

Jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo no âmbito da Constituição Federal de 1988

JOSÉ CARLOS EVANGELISTA DE ARAÚJO

Sumário

1. Introdução. 2. Jurisdição constitucional e repressão ao nepotismo na Administração Pública brasileira. 3. O nepotismo como fenômeno jurídico no âmbito da Constituição Federal de 1988 – a vedação ao nepotismo como mandamento constitucional. 4. A vedação ao nepotismo em face do princípio federativo e o da separação dos Poderes.

1. Introdução

No presente artigo, pretendemos analisar a vedação e o âmbito de repressão às práticas consideradas como expressão de nepotismo¹ no bojo

José Carlos Evangelista de Araújo é graduado em Direito e mestre em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Mestre em Direito Constitucional e doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Administrativo e Direito Internacional das Faculdades de Campinas (Facamp). Consultor jurídico efetivo da Câmara dos Vereadores de Limeira, SP.

¹ Partindo-se 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 fluidos, 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 permente estado de fragmentação. 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*.

de nossa (recente) jurisdição constitucional. A reflexão, a 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 Constituição Federal de 1988 (CF) numa dimensão até então ausente em nossa tradição jurídica.

Não obstante o controle difuso de constitucionalidade esteja estabelecido entre nós 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, seja 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 entre nós com a CF.

Elaborada sobre um texto analítico, de amplo espectro axiológico, a CF tem um perfil marcadamente pós-positivista. Nela se percebe claramente, por sua disposição topológica e pelo conteúdo e alcance de seus dispositivos, que buscou consagrar a fórmula tornada clássica por Canotilho, na qual a Constituição institui um *sistema normativo, aberto, de regras e princípios* (CANOTILHO, 2002, p. 1146).

E embora 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 maior nitidez do universo jurídico por ela 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 em face de suas normas de natureza principiológica.

É nesse contexto que pretendemos demonstrar o modo pelo qual a vedação ao nepotismo sobressai como verdadeiro mandamento constitucional, como expressão do princípio republicano que não tolera qualquer modalidade de apropriação patrimonial do Estado, e da moralidade administrativa. Também procuraremos apontar, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o modo pelo qual tal mandamento constitucional – vedação ao nepotismo – 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 odioso 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. Aliás, com relação aos princípios fixados no *caput* do art. 37 da CF, no juízo de alguns Ministros do Supremo constituem-se eles como parâmetro de controle ou de determinação do *bloco de constitucionalidade*, de acordo com o conceito de *parametricidade* (CANOTILHO, 2002).

Enfim, interessa-nos nesse artigo investigar de que modo a evolução jurídico-constitucional advinda com a CF disponibiliza instrumentos (normativos) aptos para combater a secular apropriação patrimonialista do Estado no Brasil.

2. Jurisdição constitucional e repressão ao nepotismo na Administração Pública brasileira

Os conceitos de jurisdição constitucional e pós-positivismo encontram-se irremediavelmente articulados. No seu limite, são os grandes responsáveis por uma síntese progressiva das duas principais tradições jurídicas ocidentais (*civil law* e *common law*), que por sua vez remontam à velha dicotomia entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*.

Numa perspectiva histórica, essa síntese progressiva parece ter tido o seu início nos EUA. País originado no âmbito da tradição jurídica da *common 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 em face das normas constitucionais – *judicial review*. Foi lá que se deu inicialmente o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional e, mais recentemente, no seu entorno foi-se elaborando uma concepção renovada da própria juridicidade no mundo contemporâneo, especialmente por autores como John Rawls (1995, 1997, 2002, 2003) e, mais notadamente, Ronald Dworkin (1999, 2002, 2005).

Por outro lado, mas de modo paralelo, o conceito de jurisdição constitucional foi sendo elaborado no continente europeu, a partir da experiência constitucional vivida pela Áustria depois de 1920 e das formulações iniciais a esse respeito elaboradas por Hans Kelsen (2000).

