴⁴

De igual modo, não se coaduna com o interesse público, o favorecimento pessoal ou de grupo com base na distribuição seletiva de bens e dinheiro público – como se dá de regra em face dos contratos de gestão, convênios, parcerias, etc., que vinculam juridicamente os entes do terceiro setor à Administração Pública – com a finalidade de se obter qualquer forma de reciprocidade política ou eleitoral.

Sendo assim, se ficar demonstrado que a entidade do terceiro setor foi utilizada para permitir o favorecimento pessoal de algum parente de autoridade administrativa com competência para com ela estabelecer esse vínculo, ou existindo junto ao ente administrativo associado qualquer servidor investido em cargo de direção, chefia, e assessoramento em relação ao qual decorra vínculo de parentesco ou se manifeste alguma das situações previstas no art. 3º da Resolução nº 07/05 do CNJ, estará caracterizada a prática de nepotismo em sua modalidade clássica, autorizando a via expedita do controle autorizado nos termos da Resolução do CNJ e da Súmula do STF.

⁴⁴⁴ Op. Cit. p. 27-31.

Por outro lado, em âmbito procedimental de natureza administrativa ou jurisdicional, constatada a utilização de entidades do terceiro setor com a finalidade de se beneficiar no seu interior pessoas determinadas, com o objetivo de se saldar alguma forma de promessa, pacto, ou aliança política, estar-se-ia caracterizada a prática de *nepotismo político*, daí decorrendo, além da invalidade do ato administrativo que constituiu a respectiva associação, a possibilidade de responsabilização dos envolvidos no plano administrativo, criminal e cível – este último tendo os seus parâmetros sancionatórios determinados pela lei de improbidade administrativa.

Em situações como esta, obviamente, além da prática de nepotismo, outras modalidades de apropriação patrimonialista de recursos públicos terão se realizado, não se confundindo, no entanto, as mesmas com nepotismo – que possui delimitação jurídico-normativa muito bem caracterizada.

Todavia, nenhuma dúvida existe quanto à antijuridicidade dessas condutas, que dada a insofismável carga de desonestidade e má-fé, poderiam ser integralmente conhecidas, conjuntamente à imputação de prática de nepotismo, no âmbito de uma ação de improbidade administrativa.

6.8 - Parâmetros para a Concreção da Normatividade Constitucional (abstrata) no Caso Concreto

Não obstante a normatização desenvolvida por todos os Poderes estatais em função do preceito constitucional que veda o nepotismo a partir de regra retirada do núcleo essencial dos princípios da moralidade, da impessoalidade, e da eficiência, sua aplicação ao caso concreto, requer a intermediação de outras normas, que aqui denominaremos seguindo a lição de Humberto Ávila⁴⁴⁵ por postulados normativos de aplicação. Por elas se instrumentalizam outros preceitos jurídico-constitucionais, como *razoabilidade e proporcionalidade*, voltadas para o controle da discricionariedade estatal no plano da jurisdição constitucional, no exercício daquilo que a Suprema Corte dos EUA definiu por *substantive due process* – devido processo legal em sentido substancial ou substantivo.⁴⁴⁶

Como já afirmamos em outro momento desse trabalho, na seara do Direito Administrativo ao conceito de *poder* corresponde o de *dever*. Assim, os poderes que detém o administrador⁴⁴⁷ só se legitimam na exata medida dos deveres a ele atribuídos, no exercício da *função pública*,⁴⁴⁸ para a tutela do interesse coletivo – daí porque CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴⁴⁹ os definir como verdadeiros *deveres-poderes*. São eles que estruturam – como demonstramos – o conceito jurídico-normativo de *competência administrativa*.

⁴⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** : da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 121-129.

⁴⁴⁶ NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 34-38.

⁴⁴⁷ Os poderes administrativos, via de regra, são classificados em vinculados ou discricionários, hierárquico, disciplinar e normativo ou regulamentar.

⁴⁴⁸ “Pois o princípio constitucional da moralidade administrativa, densificado pela noção de função pública, persiste encarecido com a consciência jurídica de que há uma relação fiduciária (*trust*) que se investe todo aquele que exerce uma função pública – pois o faz em nome de terceiro, da coletividade -, e sobretudo os chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), e portanto igualmente é exigível a adequação do comportamento deles a um padrão objetivo de honestidade, transparência e impessoalidade, o que impede – por muito mais razão, pois os chefes do Executivo encontram-se no ápice da relação hierárquica deste Poder – que nomeiam para cargos de Ministros e Secretários os seus parentes ou até mesmo parentes de outros agentes públicos integrantes do mesmo Poder (nepotismo cruzado). Em última análise, o nepotismo viola o padrão objetivo de honestidade, transparência e impessoalidade em qualquer circunstância, para qualquer cargo público.” PIRES, Luís Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.) **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 249.

⁴⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 138.

A materialização de quaisquer práticas de nepotismo, não interessa se por ato administrativo ou pela lei, se dará no exercício de uma *competência discricionária*. A competência discricionária, como se sabe, se contrapõe à vinculada⁴⁵⁰ e se liga ao deferimento à Administração de certo grau de liberdade e vontade na prática de certos atos.

Assim, diante do caso concreto, por vezes, permite-se um juízo de conveniência e oportunidade do conteúdo a ser editado, visando uma melhor satisfação do interesse público.

A discricionariedade se justifica em nome da necessidade de se lidar (dada a atuação permanente e a direta vinculação da atividade administrativa ao dia-a-dia do conjunto dos cidadãos), com as infinitas e distintas situações cotidianas, sendo praticamente impossível ao legislador prevê-las em sua totalidade - e tampouco seria razoável ao legislador estabelecer normas destituídas das características de abstração e generalidade. Neste sentido, afirma FIONINI que:

*“a discricionariedade é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize respondendo às necessidades de cada momento”*⁴⁵¹.

Mas essa discricionariedade deve respeitar limites constitucionais. Ou seja, é a ordem jurídico-constitucional que deixa ao administrador certo espaço para utilização dos critérios ou postulados normativos da *oportunidade* e *conveniência* - desde que sejam observados os contornos do ordenamento na escolha que pretender fazer.

Desse modo, nem de longe o ato discricionário se confunde com poder puramente político, sendo decorrência lógica do *princípio da juridicidade*, devendo, por isso, estar de acordo com os vetores axiológicos da Constituição e, ademais, ser manejado sempre e obrigatoriamente *em referência ao caso concreto*. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

*“não é limitada só pela lei, em sentido formal, mas pela ideia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes, declarados a partir do preâmbulo da Constituição.”*⁴⁵²

⁴⁵⁰ É aquela conferida pela Lei à Administração, de forma que prévia e objetivamente se sabe acerca do único comportamento que esta poderá ter diante de certas situações concretas, bem como dos requisitos necessários à formalização do ato, para o qual não concorre uma vontade subjetiva do administrador.

⁴⁵¹ *apud* MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Atlas. p. 69.

⁴⁵² Op. Cit. p. 70.

É consenso na doutrina que a liberdade do administrador para os atos não vinculados pode estar presente nas etapas de formação, na própria estrutura da norma jurídica, no momento da prática do ato, e ainda, em seus elementos (sujeito, objeto, motivo, forma e finalidade). Segundo CONSUELO SARRIA:

“(...) quando a autoridade administrativa avalia as consequências dos fatos e as medidas pertinentes para o cumprimento de suas funções, de acordo com as competências que lhe foram atribuídas pela lei e com vista em lograr os fins de interesse público que lhe são próprios, está avaliando a oportunidade, a conveniência e o mérito de sua própria decisão, quer dizer, está utilizando sua discricionariedade administrativa, tendo a possibilidade de decidir se atua ou não, ou, se o faz, de escolher uma ou outra decisão, ‘sendo todas válidas para o direito.’”⁴⁵³

RÉGIS DE OLIVEIRA, para quem a discricionariedade se localiza na estrutura da norma pensa que *a esfera de liberdade administrativa – aliás, sempre circunscrita – pode residir na hipótese da norma jurídica a ser implementada, no mandamento dela ou, até mesmo, em sua finalidade.*⁴⁵⁴

Voltando ao magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ela nos esclarece que haverá discricionariedade quando:

“1. a lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração ex officio do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração ad nutum); não há qualquer motivo na lei para justificar a prática do ato; em casos como esse, cabe à autoridade escolher o motivo (desde que legal) que a levará a praticar determinado ato;
2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem; ou quando exige, para o provimento de certos cargos, “notável saber”; enfim, sempre que a hipótese da norma se refere a conceito de valor, como ordem pública, moralidade administrativa, boa-fé, paz pública e tantas outras de uso frequente pelo legislador”⁴⁵⁵.