A evolução dos dois modelos foi marcada pela peculiaridade que os dissociava 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 modelo de jurisdição constitucional europeu, tendo este recebido um tratamento teórico mais acentuado no âmbito da doutrina com destaque para autores como Hesse (1991, 1998, 2009) e Alexy (1993, 2001a, 2001b, 2007) – e da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha.

No Brasil, o conceito de jurisdição constitucional² está a evoluir freneticamente nos últimos anos, mediante um rico debate teórico e

² “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

doutrinário, e a surpreendente evolução dessa competência em face 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.³

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. Trata-se de um processo de tomada de decisão com caráter jurisdicional, predisposto de modo expresso ou implícito pelo próprio constituinte originário, visando garantir a defesa e a efetividade jurídico-normativa da Constituição.⁴

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, 2012a).

³ Aqui se faz necessária uma articulação com o conceito de sistema jurídico *autopoietico* segundo Luhmann. Especificamente sobre o local e importância do STF no processamento *autopoietico* de nosso sistema jurídico-normativo. De fato, a *autopoiesis* realiza-se 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, 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 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 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 político* (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.

⁴ 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, constituem de fato o ambiente institucional capaz de reproduzir de modo razoavelmente aproximado aquilo que Habermas (1989, 1994, 1997) denominou *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 a

E trata-se também da conclusão de um processo histórico que teve 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, para além da clássica função de verificação da congruência entre os atos estatais e as normas e vetores constitucionais, assumisse a missão de garantia e de 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” (CAPPELLETTI, 1994, p. 12).

apreciação, em uma *arena argumentativa pública* (e de 3º nível, conforme a classificação proposta por Habermas), isenta de coerção e constrangimentos, e politicamente vinculada 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 (1995, 1997, 2002, 2003), 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 se buscará realizar uma *concepção ético-normativa de justiça de natureza eminentemente procedimental*. Desse modo, em sua tarefa de arbitrar conflitos de interesse em face da normatividade constitucional, as Cortes e Tribunais funcionam 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 coloca-se 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*.

Sendo 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 no âmbito da jurisdição constitucional brasileira definida pela CF. 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 CF, 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).

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 dos atos estatais em face da Constituição que lhes confere fundamento de validade. Tal entendimento faz restrições à possibilidade de o juiz ou o Tribunal constitucional desenvolver, ele próprio, normatividade diretamente a partir do texto da Constituição.

Comum a todas as concepções em torno do conceito de jurisdição constitucional é o entendimento de que a verificação abarcaria tanto o respeito às regras procedimentais instituídas para a válida prática dos atos estatais (*constitucionalidade formal*), quanto à compatibilidade material dos atos estatais em face das regras e princípios fixados pela 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, 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.

Porém, o ponto mais interessante do debate travado em torno do conceito de jurisdição constitucional é o 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* advogam uma atuação mais contida para a jurisdição constitucional, abrindo maior espaço para as eventuais re-

configurações da ordem jurídico-constitucional (compreendida como menos rígida, mais flexível), decididas pelos órgãos políticos de representação coletiva, legitimados pelo princípio democrático. A legitimidade dos juízes, sendo derivada, indireta e impessoal, não poderia suplantar a legitimidade conferida pelo povo (titular da soberania) diretamente aos seus representantes. O seu 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*.⁵

⁵ 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 (2009, p. 13-15), 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 atenam 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,

Para os *substantialistas*, por sua vez, entre os quais se enquadra a grande maioria dos que contemporaneamente se identificam 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

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 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.”

em face do conteúdo jurídico-normativo de suas decisões possuir uma natureza francamente *contramajoritária*. Aos substancialistas atribuiu-se a defesa intransigente de uma jurisdição constitucional que assumia não só a função de defesa, mas também a de *concretização* dos direitos fundamentais. Desse modo, no seu entendimento, no âmbito 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.

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 a dos hipossuficientes em geral (*princípio do Estado de Direito*). Tal missão lhe atribuiu um perfil de inquestionável atividade.