No que diz respeito ao momento da prática do ato, pode-se dizer que, se a Lei não o estabelece, a administração deve proceder à escolha com vistas à consecução de determinado fim. A discricionariedade pode se localizar ainda, por exemplo, na

⁴⁵³ Consuelo Sarria, *apud* Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. cit. p. 69.

⁴⁵⁴ Régis Fernandes de Oliveira, *apud* Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. cit. p. 79.

⁴⁵⁵ Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. cit. p. 83-84.

motivação, que serve de pressuposto de direito e de fato para o fundamento do ato administrativo.⁴⁵⁶

Caio Tácito localiza essa competência ainda na valoração dos fatos objetivos que se apresentam à administração, afirmando que “a realização do ato pressupõe, por outro lado, determinados antecedentes objetivos. A autoridade administrativa não age no vácuo, não atua arbitrariamente. Ela se movimenta em função de certas situações de fato ou de direito que determinam a sua iniciativa. A primeira etapa dinâmica do ato administrativo é, portanto, a constatação da existência dos motivos. Segue-se imediatamente, a apreciação do valor desses motivos, a fim de que possa a autoridade se orientar no tocante à necessidade de sua atuação e aos meios indicados para a obtenção de um resultado. É precisamente na sucessão dessas duas etapas que se insere o elemento discricionário. Ao passo que na verificação da existência material ou legal dos motivos não há senão o processo de apreensão da realidade, na sua valorização subjetiva-se a tramitação do ato administrativo. A existência ou não dos motivos é matéria de ordem objetiva: a sua observação imperfeita provocará um erro de fato ou de direito, sujeito ao controle de legalidade. A ponderação e a medida dos motivos, como causas determinantes da ação do administrador, correspondem a um processo psicológico, pertencente ao prisma discricionário.”⁴⁵⁷

Questão a tratar, para que não se opere confusão, é a da distinção, pontuada por parte da doutrina,⁴⁵⁸ entre *discricionariedade* e *interpretação*, já que em ambas existe uma apreciação intelectual prévia, por parte da autoridade administrativa, na aplicação da lei aos casos concretos.

Na tarefa interpretativa, há uma escolha única que emana do ordenamento, a partir de um processo intelectual lógico coerente com a totalidade orgânica do objeto a ser interpretado. Sendo assim, não há espaço para inovação e a tarefa do juiz (ou do administrador) é apenas explicativa das valorações implícitas no sistema.

Na discricionariedade, há mais. Para além das tarefas interpretativa e integrativa existe, de fato, um poder de escolha, uma capacidade de autodeterminação, segundo critérios administrativos, entre certo número de soluções, todas igualmente válidas.

⁴⁵⁶ Sobre os pressupostos de direito e de fato do ato administrativo ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, capítulo VI, item VII.

⁴⁵⁷ TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997, p. 318-319.

⁴⁵⁸ A exemplo de Gaetano Azzariti, Emilio Betti e, entre nós, Maria Sylvia Zanella di Pietro.

Mas qual o limite conferido pela lei e pelo direito ao administrador? Uma resposta adequada à indagação só se pode obter por meio de um estudo mais rigoroso dos chamados *parâmetros de aferimento do uso da competência discricionária*, no âmbito dos Poderes estatais, pela jurisdição constitucional, instrumentalizada pelos preceitos da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* – visto que, são eles que poderão oferecer critérios seguros e confiáveis para o controle intersubjetivo da discricionariedade contida, por exemplo, no ato de nomear para cargo em comissão e/ou função gratificada na Administração Pública.

Nesse sentido, contestando a doutrina em geral, que se refere à proporcionalidade e à razoabilidade ora como princípios, ora como regras, foi Humberto Ávila⁴⁵⁹ que nos propôs uma categoria normativa específica – os “postulados normativos aplicativos” – onde se dissocia a equiparação entre razoabilidade e proporcionalidade.

Isto porque, segundo a crítica de ÁVILA, parte da doutrina entenderia a razoabilidade como um *topos* sem estrutura ou fundamento normativo, quando, em sua opinião, a tal conceito seria devida *uma nobre dignidade dogmática*.

Da mesma forma, segmentos da doutrina igualariam “proibição de excesso” e “proporcionalidade em sentido estrito”, quando em sua opinião, tais conceitos permitiriam espécies distintas de controle argumentativo.

No entanto, operadas certas correções, acredita o autor que poderiam ser criadas as condições para incorporar a *ideia justa* no debate jurídico sem comprometer-se a racionalidade argumentativa. Nesse sentido, *sofistica a dogmática constitucional referente à aplicação de normas-princípio*, para além de um campo raso de operacionalidade com o qual o pós-positivismo atuou em suas décadas iniciais. Demonstra, inclusive, que a relação entre regra e princípio, e no interior de cada uma, sua morfologia e potencial jurídico-normativo, era mais complexo do que inicialmente se imaginava.

“Sua finalidade é clara, manter a distinção entre princípios e regras, mas estruturá-la sob fundamento diverso do comumente empregado pela doutrina. Demonstrar-se-á, de um lado, que os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos; e, de outro, que a instituição de condutas pelas regras também pode ser objeto de ponderação, embora o comportamento preliminarmente previsto dependa do preenchimento de algumas condições para ser superado. Com isso, ultrapassa-se tanto a mera exaltação de valores sem instituição de comportamentos, quanto

⁴⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

*à automática aplicação de regras. Propõe-se um modelo de explicação das espécies normativas que, ademais de inserir uma ponderação estruturada no processo de aplicação, ainda inclui critérios materiais de justiça na argumentação, mediante a reconstrução analítica do uso concreto dos postulados normativos, especialmente da razoabilidade e da proporcionalidade. Tudo isso sem abandonar a capacidade de controle intersubjetivo da argumentação, que, normalmente, descamba para um caprichoso decisionismo.*⁴⁶⁰

Esta questão aportada por ÁVILA - controle intersubjetivo da argumentação - é da maior importância. Isto porque tanto os fundamentos jurídico-constitucionais que autorizam e requerem a intervenção da Administração Pública, de forma a editar atos administrativos como o de nomeação para cargos em comissão e funções gratificadas, ou para os chamados cargos políticos ou de Poder; quanto os mecanismos normativos que estabelecem seus limites, estão instituídos na forma de “norma-princípio”.

Por exemplo, a concepção formal do princípio da igualdade (enquanto mera isonomia) contrapõe-se à sua concepção material. E, assim o fazendo, adquire a natureza de parâmetro de controle para a sindicância de procedimentos de nomeação, avaliando-se a parametrização abstrata posta pela norma de regência e as peculiaridades eventualmente existentes em um caso concreto que autorize uma ampliação ou estreitamento do âmbito normativo incidente sobre a questão.

Este controle se dará no contexto do chamado *devido processo legal substancial* (substantive *due process*). Neste plano, não podemos deixar de reconhecer que impera uma significativa aleatoriedade e imprecisão conceitual no manuseio dos institutos, o que dificulta a avaliação de sua racionalidade argumentativa. Neste sentido, entendemos oportuno descrever sinteticamente sua contribuição à dogmática da interpretação e aplicação das normas constitucionais, em especial as de natureza principiológica.

De saída, expomos seu conceito de “postulado normativo aplicativo”, que não comporia o rol das espécies normativas propriamente ditas (regras e princípios), mas estaria situado em outra “dimensão”. Enquanto regras e princípios seriam espécies normativas de “1º grau”, os postulados normativos aplicativos constituiriam espécies de “2º grau”. Vejamos como, na opinião do autor, tais aspectos normativos se distinguem e qual a utilidade dessa classificação.

Os “princípios”, como espécie normativa de 1º grau, constituem normas que estabelecem fins a serem buscados. Instituem, portanto, um dever de promover a

⁴⁶⁰ Op. Cit., p. 25-26.

realização de um estado de coisas - mas não o modo como esse *dever* há de ser atingido. A passagem de um plano (estabelecimento de fins e o dever de promovê-lo) para outro (modo de aplicação e controle da efetivação desse comando) implica na superação do “âmbito das normas” para adentrar-se no terreno das “metanormas”. Teríamos aí deveres situados em um “2º grau”, cujo escopo seria o estabelecimento de uma estrutura para a aplicação de outras normas – princípios e regras.

Neste sentido, as metanormas permitiriam verificar os casos em que ocorre violação às normas cuja aplicação elas estruturam. Dessa forma, apenas elipticamente, admite Ávila, poder-se-ia afirmar que ocorre violação aos “postulados” da razoabilidade ou proporcionalidade. Em sentido mais exato, violadas seriam as normas (princípios e regras) que deixaram de ser devidamente aplicadas.

Com isso se quer dizer que os postulados normativos situam-se em um plano distinto das normas cuja aplicação estruturam. A violação dos postulados, de fato, consistiria na sua interpretação em desacordo com sua estruturação. Daí porque a denominação “*postulados normativos aplicativos*”, “*metanormas*” ou “*normas de 2º grau*”.

Todavia, o qualificativo “2º, grau” não nos deve conduzir à conclusão de que os postulados normativos funcionariam como qualquer norma que fundamente a aplicação de outras normas, como ocorreria com os chamados “sobreprincípios” – tais como os do Estado de Direito ou do Devido Processo Legal, visto que esses estariam situados no próprio plano das normas objeto de aplicação, e não no plano das normas que estruturam a aplicação de outras normas.

Ademais, ainda segundo o autor, os *sobreprincípios* atuariam como fundamento formal e material para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, diferentemente dos postulados normativos que funcionariam como estrutura previamente disposta para a aplicação de outras normas. Por isso ÁVILA entende que os postulados normativos aplicativos (enquanto deveres estruturantes de aplicação de outras normas) não poderiam ser considerados como princípios ou regras.

“Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim,

mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípio com postulados. As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem. Mesmo que as regras fossem definidas como normas que prescrevem, proíbem ou permitem o que deve ser feito, devendo sua consequência ser implementada, mediante subsunção, caso a sua hipótese seja preenchida, como o fazem Dworkin e Alexy, ainda assim a complexidade dos postulados se afastaria desse modelo dual. A análise dos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade, por exemplo, está longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato. A possibilidade de, no final, requerer uma aplicação integral não elimina o uso diverso na preparação da decisão. Também os princípios, ao final do processo aplicativo, exigem o cumprimento integral. E a circunstância de todas as espécies normativas serem voltadas, em última instância, para o comportamento humano não elimina a importância de explicar os procedimentos completamente distintos que preparam e fundamentam sua descoberta.”⁴⁶¹

Ávila reconhece que esse apartamento dos postulados normativos aplicativos (mesmo para os que o reconhecem) da categoria de regras e princípios é, para muitos, problemática. Para alguns seria, ao lado dos chamados “deveres de otimização”, uma forma específica de regras (*eine besondere form regeln*). Outros, adeptos de sua compreensão como princípios, reconheceriam que eles funcionam como máxima ou *topos* argumentativo, que mescla o caráter de regras e de princípios. Há também os que os enquadrariam, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintos, denominados “princípios de legitimação”. E existiriam, por fim, aqueles que os definiriam como “normas metódicas”.

No entanto, é o próprio ÁVILA que reconhece ser a denominação, em si, secundária, na medida em que o decisivo seria constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade.

Os postulados normativos aplicativos diferenciar-se-iam dos princípios e das regras quanto ao nível e à função, cabendo-lhes o estabelecimento dos critérios de aplicação desses.

Ao contrário dos princípios e das regras, que servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas, bem como, condutas cuja

⁴⁶¹ Op. Cit., p. 123-124.

adoção seria necessária para atingir certos fins, os postulados serviriam como parâmetros para a realização de outras normas, de modo que, em todos os casos de utilização de postulados, haveria necessariamente um raciocínio relativo à aplicação de outras normas do ordenamento jurídico.

Neste sentido, por exemplo, no exame da *razoabilidade-equivalência*, analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e aquilo que ela visa punir ou financiar. No exame da *proporcionalidade*, investiga-se uma norma que institui intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição seria promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos. No exame da *proibição de excesso* analisar-se-ia a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental não estaria sendo atingido em seu *núcleo essencial*.

Tais premissas são de grande valia quando da apreciação de litígios envolvendo nomeações para cargos de Poder e outras inúmeras situações concretas relacionadas ao *nepotismo político* - com potencial normativo manejável, em face de singularidades relevantes, tanto por pretensões impeditivas quanto permissivas. Isto porque, com base em uma avaliação nelas estruturada é que se colocará a questão referente à existência ou não de uma restrição excessiva de algum dos princípios da administração pública ou eventual colisão entre eles e algum direito fundamental afeto a administrados ou a terceiros.

“Isso demonstra que esses exames investigam o modo como devem ser aplicadas outras normas, quer estabelecendo os critérios, quer definindo as medidas. De qualquer forma, as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, é oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo “postulado”, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras.”⁴⁶²

Para ÁVILA, a definição de postulados como normas estruturantes da aplicação de princípios e regras requer a adoção de quatro procedimentos de investigação e análise, para que se possa delimitar seu exato sentido no ordenamento: *1)* a necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado

⁴⁶² Op. Cit., p. 125.

– o que irá requerer: **a)** investigação da jurisprudência dos Tribunais em busca de decisões que tenham mencionado e utilizado de postulados; **b)** a obtenção da íntegra dos acórdãos; **2)** análise da fundamentação das decisões para verificação dos elementos ordenados e a forma como foram relacionados – o que irá requerer: **a)** análise das decisões e verificação dos elementos/grandezas manipuladas; **b)** verificação das relações consideradas essenciais; **3)** investigação das normas objeto de aplicação e fundamentos para a escolha de determinada aplicação – o que irá requerer: **a)** verificação dos elementos/grandezas manipuladas; **b)** encontrar os motivos que levaram os julgadores a entender existentes ou inexistentes determinadas relações; **4)** realização do percurso inverso: descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado, verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base nele – o que irá requerer: **a)** refazer a pesquisa jurisprudencial mediante a busca de outras palavras-chave; **b)** análise crítica das decisões, reconstruindo-as argumentativamente de acordo com o postulado em exame, de modo a evidenciar a falta ou o uso inadequado.

Ao final dessa reconstrução, analisando os dados recolhidos, Ávila nos propõe uma classificação para os postulados normativos aplicativos em espécies.

Inicialmente define todos como “*deveres estruturais*”, deveres que estabelecem uma vinculação entre elementos e que impõem determinada relação entre eles. Daí porque também os define como *formais*, visto que, dependem da conjugação de “razões substanciais” para a sua aplicação.

Mas ainda assim, alerta para o fato de que os postulados não funcionariam todos da mesma forma. Em parte seriam aplicados independentemente dos elementos que são objeto de relacionamento. Por exemplo, a “*ponderação*”, exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) e não indicaria a maneira como deve ser procedido esse sopesamento. Os elementos e os critérios não lhe seriam específicos.

Também a “*concordância prática*”⁴⁶³ funcionaria de modo semelhante, caracterizando-se como um “postulado inespecífico”, visto que, exige a harmonização entre elementos, mas não diz qual a espécie desses elementos. Neste sentido, os elementos objeto de harmonização seriam indeterminados.

⁴⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1209.

Igualmente a “*proibição de excesso*”⁴⁶⁴ estabeleceria que a realização de um elemento não resultasse no aniquilamento do outro. No entanto, os elementos objeto de preservação mínima não são indicados.

No mesmo sentido teríamos o “*postulado da otimização*” ao estabelecer que determinados elementos devam ser maximizados, não diz quais e nem como o seriam.

Em situações como essas os postulados normativos exigiriam o relacionamento entre elementos, sem, contudo, especificar quais são os elementos e os critérios que devem orientar sua relação. Seriam postulados normativos de aplicação eminentemente *formais*, constituindo meras “ideias gerais”, despidas de critérios orientadores da aplicação. Exatamente por isso, ÁVILA os conceitua como “*postulados inespecíficos*” ou “*incondicionais*”.

Em contrapartida, o autor identifica outros postulados cuja aplicação requereria determinados elementos e sua orientação por intermédio de alguns critérios “específicos”. Seria o caso – de extrema importância para este trabalho – do postulado da “igualdade”.

Segundo o autor, enquanto *postulado*, a igualdade só é aplicável em um plano no qual tenhamos ao menos dois sujeitos perante algum critério discriminador vinculado a alguma finalidade, razão pela qual, só se tornará aplicável na presença de elementos específicos, tais como sujeitos, critérios de *discrimen*, além de algum objetivo especificado.

Situação semelhante se daria com outros postulados, tais como da “razoabilidade”, operável apenas a partir da relação estabelecida entre um plano geral e outro individual, ou da “proporcionalidade”, cuja aplicação se vincula à existência de uma relação de causalidade entre meios e fins.

Em todos esses casos, de extraordinária importância, são os postulados normativos de aplicação que, por excelência, são utilizados no âmbito da jurisdição constitucional para efeitos de implementação do princípio substancial do devido processo legal.