“Portanto, o conceito de justiça constitucional é amplo, e nele se abrigam temáticas que circundam a ideia de garantia da Constituição, incluindo o 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” (TAVARES, 2007, p. 205).

Entre nós, de forma inequívoca, o STF assumiu já há alguns anos e tem mantido ao longo de suas decisões mais importantes (política e socialmente sensíveis), acerca dos limites de sua jurisdição constitucional, um entendimento claramente alinhado com as posições substancialistas. Isso fica evidenciado pelo modo como o Tribunal utilizou a expansivamente sua competência para a tutela e o desenvolvimento de normatividade apta a dar efetividade a uma série de direitos fundamentais previstos na Constituição, mas não desenvolvidos pela via legislativa; e também pelo modo como desenvolveu normatividade diretamente a partir do texto

constitucional com o intuito de se tutelarem as chamadas *garantias públicas fundamentais*.⁶ Dentre essas últimas destacamos a intervenção do Tribunal para o reconhecimento e o desenvolvimento de meios normativos, com os quais ganhou plena efetividade a vedação constitucional ao patrimonialismo em geral e ao nepotismo em particular.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da vedação ao nepotismo em diversos aspectos juridicamente relevantes para a questão, em várias oportunidades nos últimos dez anos, chegando a um entendimento relativamente sedimentado sobre os aspectos mais gerais envolvendo o *status* constitucional da vedação e o seu âmbito específico de proibição.

Fez isso, entre outras oportunidades, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521-4/RS (D. J. 17/3/2000), relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello; na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.661-5/MA (D. J. 23/8/2002), relatada pelo Ministro Celso de Mello; na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF (D. J. 17/3/2006), relatada pelo Ministro César Peluso; no Mandado de Segurança nº 23.780-5/MA (D.J. 3/3/2006), relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa; na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF (D. J. 1/9/2006), relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto; na apreciação em sede de julgamento de mérito da Ação Declaratória de Constitucionali-

⁶ 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 (pelas quais o princípio majoritário se travestiu em verdadeira *perversão institucional*), não nos parece razoável a reivindicação de Habermas (1989, 1994, 1997), 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 eficiência por meio da qual exercem sua competência contra-majoritária, restando os excessos das majorias 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*.

dade nº 12-6/DF (D. J. 20/8/2008), relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto; 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 29.993/DF (D. J. 22/11/2010), relatada pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha.

A análise e a interpretação das manifestações dos diversos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação desses procedimentos serão 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 todas as manifestações de ação patrimonial e de nepotismo que nos últimos anos afloraram em algumas de nossas mais importantes instituições públicas.

3. 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 tradição anglo-saxônica (*common law*), princípios jurídicos – especialmente os de estatura constitucional – são admitidos como parâmetros de *reconhecimento*, de *argumentação* e de *decisão*.

No *caput* do art. 37 da CF, existem vários princípios que no plano jurídico normativo incidem sobre a temática do nepotismo, e sobre ele atuam, de forma mais intensa, os princípios

da impessoalidade e da moralidade administrativa. Da análise e interpretação do *núcleo essencial* desses dois princípios deriva a regra constitucional de vedação ao nepotismo.

Como já tivemos a oportunidade de expor, uma das grandes inovações sedimentadas pelos chamados pós-positivistas no plano da teoria da norma jurídica foi à distinção de *espécies normativas* (*regras e princípios*) no interior de um *gênero* – *norma jurídica*. Demonstrou-se que de modo geral, as *regras* estão predispostas para fixar condutas e competências, ao passo que os *princípios* definem *fins, objetivos, metas*, que deverão ser atingidos da melhor forma possível pelo conjunto dos Poderes estatais e, alguns deles, também pela *sociedade em geral* e/ou algumas de suas *instituições* – 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 (2002) para a Constituição portuguesa de 1976 – na qual o *constituente originário* tanto se inspirou. É ele quem esquematiza e ajuda-nos a entender melhor o conceito de sistema jurídico-normativo constitucional que aqui adotamos.