Constituem aquilo que ÁVILA define como “postulados específicos” ou “condicionais”. Isto porque exigem o relacionamento entre elementos específicos como critérios que devem orientar a relação entre eles. Seriam eles também postulados normativos formais, todavia, relacionados a elementos com espécies determinadas.

⁴⁶⁴ Op. Cit. p. 266.

“A aplicação de outros postulados já depende da existência de determinados elementos e é pautada por determinados critérios. A igualdade somente é aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (sujeitos, critério de discrimen e finalidade). A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim).”⁴⁶⁵

Resumindo, alguns postulados aplicar-se-iam sem a necessidade de se pressupor a existência de critérios e elementos específicos. É o que acontece com a “ponderação de bens”, na qual se institui um método destinado à atribuição de um “peso” a elementos que se entrelaçam sem, contudo, fazer referência a pontos de vista materiais. Igualmente no caso de aplicação do postulado da “concordância prática”, exigir-se-ia a realização ao máximo de “valores” que necessariamente se imbricam. Ou ainda no caso do postulado da “proibição de excesso”, por meio do qual se veda a aplicação de uma norma jurídica que restrinja de tal forma um direito fundamental que acaba por lhe subtrair um mínimo de eficácia.

De outro lado, há aqueles postulados cuja aplicabilidade depende de determinadas condições. Como acabamos de demonstrar, seria o caso do postulado da igualdade, que deve estruturar a aplicação do direito quando existe uma relação jurídica entre dois sujeitos em função de certos elementos (critério de diferenciação e finalidade de distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Em nossa opinião, o conceito de postulados normativos de aplicação, na estrutura e grau de detalhamento fornecidos por ÁVILA, constitui-se em importantíssima contribuição teórica para o aperfeiçoamento do mecanismo de aplicação e controle de normas e outros atos estatais instituídos como decorrentes do desenvolvimento e concretização de princípios constitucionais.

Ao mesmo tempo em que orientam e estruturam a sua aplicação, permitem um controle mais técnico e isento – ou ao menos intersubjetivamente controlável – da sua apreciação. Possibilitam a superação de um *modus operandi* marcado por certo voluntarismo e arbitrariedade no uso dos conceitos que, não obstante o manejo já

⁴⁶⁵ Op. Cit., p. 130.

consagrado pela jurisprudência e doutrina, ainda não haviam logrado obter o grau de clareza e previsibilidade jurídica de que tanto necessitamos.

Sua aplicação na avaliação de atos administrativos por meio dos quais se exerça a competência para nomear – sobretudo nos casos envolvendo prática de quaisquer modalidades possíveis de *nepotismo político* -, quando colocadas sob o crivo substancial do princípio do devido processo legal, pensamos, contribuirá para um melhor equacionamento dos litígios que deles se originem. Desse modo, acreditamos poder atribuir aos operadores jurídicos e aplicadores do direito em geral, um referencial normativo mais detalhado, por meio do qual, possa se buscar com mais eficiência a justiça do caso concreto.

6.9 - Avanços, Resistências, Contradições e Ambiguidades do Sistema Jurídico-Normativo Brasileiro em Razão da Apropriação Patrimonialista do Estado

A criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/04, a posterior edição da Resolução nº 07/05 por esse órgão, e a edição da Súmula Vinculante nº 13 pelo Supremo Tribunal Federal representaram um efetivo avanço no combate a nepotismo e todas as formas de patrimonialismo no âmbito do Judiciário e demais Poderes do Estado.

Responderam a exigências formuladas desde há muito tempo pela opinião pública e pela sociedade civil organizada. E deram início a uma ação decidida de moralização de nossas instituições.

No entanto, o enfrentamento do saque patrimonial e do nepotismo, tão entranhados em nossa cultura política-institucional, não tem se dado sem fortes resistências, e em meio a um avanço generalizado, tem assistido também a pequenos recuos. Isso tende a gerar um quadro político e jurídico marcado por profundas contradições e ambiguidades no tratamento e no enfrentamento do problema - sem contar na ocorrência de algumas “*saias-justas*” envolvendo altas autoridades comprometidas com o assunto.

O CNJ, indubitavelmente, em seu conjunto, vem desempenhando um papel louvável e, de certo modo, até surpreendente pela obstinação e pelos resultados apurados, não só em termos de repressão a práticas ilícitas como o nepotismo, mas por cumprir sua função de órgão geral de análise e proposição de políticas para o Poder Judiciário.

Em setembro de 2010, este órgão divulgou um levantamento estatístico no qual se constatou que não obstante todas as medidas adotadas pelo Conselho para coibir a contratação por magistrados e órgãos do Poder Judiciário de parentes e apadrinhados para cargos de confiança e para funções comissionadas de chefia e assessoramento na Justiça, inúmeros Tribunais ainda apresentavam gravíssimos problemas em matéria de contratação.⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ Em um balanço geral preliminar, o CNJ constatou que o Poder Judiciário possui 312, 5 mil servidores e que os gastos com salários e vantagens funcionais do funcionalismo técnico-administrativo e dos 16,1 mil magistrados totalizaram R\$ 37, 3 bilhões no ano de 2009. Segundo esse levantamento, no âmbito da Justiça Federal a folha de pagamento representa 93% das despesas de custeio.

Ficaram constatadas estatisticamente as suspeitas de que a utilização de serviços terceirizados é meio corrente de se burlar a vedação ao nepotismo estabelecida pela Resolução nº 07/05 do CNJ. Como desdobramento do que ali se estabeleceu, editou-se a Resolução 88/09, que introduziu critérios mais rígidos e restritivos para o preenchimento dos cargos de confiança e das funções comissionadas no Poder Judiciário.

Dentre estes se destaca a disposição que limita o número de servidores requisitados de órgãos administrativos não vinculados ao Judiciário, não podendo estes servidores, exceder a 20% do total do funcionalismo desse Poder. De modo equivalente ao de outras medidas já adotadas no âmbito do Poder Executivo, fixou prazo até dezembro de 2010 para a substituição de todos os servidores terceirizados contratados irregularmente por funcionários concursados.

O levantamento promovido pelo CNJ também constatou que o Poder Judiciário está hipertrofiado, com funcionários em excesso, especialmente em face das terceirizações.⁴⁶⁷ Também se constatou que 11.849 cargos das diferentes instâncias e braços especializados da Justiça continuam ocupados por pessoas que não prestaram concurso público, totalizando algo em torno de 26% do funcionalismo deste Poder.

Uma situação especialmente curiosa - e já discutida em suas implicações normativas tópicos atrás - diz respeito à situação na qual indivíduos dotados de formação superior, prestam concurso para cargos inferiores, subalternos, cujo requisito para investidura nem sequer exige diploma de curso superior e, depois de aprovado e empossado, são requisitados por um determinado juiz ou desembargador passando a exercer funções administrativas hierarquicamente superiores com remuneração significativamente mais elevada do que aquela que iria auferir no cargo de origem.

A ressalva feita pela Resolução nº 07/05 quanto parentes que fossem servidores efetivos promoveu uma surpreendente onda de nepotismo cruzado em várias órbitas do Poder Judiciário, onde a brecha foi vista como uma verdadeira *oportunidade*.

Todos os membros que eventualmente possuíam cônjuge, companheiro ou parente ocupando cargo efetivo por concurso junto ao órgão ou Poder, sentiram-se a

⁴⁶⁷ Segundo o levantamento do CNJ, do total de cargos ocupados irregularmente, 11.134 estão nas Justiças estaduais, destacando-se o Tribunal de Justiça de Alagoas em que se verificou que 437 servidores ingressaram na administração direta por indicação, ignorando-se a regra do concurso público e contando com um percentual de terceirizados da ordem de 92% dos quadros daquele Tribunal. Na Justiça Federal, situação semelhante é ocupada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que mais da metade dos cargos administrativos estaria ocupada por funcionários que não pertencem aos quadros de carreira do Judiciário Federal. Ademais, esse Tribunal que possui jurisdição sobre 13 Estados das Regiões Norte e Nordeste e sobre o Distrito Federal, possui 967 cargos em comissão.

vontade para se articular com outros na mesma situação e disseminou-se o *toma-lá-dá-cá...*

Estabeleceu-se uma efetiva convicção de que o nepotismo cruzado (ausência de vínculo de parentesco ou afinidade entre a autoridade hierarquicamente superior e o nomeado), desde que praticado por servidores efetivados por concurso junto ao órgão ou Poder, estaria *liberado*.

Não parece, contudo, ser essa a melhor interpretação. Em primeiro lugar porque o dispositivo normativo de regência para a questão excepcional, apenas e exclusivamente, **os cargos efetivos de carreiras jurídicas** – e não todo e qualquer cargo, de natureza efetiva, vinculado ao órgão ou Poder.

Depois porque, mesmo nesse caso, a vedação constitucional que impede a atuação simultânea de parentes junto aos cargos em comissão de órgão ou Poder do Estado, fixa em nossa opinião, uma presunção *juris tantum* de antijuridicidade, cuja elisão no caso concreto requer sempre fundamentação substancial – razoabilidade de se nomear para o cargo em comissão aquele parente, ainda que servidor de carreira jurídica efetivado por concurso, em detrimento de outros eventualmente tanto ou até melhor qualificados do que ele.

Mesmo que em âmbito ainda minoritário, este entendimento está avançando no interior de nossos Tribunais, com manifestações incisivas no sentido de não se admitir a prática do nepotismo mesmo quando o nomeado já possui a condição de servidor concursado.

“A circunstância dos réus exercerem cargos na Administração Pública, providos por via de concurso público, não autoriza que venham a, posteriormente, exercerem cargos em comissão se, ara tanto, viola-se o princípio da impessoalidade, dada a vinculação de parentesco com o Prefeito Municipal e vereadores daquela cidade. Nem se alegue aqui, em se tratando de cargos em comissão, seus provimentos decorreriam de juízo discricionário de administrador público. É certo que a discricionariedade confere um certo grau de liberdade e valoração subjetiva ao administrador, mas o faz para que este escolha, diante de uma situação concreta, a solução que melhor atenda ao interesse público. Mas essa discricionariedade não é conferida ao administrador público para que ele opere a partir de juízos que venham a afrontar a Constituição Federal e seus vetores axiológicos, máxime, a impessoalidade e a moralidade administrativa. A circunstância de, à época, não estar vigendo ainda a Súmula Vinculante nº 13, não autorizava a nomeação procedida. É que, independentemente da edição da Súmula, a Constituição

*Federal, abrigando o princípio da impessoalidade, já impedia a utilização das nefastas práticas de nepotismo na Administração Pública.*⁴⁶⁸

Ademais, é noção corrente que nenhum servidor titular de cargo efetivo possui direito adquirido ao exercício de função comissionada ou cargo em comissão.

De qualquer maneira, tem prevalecido (ainda) tese mais permissiva do que a que adotamos no que diz respeito ao âmbito de proibição fixado pela Resolução nº 07/05 (todo o Poder Judiciário no âmbito do respectivo ente federado), sendo no momento majoritário o entendimento de que o âmbito de incidência é o respectivo Tribunal ao qual se encontra vinculado à autoridade ou servidor determinante para a incompatibilidade.

O fato é que a questão da vedação ao nepotismo perturbou muito mais do que inicialmente se imaginava o sistema de administração da justiça em nosso país. Isso ocorreu porque as situações envolvendo favorecimento pessoal estão entranhadas historicamente na cultura deste e dos demais Poderes. Mas em um momento de franco ativismo judicial, o STF e o recém-criado CNJ assumiram perante a sociedade a responsabilidade de comandar um processo de moralização das instituições em um patamar minimamente republicano. Nas palavras do Ministro CARLOS AYRES BRITO, que foi o relator da ADC nº 12/06-DF que julgou a constitucionalidade da Resolução 07/05 do CNJ, “*o Conselho já cortou na própria carne ao proibir o nepotismo no Judiciário*”.⁴⁶⁹

Não obstante a inequívoca disposição do Ministro para o combate a todas as modalidades de privilégio na Administração, conforme exposto em diversos trechos de seu voto na ADC nº 12/06-DF, aqui transcritos em tópicos anteriores, nem mesmo ele escapou a algum constrangimento nessa matéria – tamanha e intrincada é a rede que vincula todos os pontos de nossa teia patrimonialista justificada por *cultura de privilégios*.

Isso se deu em razão de um fato ocorrido em setembro de 2010, envolvendo o genro e a filha do Ministro AYRES BRITO, ambos, advogados atuantes junto aos Tribunais Superiores na capital federal.

O episódio em questão, que gerou profundo constrangimento para o Ministro, envolveu o ex-Governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz (PSC). O seu genro foi

⁴⁶⁸ Apelação Cível nº 994.08.163376-1 – Comarca de Jardinópolis. Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Paulo Magalhães da Costa Coelho. Voto nº: 14.195. São Paulo, 24 de agosto de 2010.

⁴⁶⁹ **CNJ já cortou na própria carne, diz ministro.** Consultor Jurídico. www.conjur.com.br; texto publicado em 20/11/2010. Acesso em 12/01/2011.

filmado negociando com Joaquim Roriz a defesa do recurso interposto no STF pelo político, em que questionou o indeferimento de seu registro de candidatura. A negociação seria um subterfúgio para inviabilizar o voto do Ministro Ayres Brito no julgamento do respectivo caso. No vídeo que foi levado a conhecimento da opinião pública, o genro do Ministro solicita um *pró-labore* de um milhão e meio de reais no início da ação e três milhões ao final, para fazer parte do grupo de advogados de Roriz – que não aceitou o acordo.

O episódio obrigou o próprio Ministro Carlos Ayres Brito a solicitar ao Presidente do STF, Ministro Cézar Peluso, que encaminhasse o caso ao Procurador-Geral da República, que determinou a abertura de procedimento administrativo para apurar as consequências jurídicas do encontro entre Roriz e o genro do Ministro.⁴⁷⁰

Fatos como esse demonstram o quanto, em face de nossa tradição patrimonialista, é difícil extirpar do exercício da função administrativa a prática de perseguições e a busca de privilégios ou favorecimentos. Mostra contradições e ambiguidades no processamento das operações do *sistema*⁴⁷¹ mesmo quando este está preordenado politicamente para se atingir um determinado objetivo.

Às vezes, a resistência oposta às tentativas de se coibir o nepotismo e outras modalidades de apropriação patrimonial esconde o medo de se descobrir a existência de verdadeiras *quadrilhas* que se apoderam em um determinado ente da Federação do controle de algum ou todos os Poderes Estatais.

Foi o que apurou o CNJ ao investigar 210 denúncias contra desembargadores do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, envolvendo nepotismo e outras modalidades de favorecimento, tráfico de influência, e, especialmente, o pagamento de propinas para

⁴⁷⁰ Como desdobramento das denúncias que o atingiram, o genro do Ministro Ayres Brito se viu forçado a renunciar a todos os processos nos quais tinha procuração junto ao STF e ao STJ, sob a justificativa de evitar constrangimento aos Tribunais e danos aos clientes. No total, teria o advogado renunciado a 68 processos no TSE e 11 que tramitavam no STF.

⁴⁷¹ Em nossa opinião, *auto-referência*, condição indispensável a qualquer sistema, especialmente o jurídico, não significa ausência de direção, sentido, atribuído no caso dos sistemas sociais, por uma variante de natureza política, pautada em uma correlação de forças interna ao sistema. E essa correlação pode ser influenciada por perturbações/irritações que se dão no *entorno* do sistema, qualificando as demandas a ele endereçadas no contexto do *sistema geral da sociedade*. Por isso não se pode compreender sua *autopoiesis* em um contexto no qual o sistema jurídico absolutiza sua autonomia e funcionalidade. Na percepção do tema apresentada por Maria Garcia, temos que:

“Na crítica à *autopoiesis* do sistema jurídico, Kerchove e Ost ressaltam o conservadorismo político implícito inerente a essa concepção de um sistema jurídico hiper-autônomo e hiper-funcional, como se ele pudesse operar independentemente da intervenção dos atores sociais e ao abrigo de suas lutas de interesses. Ademais, entendidas ao pé-da-letra, expressões reflexivas como ‘programa que se programa a si mesmo’ ou ‘organização que se auto-organiza’ se confirmam, efetivamente, contraditórias.”

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil** : direito fundamental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

acobertamento de desvio de verbas da Assembléia Legislativa, envolvendo o Tribunal de Justiça, o Chefe do Executivo estadual e também o seu respectivo Ministério Público.⁴⁷²

No vizinho Estado de Mato Grosso, o CNJ promoveu uma audiência pública na sede do Tribunal de Justiça, tendo ali recebido inúmeras solicitações e pedidos de apuração de conduta de magistrados, bem como sugestões e críticas à prestação dos serviços jurisdicionais no Estado. Durante a respectiva audiência pública, o representante da OAB estadual fez referência à Operação ASAFE, desencadeada pela Polícia Federal com o intuito de se investigar a venda de sentenças no Judiciário estadual, e que culminou no afastamento de dois desembargadores e um juiz.