“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 (Calies), 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” (CANOTILHO, 2002, p. 1143).

No que diz respeito especificamente à estrutura dos princípios, de modo geral admite-se na doutrina 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 seu 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 como o da *dignidade da pessoa humana*. Princípios como esse, para além de um núcleo essencial, podem ser definidos e redefinidos, e variar em razão de concepções políticas, ideológicas, filosóficas, religiosas – enfim, de tudo aquilo que eventualmente venha a compor a chamada pré-compreensão do intérprete/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 *contramajoritário*) 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 GARCÍA DE ENTERRÍA, 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 constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.” (BRASIL, 2006).

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 de que os agentes públicos administram bens e interesses que não lhes pertencem, devendo na condição de mero mandatário, pautar sua conduta em face do 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” (CAMMAROSANO, 2006, p. 72).

De outro modo, a impessoalidade, que se ancora no princípio-irmão da isonomia, requer que a Administração dê tratamento equitativo

a todos os administrados, de modo uniforme, como na citação acima transcrita, isenta de favoritismos ou perseguições – de modo que um tratamento desigual só se legitimaria em face de uma distinção de fato entre pessoas ou situações⁷ –, distinção que requeira, em face dos postulados normativos de aplicação da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, um tratamento desigual. Sendo 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.

De modo geral, a ordem jurídica vigente tenta instrumentalizar tais regras por meio de mecanismos procedimentais, e os mais importantes são os estabelecidos pelo *concurso público* e pela *licitação*. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso (2012b) 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 nº 7/2005 do CNJ limitou-se a declarar uma obrigação que decorre diretamente do texto constitucional. Averbe-se, a propósito, de 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.”

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 princípios 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 baseadas em nepotismo. Para não entrar ainda no mérito da Resolução nº 7/2005 do CNJ e da Súmula Vinculante nº 13 do STF, de extração mais recente, poderíamos citar: a Resolução nº 246/2002, do STF, em seu art. 7º⁸, o art. 357, *parágrafo único*

⁷ “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.” (MELLO, 2003, p. 29-30).

⁸ Resolução nº 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.

do Regimento Interno do STF;⁹ o art. 177, VIII, da Lei nº 8.112/1990;¹⁰ o art. 10 da Lei nº 9.421/1996;¹¹ a Portaria nº 428 do MPU¹² e, ainda no âmbito desse órgão, o art. 22 da Lei nº 9.953/2000.¹³

Assim, percebemos claramente como, a partir do sistema constitucional, se vão construindo subsistemas específicos, ainda nesse plano normativo – como o instituído no *caput* do art. 37 da CF – que, por sua vez, se irradiam no âmbito legal e infralegal, estruturando-se uma verdadeira *teia de normatividade*, de modo que, a partir de um núcleo principiológico, se constroem e se deduzem regras destinadas a garantir a operação do sistema no sentido predisposto por seus vetores fundamentais – no caso em questão, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Por meio desses parâmetros de normatividade, de tessitura aberta e renovável, o sistema torna-se 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 (2002), mediante os 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

⁹ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 357, parágrafo 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.

¹⁰ Lei nº 8.112/1990, 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.

¹¹ Lei nº 9.421/1996: 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.

¹² Portaria nº 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.

¹³ Lei nº 9.953/2000, 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.

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)” (CANOTILHO, 2002, p. 1147-1148).

De modo geral, a recente jurisdição constitucional brasileira, abarcou os quatro objetivos acima mencionados quando previu em diversos instrumentos normativos – especialmente nas leis n.ºs 9.868/1999 e 9.882/1999, que instituíram o procedimento para as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) –, instrumentos destinados a garantir a *respiração*, a *legitimidade*, o *enraizamento* e a *evolução* do sistema jurídico-normativo por meio de expedientes procedimentais, tais como audiências públicas, 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 perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, também em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Tudo isso demonstra uma tendência rumo àquilo que Peter Häberle (2002, 2007) denominou *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Na apresentação brasileira dessa obra, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, refere-se 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-intérpretes (*Vorinterpretieren*) do complexo normativo constitucional” (HÄRBELE, 2002, p. 9).