Todavia, causou profunda frustração em todo o Estado a decisão do Ministro Celso Mello do STF, que autorizou em caráter liminar o retorno de sete juízes e de três desembargadores aposentados pelo CNJ junto aos quadros do TJ/MT. Na opinião da OAB estadual, a decisão do Ministro, devolvendo para as corregedorias estaduais a investigação de seus magistrados, representa um inaceitável retrocesso.

Excluindo-se situações como essa, entre junho de 2005 e dezembro de 2010 o CNJ promoveu 41 punições, consistentes em 19 aposentadorias compulsórias, 6 colocados em disponibilidade, 01 remoção compulsória e 15 afastamentos cautelares para desembargadores.

No caso de resistência específica à prática de nepotismo, dentre vários casos que foram levados ao conhecimento dos Tribunais, um nos chamou a atenção. Trata-se de um episódio envolvendo duas esposas (Juliana Maria Dias da Costa Lemos e Maria Ismênia Pires Leite Padilha) de dois desembargadores do Tribunal de Justiça de Pernambuco (Jose Fernandes de Lemos e Leopoldo Raposo – o primeiro presidente do Tribunal e o segundo diretor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco).

As duas servidoras comissionadas ingressaram junto ao STF com Mandado de Segurança com o intuito de se conseguir a suspensão liminar de ato da Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon, que determinou ao presidente do TJ de Pernambuco a exoneração das mesmas dos cargos em comissão que ocupavam sob pena de responsabilidade por restar configurada prática de nepotismo.

⁴⁷² Segundo o Jornal O Estado de São Paulo, o dinheiro supostamente saía das sobras do duodécimo repassado pelo governo do Estado para a Assembleia. Mensalmente, no balanço geral das contas pagas, a sobra não seria devolvida aos cofres públicos, mas divididas entre os participantes do “mensalão”. O Governador Puccinelli foi acusado de receber, primeiramente dois milhões por mês e depois teria havido parcelas de até quatro milhões. Para o Ministério Público seriam destinados trezentos mil reais, e para o TJ/MS o valor seria de novecentos mil reais.

No MS impetrado junto ao STF, as autoras sustentaram que a decisão da Corregedora do CNJ teria desrespeitado o devido processo legal, pois não fora assegurado às mesmas o exercício do contraditório e da ampla defesa. Em substância, alegaram que sua situação não se enquadra nos diplomas normativos que fundamentaram o ato administrativo questionado, na medida em que a ocupação dos referidos cargos em comissão teria se dado em data muito anterior aos referidos casamentos com as autoridades determinantes da incompatibilidade.

No STF, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha negou pedido para a suspensão liminar da medida que determinou a exoneração das duas servidoras. Preliminarmente, a Ministra observou após fazer referência a diversas decisões da Corte sobre o tema, que o exercício de cargo de provimento em comissão por cônjuge de magistrado, no mesmo Tribunal, contraria os princípios constitucionais elencados no art. 37 da CF/88. Entendeu também não existirem os requisitos legais para o deferimento da liminar, e, no mérito, concordou com a corregedora Eliana Calmon no entendimento, segundo o qual, o exercício desses cargos em comissão, caracterizaria a prática de nepotismo vedado pela Resolução nº 07/05 do CNJ e Súmula Vinculante nº 13 do STF.

Ademais, lembrou entendimento do Tribunal segundo o qual o *dies a quo* que determina o início do prazo prescricional não tem início com a investidura no cargo, mas sim no momento em que o CNJ toma conhecimento da irregularidade.

Todavia, nesse episódio, o fato mais curioso se deu após o pronunciamento do Supremo na pessoa da Ministra Relatora. Segundo o blog do jornalista FREDERICO VASCONCELOS, 38 dias depois de ter sido exonerada do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Juliana Maria Dias da Costa Lemos, mulher do Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco, desembargador José Fernandes de Lemos, foi nomeada para exercer cargo em comissão no Tribunal de Contas do Estado, com posse prevista para 03 de janeiro de 2011.

Segundo o jornalista responsável pelo respectivo blog de assuntos jurídicos, “é muito suspeita a imediata nomeação de Juliana para um cargo comissionado no Tribunal de Contas de Pernambuco, com a simultânea exoneração ‘a pedido’ de uma servidora, abrindo a vaga nos últimos dias de dezembro”.⁴⁷³

Percebe-se por situações como essa a necessidade de se adotar um entendimento mais restritivo com relação ao alcance da Resolução nº 07/05 do CNJ e Súmula

⁴⁷³ http://blogdofred.folha.blog.uol.com.br/arch2011-01-01_2011-01031.html. Acesso em 17/01/2011.

Vinculante nº 13 do STF, no sentido de se vedar a prática, ao menos *a priori*, como presunção *juris tantum*, passível de ser elidida no caso concreto, no âmbito de um devido processo administrativo ou jurisdicional. Se não, o que teremos é a generalização do nepotismo cruzado aproveitando-se dessa *brecha*.

No âmbito do Poder Legislativo, as resistências também são significativas e se manifestam de diversos modos. No Senado, por exemplo, a Comissão de Constituição e Justiça aprovou a mais de dois anos uma PEC que proíbe indicação de familiares para a suplência dos senadores eleitos.⁴⁷⁴

O texto que foi aprovado pela Comissão em abril de 2008 (e até hoje não votado pelo plenário) é resultado de um acordo feito entre os integrantes da comissão, a partir de uma proposta apresentada pelo ex-senador Sibá Machado (PT-AC), ele próprio um suplente que exerceu por cinco anos o cargo no lugar da senadora eleita Marina Silva. Pelo texto acordado, cada senador seria eleito apenas com um suplente (e não dois como ocorrem hoje em dia), sendo vedada a indicação de cônjuge, companheiro, parente consanguíneo ou afim, até o segundo grau ou por adoção do titular.

Como se percebe, o âmbito de proibição para parentes ocuparem a respectiva suplência – segundo grau de parentesco –, é até mais limitado do que aquele estabelecido pela Súmula Vinculante nº 13, mas os senadores deram um jeito de fazer *corpo mole* para evitar a questão até o momento – com o intuito de preservar-se essa modalidade de privilégio.

Ainda no âmbito do Senado Federal, o Procurador-Geral da República ajuizou em 21/10/2008, Reclamação Constitucional junto ao STF, com pedido de liminar, em face do Enunciado nº 13 da Advocacia Geral do Senado, aprovado pelo Ato nº 07 da Comissão Diretora daquele órgão administrativo, que a pretexto de regulamentar e proibir, de fato, libera o nepotismo em determinados níveis na instituição.

Segundo a PGR, o Enunciado da Advocacia do Senado, afronta a Súmula Vinculante nº 13 do STF. Dentre outros aspectos, a PGR ressalta que esse Enunciado viola a Súmula: **a)** na medida em que proíbe a nomeação de parentes apenas em relação aos irmãos do cônjuge ou companheiro; **b)** deixa fora da proibição do nepotismo servidores concursados em cargo efetivo, vedando apenas a existência de vínculo de

⁴⁷⁴ Segundo o site congressoemfoco.com.br, atualmente o Senado possui cinco senadores eleitos em outubro e que terão como suplentes familiares. Seriam eles, Edison Lobão (PMDB/MA), Gilvam Borges (PMDB/AP), Eduardo Braga (PMDB/MA), Ivo Cassol (PP/RR), Marcelo Miranda (PMDB/TO). Dos senadores com mandato até 2015, Fernando Collor de Mello possui dois primos como suplentes, e Acir Gurgacz, tem nessa condição o seu pai.

subordinação entre nomeante e nomeado até o segundo grau; *c)* exclui os parentes dos senadores já contratados antes do início do mandato; *d)* retira do âmbito de restrição da Súmula Vinculante nº 13 o caso de nomeações em que haja vínculo conjugal ou de parentesco com senador ou autoridade já aposentados.

No texto da Reclamação, a PGR teceu considerações sobre o nepotismo, considerando-o filho dileto do patrimonialismo, frisando que o assunto não é nenhuma novidade no Brasil, tendo sido observado em todos os períodos político-institucionais de nossa história, além de se constituir em verdadeira transgressão da ordem política e pública - fazendo nascer como um direito de família o privilégio de se ocupar um cargo público. Seria assim desde o início de nossa história, o nepotismo, fruto renitente e odioso da confusão entre as esferas pública e privada, com reflexos acentuados sobre a natureza republicana de nossa organização estatal. Nesse sentido, a PGR em sua peça inaugural arrematou afirmando que “*a prática do nepotismo sempre foi um fardo a ancorar a efetividade da construção concreta da democracia no país*”.⁴⁷⁵

Por fim, e de modo apenas ilustrativo, poderíamos fazer referência à disputa pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados,⁴⁷⁶ para ali perceber como se infiltra o tema nepotismo.

A principal motivação para os interessados na disputa pelos cargos na Mesa Diretora dessa instância administrativa implica, para além do poder político envolvido, outro atrativo capaz de explicar a intensa disputa comumente observada por essas posições: as centenas de Cargos de Natureza Especial (CNE), preenchidos sem concurso público, distribuídos entre apaniguados políticos das principais lideranças parlamentares.

No total seriam 1.168 cargos, constituindo uma despesa anual de R\$ 95 milhões, sendo que os cargos com *status* mais elevado (CNE-05, com 215 cargos disponíveis) pagam um salário de R\$ 12 mil reais.

Os cargos são distribuídos em função do tamanho das bancadas, mas quando ocorre uma diminuição significativa na bancada de algum partido, e o correlato aumento na bancada de outro, a *cultura do jeitinho*, a *política do conchavo e da conciliação*, sempre encontra uma maneira de crescer ao invés de simplesmente distribuir.

⁴⁷⁵ <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/147632/nepotismo-pgr-envia-reclamacao-ao-stf>. Acesso em 19/01/2011.

⁴⁷⁶ Os suplentes da mesa diretora, embora tenham como única tarefa importante substituir eventualmente os secretários nas reuniões da Mesa, contam com 42 assessores, sendo 11 com salário de R\$ 12 mil reais. A Presidência da Casa teria a sua disposição 40 cargos, sendo apenas quatro com vencimento máximo. Já a Procuradoria Parlamentar contaria com 10 assessores de confiança, dos quais 04 são CNE-07 e 06 CNE-09 – esses últimos com vencimentos estipulados em R\$ 8,6 mil reais.

A título de exemplo dessa disposição para acomodar interesses no interior de nosso estamento político, podemos citar, o *caso dos micropartidos* - que não possuindo direito à obtenção de espaço físico na Câmara, e muito menos de assessores, conseguiram mediante negociação com a Presidência da Mesa a criação de *representações* desses partidos, dotando-os de 1 a 3 CNE's para cada um.

Enfim, a farra do privilégio e do favorecimento pessoal se dá em todos os níveis em que se organiza a Administração Pública no Brasil, em todos os Poderes e entes da Federação.⁴⁷⁷ Não obstante os avanços, seja no âmbito político, bem como no jurídico-normativo, sabe-se que muita coisa ainda há que se fazer antes de termos varrido de nossa história à chaga do patrimonialismo de um modo geral, e do nepotismo em particular.

Mas, juntamente com HABERMAS, nos termos em que apresentamos no primeiro capítulo desse trabalho, acreditamos em uma concepção da história caracterizada por uma progressiva evolução institucional. São as instituições, como a família, o Estado, as organizações da sociedade civil, as empresas privadas, etc., que ao obrigarem os indivíduos que as constituem a assumir uma consciência baseada na assunção de papéis, dotando-os da *perspectiva do falante e do ouvinte*, que criam as condições necessárias para um progressivo processo de emancipação do gênero em relação às formas mais primitivas de sociabilidade, utilizando-se do potencial revolucionário liberado pela razão comunicativa.

Assim sendo, acreditamos que o atual arranjo jurídico-normativo estabelecido para a vedação do nepotismo e de outras modalidades de apropriação patrimonial dos interesses públicos, possa efetivamente contribuir para a consolidação de um novo patamar de consciência republicana e a redução, a níveis toleráveis, de todas as formas de exercício da função administrativa caracterizadas por alguma modalidade de

⁴⁷⁷ “O caso das verbas de gabinete dos deputados estaduais se soma a uma série de outras passagens pouco edificantes do noticiário. Cartões corporativos, atos secretos do Senado, aposentadorias vitalícias de governadores que ficaram poucos dias no cargo, vereador usando sua verba de gabinete para contratar empresa da própria mulher, nepotismo generalizado, e por aí vai. (...) É mais do que conhecido o fato de que não temos uma robusta tradição republicana em nosso país. Ao contrário, o público e o privado se confundem. Talvez o Brasil seja o único caso na história de transposição de aparelho estatal, com a chegada de D. João e sua corte no início do século XIX. Com eles vieram os vícios portugueses do patrimonialismo e da burocratização. A esse traço cultural, somam-se a quase inexistência de controles e a generalizada impunidade dos deputados. Os regulamentos não são muito precisos quanto ao uso das verbas de gabinete. Se todos fazem, cria-se uma espécie de ‘legitimidade informal’, um verdadeiro ‘conceito jabuticaba’, exótica contribuição brasileira à teoria política clássica.” FIGUEIREDO, Rubens. **Sucessão de escândalos torna opinião pública condescendente com desvios**. Jornal Folha de São Paulo. Caderno A-6. Edição de 20/02/2011.

perversão institucional decorrente da secular *cultura do privilégio* - herança ibérica ainda (desgraçadamente) tão recorrente entre nós.

BIBLIOGRAFIA:

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ALENCAR, Francisco; CARPI, Lúcia; RIBEIRO, Marcus Venício. **História da sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Livro Técnico S/A, 1981.

ALEXY, Robert.. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

_____. **Teoria da argumentação jurídica** : a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA MELO, Leonel Itaussu. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Editora Ática, 1995.v.1

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

AMIN, Samir. **O desenvolvimento desigual** : ensaio sobre as formações sociais do capitalismo periférico. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1976.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. O nepotismo e os princípios da administração pública. In: FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ARAÚJO NETTO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

_____. **A política** . Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

ÁVILA, Humberto. (org.). **Fundamentos do Estado de Direito** : estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** : da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

AYRES BRITTO, Carlos. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Ética pública, o Estado democrático de direito e os princípios consecutórios. In: **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (orgs.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Lisboa: Livraria Almedina, 1994.

BAHENA, Kele C. D. **O Princípio da moralidade administrativa e se controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo; Malheiros Editores, 2006.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

BARBOSA, Ana Paula C. **A Legitimação dos princípios constitucionais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BARBOSA, Ruy. **Atos inconstitucionais**. Campinas: Russell Editores, 2004.

BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa : uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROS E SILVA, Fernando. **Aluguel de partidos**. São Paulo: Jornal Folha de São Paulo, 13-11-2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Org.) **Estudos de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional :ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_111032010.pdf. Acesso em 02/02/2011.

_____. **Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática.** http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf. p. 5-13. Acesso em 18/02/2010.

BASTIDE, Roger. **Brasil: terra de contrastes.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERNARDO, João. **Marx crítico de Marx.** Porto: Afrontamento, 1977.

BEZNOS, Clóvis. **Ação Popular e Ação Civil Pública.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Poder de Polícia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

_____. A responsabilidade civil do servidor em decorrência da atividade funcional do Estado. In: BAUTISTA CELY, Martha Lucia; SILVEIRA, Raquel Dias. **Direito Disciplinar Internacional: estudos sobre formação profissional, ação, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, *no prelo*.

BINEMBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira legitimidade democrática e instrumentos de realização.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, N. PASQUINO, G. **Dicionário de política.** Brasília: Editora Unb, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política.** São Paulo: Editora Unesp, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica.** São Paulo: Edipro, 2001

_____. **Teoria geral da política.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** São Paulo: Malheiros, 2004.

BORDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas.** São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

BOTTOMORE, T. **Dicionário do pensamento marxista.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1988.

BRANCO, Luiz Carlos. **Eqüidade, proporcionalidade e razoabilidade** : doutrina e jurisprudência. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade administrativa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 25, p. 454-467, jul/set. 1951.

BRAUDEL. Fernand. **Escritos sobre a História**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 : conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

BRITTO, Cezar. **Corrupção e Estado democrático de direito**. In : FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1982.

BUENO, Eduardo. **A viagem do descobrimento**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 1998.

CAENEGEM, R. C.. Van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAFFÉ ALVES, Alaôr. **Lógica** : pensamento formal e argumentação. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In : SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

_____. Da Constituição Dirigente ao direito comunitário dirigente. In : **“Brancosos” e Interconstitucionalidade** : itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: **“Brancosos” e Interconstitucionalidade** : itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional: Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed) 1999.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 1999.

CARDOSO DE MELLO, João Manuel. NOVAIS, Fernando. **Capitalismo tardio e sociabilidade moderna**. Campinas: Editora Unesp, 2009.