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 no conjunto de nossa opinião pública, tendo esta se expressado por meio de inúmeros representantes de nossa sociedade civil.

Em período mais recente, tiveram atuação destacada na reprovação pública ao nepotismo a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). E elas, apesar de representantes de um verdadeiro clamor popular por moralização na Administração Pública, formularam suas pretensões a partir de fundamentos eminentemente jurídico-constitucionais (ADC nº 12/2006). E, ao final, o STF acabou por reconhecer 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.”¹⁴

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 nº 12/2005. Ainda quando da apreciação do pedido de concessão de medida cautelar formulada na inicial (16/2/2006), posicionaram-se os Ministros de modo amplo e aprofundado sobre a questão, e o conteúdo essencial do entendimento de cada um deles sobre os diversos pontos controvertidos foram adiantados quando da decisão que julgou procedente o pedido de concessão da referida medida cautelar – a grande maioria desses entendimentos e pontos de vista foi simplesmente repetida quando do julgamento final da ação principal (mesmo por Ministros¹⁵ que não haviam participado dos debates quando da apreciação da cautelar) em 20/8/2008.

¹⁴ EMENTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.

¹⁵ “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

Nessa linha de entendimento, o Ministro Relator da ADC nº 12/2005, Carlos Ayres Britto, tratou de demonstrar de modo específico a forma pela qual o tema da vedação ao nepotismo se articula com o núcleo essencial de pelo menos quatro dos princípios positivados no *caput* do art. 37 da CF – além do princípio da igualdade, que, não obstante previsto em outro trecho da Carta, na opinião do Ministro, é de aplicação indiscutível no âmbito da Administração em geral e na vedação ao nepotismo em particular. Em sua opinião, a Resolução nº 7 tratou apenas de explicitar e densificar comandos constitucionais que já existiam, tornando-os agora devidamente expressos e atribuindo-lhes maior imperatividade. Vejamos como se posicionou o Ministro na matéria:

“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

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 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JULGAMENTO. Seção realizada em 20/8/2008. D.J. 165, de 11/9/2008. STF 102.002., p. 604-605. “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 (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, Cármen 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.

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 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 sobrevinda 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.”¹⁶

Percebe-se que em seu voto, logo no início ao fundamentar a aplicação do princípio da impessoalidade na vedação a práticas de nepotismo,

¹⁶ BRITTO, Carlos Ayres. Relator. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 33 à 37.

Carlos Ayres Britto faz, assim como nós o fizemos desde o início deste trabalho, referência à *multissecular cultura do patrimonialismo*. Aliás, de igual modo, o Ministro Celso Mello, quando de sua intervenção no julgamento da ADI nº 1.521/RS, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, pronunciou-se 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, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.”¹⁷

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. Desse modo, o sistema constitucional vigente, ao vedar a apropriação patrimonial de bens e interesses públicos, fá-lo por consequência em relação ao nepotismo – inclusive quando este eventualmente venha a manifestar-se em modalidades ainda não expressamente identificadas pelo CNJ (Resolução nº 7/2005) e pelo STF (Súmula Vinculante nº 13), até agora restrita ao nepotismo *em sentido próprio* ou *clássico* e o nepotismo *cruzado* – deixando à margem a exata delimitação do *nepotismo político*.

A utilização de diversos princípios, igualmente incidentes em graus variados, mas de

modo complementar, visando à melhor tutela possível de bens considerados essenciais para a sociedade em geral e o sistema constitucional em particular, apresenta-se na argumentação desenvolvida por Ayres Britto exatamente no modo de aplicação por sobreposição de princípios que se inter-relacionam para constituir um microssistema (como se dá no âmbito constitucional com os cinco princípios enumerados no *caput* do art. 37 da CF).