CARONE, Edgard. **A República Velha**: instituições e classes sociais. São Paulo: Difel, 1975.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTRO ANDRADE, Regis. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In : Weffort, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Editora Ática, 1998. v. 2

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 1995.

_____. **Introdução à história da filosofia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

_____. **Conformismo e resistência**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986.

_____. **O que é ideologia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Ed. Russell, 2002.

CORDEIRO, Alexandre D. **Três indagações sobre o princípio da moralidade administrativa**: teoria política, teoria do direito e teoria da Constituição em transformação. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética** : direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **Para viver a democracia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

COSTA COELHO, Paulo Magalhães. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

COUTINHO, Diogo R; VOJVODIC, Adriana M. (org.). **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União. Salvador: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 2, abril/maio/junho, 2005.

CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.216-217.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais** : razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

D'ARAÚJO, Maria Celina. **A elite dirigente do governo Lula**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/CPDOC, 2009.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. **O que é a filosofia?** Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

DUMONT, Louis. **O individualismo : uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUVERGER, Maurice. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Barcelona: Editorial Ariel, 1980.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana : a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Global Editora, 1982.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

EVANS, Peter. **A Tríplice Aliança**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

FALCONE, Marconi. **Justiça Constitucional : o caráter jurídico-político das decisões do STF**. São Paulo: Editora Método, 2009.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984.

FARIA, Edmur Ferreira. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos** : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERNANDES, Florestan. **Apontamentos sobre a teoria do autoritarismo**. São Paulo: Editora Hucitec, 1979.

_____. **A revolução burguesa no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

_____. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

_____. **Nova República?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

FERNANDES, Florestan. **Poder e contrapoder na América Latina**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FERRAZ, Sérgio. Corrupção, ética e moralidade na administração pública. In: FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito** : reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. **Introdução ao estudo do direito** : técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004; ÁVILA, Humberto. (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito : estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FERREIRA MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FERREIRA MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Extinção dos contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. A corrupção e a improbidade : uma reflexão. In: FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

FIGUEIREDO, Rubens. **Sucessão de escândalos torna opinião pública condescendente com desvios**. Jornal Folha de São Paulo. Caderno A-6. Edição de 20/02/2011.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FONSECA PIRES, Luis Manuel. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. In : FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

FORJAZ, Maria Cecília Spina. **Tenentismo e política : tenentismo e camadas médias urbanas na crise da primeira República**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1977.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Editora Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Princípio da moralidade administrativa. In : FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1992.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. **Direito natural, direito positivo e Estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GARCIA, Emerson. O nepotismo. **Jus Navigandi**, Teresina, PI, v. 7, n. 72, 13 set. 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4281>. Acesso em: 30 jul. 2010.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Mônica Nicida. Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GASPARINI, Diógenes. Nepotismo Político. In: FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GOLDWIN, Robert A. SCHAMBRA, William A. **A Constituição Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo** : la defensa del de usuário y del administrado .Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. tomo 2

GORZ, André. **Crítica da divisão do trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GRAMSCI, A. **Maquiavel, a política e o Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** : a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.). 2002.

_____. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

_____. **Teoria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Madrid: Cátedra, 1994.

_____. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1990.

HAMILTON, A. MADISON, J. JAY, J. **El federalista**. México: Ed. Fondo de Cultura, 2004.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

HAURIOU, Maurice. **La Déclaration de Volonté dans le Droit Administratif Français**. Paris: Revue Trimestrielle de Droit Civil, v. 3, 1903.

_____. **Précis élémentaire de Droit Administratif et de Droit Public.** Paris: Ed. Sirey, 1938.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia del espíritu.** México, DF: Fondo de Cultura, 1991.

_____. **Introdução à história da filosofia.** Coimbra: Armênio Amado (ed.) 1980.

_____. **Princípios da Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.) 1998.

_____. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.) 1991.

_____. **Temas fundamentais do direito constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOBBSBAWM, Eric. **Era dos extremos : o breve século XX, 1914-1991 .**São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORN, Norbert. **Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

JAEGER, Werner. **Paidéia : a formação do homem grego .** São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** São Paulo: Dialética, 2005.

KANT, I. **A metafísica dos costumes.** São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **Crítica da razão prática.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1982.

_____. **Crítica da razão pura.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1982.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** In : MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. (Org.). **A idéia de justiça de Platão a Rawls.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSIMA, José Wanderley. **Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil.** In : **Fundamentos de História do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p.241.

KUCINSKI, Bernardo; BRANFORD, Sue. **A ditadura da dívida.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Rogério Gesta. O problema ético na administração pública contemporânea brasileira. In : FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais** :considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- LENIN. V. I. U. Imperialismo, fase superior do capitalismo. In: **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa Omega, 1982.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- LUGON, C. **A República Comunista dos Guaranis**. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1968.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamentos para uma teoria general. México: Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Xavier Clavigero; Centro de Informacion Acadêmica, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACHADO, Antônio Alberto; GOULART, Marcelo P. **Ministério Público e Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.
- MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo** : de Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MAFFETTONE, Sebastiano. VECA, Salvatore. (Org.). **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MAGALHÃES, José Luís Quadros de. O constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição. **Jus Navigandi**, Teresina, PI, v. 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em : <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5769>. Acesso em: 22 jan. 2005.
- MAIA, Luciana Andrade. O nepotismo. **Direito Net**, São Paulo, v. 7, n. 72, 26 abr. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/colunistas/exibir/158/Nepotismo>. Acesso em: 30 jul. 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In : SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luís Manuel F; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Difel, 1984.

_____. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1983.

_____. Crítica do programa de Gotha. In: **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

_____. O manifesto do partido comunista. In : **Obras escolhidas** . São Paulo: Alfa-Omega, 1984. v. 1

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O STF na crise constitucional brasileira – estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MARQUES TEIXEIRA, José Elaeres. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MARTINS, Oliveira. **História de Portugal**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MENDES, Gilmar F. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Editora Landy, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In : SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. In: FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MOTTA PEÇANHA, José Américo. **Platão : vida e obra**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

MURGEL STARLING, Heloisa M. **Os Senhores das Gerais**. Petrópolis: Editora Vozes, 1986.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Servidores Públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido processo legal : aspecto material**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Direitos fundamentais : conflitos & soluções**. São Paulo: *Labor Juris*, 2000.

_____. **Readequação Constitucional do Estado Moderno – transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2006.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação : a nova retórica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. In: PIRES, Luís Manuel F;

ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Org.), **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Editora Difusão Européia do Livro, 1965. v. 1 , livro 2

_____. **As Leis**. São Paulo: Edipro, 1999.

POLANY, Karl. **A grande transformação**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1988.

PUGLIESI, Márcio. **Por uma teoria do direito : aspectos micro-sistêmicos**. R C S Editora, 2005.

RAMOS TAVARES, André. **Tratado de arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RANGEL JUNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional : conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

RAWLS, John . **Justiça como equidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Liberalismo político**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2003.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. **Teoria tridimensional do direito : situação atual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade : no estado de direito**. Franca, SP: Editora Lemos & Cruz, 2004.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro : a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Editora Senado Federal, jul./set., 1996.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

RODRIGUES, J. H. **Conciliação e reforma no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

ROSENFELD, Anatol. **Negro, macumba e futebol**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1995.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2005.

SANTOS, Marília Lourido. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dimensões da dignidade : ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo das raças : cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru, SP: Edusc, 1999.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SINGER, André. **A História e seus ardis : o lulismo posto a prova em 2010**. São Paulo: Jornal Folha de São Paulo, 19/09/2010, Caderno Ilustríssima.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Síntese de história da cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.p. 4-5

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica : uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Método, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. (org.). **Direito Processual Público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997, p. 318-319.

TAVARES, André Ramos. **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. **Nova lei da Súmula Vinculante – estudos e comentários à lei 11.417/06**. São Paulo: Editora Método, 2009.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

_____. **Tratado de arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

TOURINHO LEAL, Saul. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Editora Impetus, 2010.

VAN CAENEGEN, R. C. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VELOSO, Caetano. **Verdade tropical**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea : estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição**. Salvador: Editora Podivm, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais : uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VIEIRA, Renato Stanzziola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Editora Noeses, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Madrid: Taurus, 1964

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1992.

_____. **Economia y sociedad**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2004.

WERNECK SODRÉ, Nelson. **Síntese de história da cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

WOLFF, Hans; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito Administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. v.1

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Método, 2009.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da moralidade :algumas considerações. In: FONSECA PIRES, Luís Manuel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006.