Como *standard* de argumentação, a positivação de um conjunto de princípios que passa a constituir um microssistema (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 refere Canotilho. Tanto é verdade que, por meio do 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 insito em qualquer atividade produtiva baseada em modos de controle hierarquizado – como é da natureza da Administração Pública.

Como muito bem demonstrou a argumentação desenvolvida pelo Ministro Ayres Britto, o exercício de um conjunto de competências expressas nos poderes de direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento, 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 a prevalência do primeiro sobre o segundo, vulnerando de modo significativo o princípio da igualdade num ambiente onde a única distinção aceitável deveria basear-se no mérito pessoal e na capacitação profissional.

¹⁷ MELLO, Celso. Voto. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.521-4, Rio Grande do Sul. CARGOS DE CONFIANÇA. PARENTESCO. NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO. PROIBIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL. LIMINAR. Seção realizada em 12/3/1997. D. J. 17/3/2000. EMENTÁRIO Nº 1.983-1, p. 141-142.

Registre-se também uma diferença de nuance em relação à posição adotada pelo Ministro Ayres Britto – não observada em relação ao voto de nenhum dos demais – no que diz respeito ao potencial normativo representado pelo *princípio da moralidade* relativamente à vedação ao nepotismo. Em nossa opinião, partindo de um pressuposto teórico assentado por Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994),¹⁸ a violação da moralidade não se deduz da violação dos demais princípios do *caput* do art. 37 da CF exatamente por ser o nepotismo forma de manifestação da perversão patrimonial, que não pode ser identificada e reprimida em toda a sua extensão e conteúdo sem o auxílio jurídico-argumentativo do princípio da moralidade, inclusive em sua dimensão qualificada, de *moralidade institucional*.

E foi também nesse caminho por nós apontado, ainda que não se tenha referido de modo expreso ao conceito de *moralidade institucional*, que se posicionou ao votar na ADC nº 12/2005 o Sr. Ministro Celso Mello, nos termos que seguem:

“Sabemos todos que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, 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.”¹⁹

O Ministro não apenas atribui à moralidade um conteúdo ético-jurídico abrangente, mas julga-a como parâmetro privilegiado para a sindicância

¹⁸ “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, 1994, p. 213-214).

¹⁹ MELLO, Celso. Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 97-98.

dos atos estatais, nos quais o interesse público e o privado corram o risco de estabelecer relações promíscuas entre si, como indica claramente seu entendimento de 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 em sua Resolução nº 7/2005, 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 7/2005, 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 7/2005 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 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 publica*. (...) 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.”²⁰

Em sua intervenção neste debate junto ao STF, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, focou de forma esclarecedora o modo como a Constituição Federal se constitui em fonte normativa direta a partir da qual se concedeu ao CNJ um rol de competências (materiais) exclusivas e, em face destas, uma competência normativa primária, no âmbito da qual se insere o poder-dever de exercê-lo de modo a repudiar a prática de nepotismo no Poder Judiciário. Fundamenta-se na *teoria dos poderes administrativos inerentes ou implícitos*, que de modo muito simplificado nos 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 para o 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 administra-

²⁰ Op. Cit. p. 100, 110-111.

tivos ‘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 GARCÍA DE ENTERRÍA, ‘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.”²¹

Nessa mesma linha de argumentação, manifestou-se o Ministro Joaquim Barbosa, para quem após a edição das Emendas Constitucionais de nºs 32 e 45 não há mais por que se recusar a constitucionalidade, no âmbito de nosso ordenamento jurídico, tanto do regulamento 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.²²

Enfim, com base na argumentação ora apresentada e, especialmente, em face do entendimento contemporâneo expedido pelo STF na ADC nº 12/2005 e em outras ações analisadas pela Corte na qual se discutiu esse tema, emerge como amplamente majoritário – exceção feita à posição

²¹ MENDES. Gilmar Ferreira. Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 72.

²² “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 nº 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 nº 45/2004, no art. 103-B, § 4º, II, da Lei Maior, que atribuiu 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 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 50-51.

apresentada pelo Ministro Marco Aurélio – o entendimento segundo o qual a proibição à prática do nepotismo impõe-se como verdadeiro *mandamento constitucional*.

4. A vedação ao nepotismo em face do princípio federativo e o da separação dos Poderes

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 de preservação de suas autonomias em razão do princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF). 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). Tais objeções foram apresentadas e enfrentadas pela sociedade civil e pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da ADI nº 3.367/DF e da ADC nº 12/2006, no que diz respeito tanto à criação do CNJ quanto à constitucionalidade de sua Resolução nº 7/2005. Segundo os críticos, tanto a EC nº 45 ao criar o CNJ na forma que lhe foi dada, quanto a Resolução nº 7/2005 por ele editada, violariam o *princípio da separação dos Poderes*.

Retomando parte da conceituação desenvolvida no tópico anterior, podemos afirmar que o *núcleo essencial do princípio da divisão dos Poderes* (ou *repartição de competências*, que é o termo que nos parece mais correto 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, a proteger os indivíduos em face 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 – *checks 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 descuidar 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.”²³

O que se buscou, com tal mecanismo, foi garantir uma especialização funcional e ao mesmo tempo a necessidade de autonomia ou independência orgânica, de modo a não se admitir que um determinado Poder venha a ser dominado por algum 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 a obtenção, a partir do texto constitucional, de um plexo de competências privativas ou *primaciais*, vinculada a sua *função típica*, que atribui ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, respectivamente, as funções de administrar, legislar e dizer o Direito.

²³ PELUSO, César. Relator. ADI nº 3.367/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 13/4/2005. D. J. 22/9/2006, p. 29; EMENTÁRIO Nº 2.225-2, p. 218.

No entanto, nunca é demais ressaltar em sede de discussão desse princípio, que além de atribuir-se a cada Poder uma função *típica* ou *privativa*, que lhe delimita o seu perfil institucional, a ele se agrega, também visando a garantir-lhes a autonomia, outro conjunto de competências, em caráter mais restrito, que por isso passaram a ser designadas por *funções atípicas*. Sendo assim, não obstante a *função administrativa* seja atribuída tipicamente ao Poder Executivo, para resguardar a independência dos demais em face deste, também se lhes atribui, em caráter *atípico*, essa função para que eles possam se autoadministrar.

“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 doutrinas, que, suposto excepcionais na aparência, tendem, no fundo, a reafirmar a natureza unitária das funções estatais, a cuja repartição orgânica é imane 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.”²⁴

No caso da criação do CNJ pela EC nº 45/2004 não há que se falar em violação a esse princípio, na medida em que o CNJ se tornou órgão do próprio Poder Judiciário (art. 92, I, *a*, da CF), tendo em face da redação dada pelo art. 103-B, incisos I a XIII, a sua composição majoritariamente ocupada por membros do Poder Judiciário, com representação francamente minoritária do Ministério Público e da sociedade. Com relação a estes últimos, coube ao Congresso Nacional a sua indicação a partir de pessoas externas a esse Poder. 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 Poder Judiciário (art. 102, I, *r*, da CF).

Quanto à Resolução nº 7/2005, segundo Luís Roberto Barroso (2012b),

“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

²⁴ Op. Cit. p. 223.

pessoas e empresas capacitadas a prestarem serviços aos Tribunais. O argumento de violação à separação dos poderes, como se vê, simplesmente não se sustenta.”

E, de fato, os argumentos apresentados na inicial da ADC nº 12/2006 já tinham sido em parte expedidos pelo próprio STF quando da apreciação da ADI nº 3.367/DF, relatada pelo Ministro Cezar Peluso, acerca de suposta violação do princípio da separação dos poderes quando da instituição do CNJ pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Quanto a tal 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 nº 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 desapassionado 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 defere ao Chefe do Executivo competência exclusiva para nomear todos os integrantes desta Casa.”²⁵

No que diz respeito à *violação do princípio federativo*, novamente tomando-se por referência, seja a criação do CNJ, ou a edição por este órgão, 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

²⁵ PELUSO, Cezar. Relator. ADI nº 3.367/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 13/4/2005. D. J. 22/9/2006, p. 29; EMENTÁRIO Nº 2.225-2, p. 224-225.

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” (BOBBIO, 1986, p. 481).

Uma breve decomposição desse conceito parece particularmente útil por nos revelar a essência, o mínimo múltiplo comum da *ideia de federação*.²⁶ Esta se estabelece por uma *pluralidade de centros de Poder*, ou seja, por uma repartição espacial na distribuição do poder de um modo que teremos de um lado o poder federal, com seus respectivos órgãos; e de outro, o Poder Estadual – também com seus órgãos respectivos. Dito isso, deve-se frisar que o conceito acima transcrito descreve um perfil específico de modelo federativo; no caso, o primeiro que se constituiu no decurso da modernidade ocidental, nos EUA, pouco tempo depois de sua independência, e em cujo traço distintivo se encontra umbilicalmente ligado um *modelo* ou *técnica de repartição de competências* – que ficou 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, as quais, por valorizarem de modo acentuado a autonomia local, inicialmente instituíram um 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” (HAMILTON, 2004) 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 à composição plurinacional das populações de muitos dos seus Estados. A Alemanha, por exemplo,

²⁶ 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 Europeia, parece sinalizar a existência – de fato – de uma federação fraca, ou a sua avançada evolução nessa direção (constituição de um Estado Federal Europeu).

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 – em que não se divisava com clareza se se tratava de uma confederação forte, sob a hegemonia prussiana, ou se já tinha características de um Estado federal *deformado* (também pela proeminência indiscutível exercida pela Prússia).²⁷

Todavia, com as respectivas proclamações republicanas ao final da Primeira Guerra Mundial, a Constituição de Weimar em 1919 e a Constituição da Áustria de 1920 instituíram indiscutivelmente dois novos Estados federais. Disso decorreu um intenso debate acerca da natureza jurídica dessas federações, envolvendo autores como Kelsen, Alfred Verdross e Kunz. O modelo aí originado, que se tornou conhecido por *federalismo cooperativo*, criado na Alemanha e na Áustria, opõe-se ao

modelo norte-americano de *federalismo dual*, na medida em que, tem por objetivo, em vez da separação rígida de competências entre a União Federal e os Estados, a *cooperação* entre esses entes. Tal cooperação materializou-se na introdução de duas novas técnicas de repartição de competências: a *competência concorrente* e a *competência comum*.²⁸

Entre nós, o princípio federativo teve uma evolução bem peculiar. Vários autores ressaltam que, diversamente dos EUA, que teve como nota típica de seu processo de formação histórico uma forte autonomia concedida pela autoridade metropolitana à suas 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 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.

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 ou 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

²⁷ “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, 2009, p. 271-272).

²⁸ Para ter se uma ideia de como se estrutura esse sistema de repartição de competências no âmbito do Estado alemão contemporâneo, Hesse (1998, p. 191-208).

agora estruturado em fortes bases regionais. Tal situação só veio a se transformar após a Revolução de 1930. 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, tal 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.

Tal disposição para a repartição de competências pode se manifestar, por exemplo, no âmbito tributário – como nas disposições previstas na CF 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). Tal modelo foi reforçado no plano das competências materiais e legislativas com a introdução das técnicas de repartição em *competências comuns e concorrentes*, que foram introduzidas em nosso modelo, 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 à uma fusão, uma mistura, um *sincretismo* entre o modelo norte-americano e o modelo 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, parágrafo 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 suplementar.”²⁹

No caso da federação brasileira, outra singularidade diz respeito ao fato de serem também os Municípios, por disposição expressa do texto constitucional, entes da federação brasileira (arts. 1º e 18, da CF), constituindo, portanto, uma terceira esfera ou nível federativo – ao que consta, teríamos aqui um caso *único* no direito constitucional comparado.

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. Sendo assim,

²⁹ Op. Cit. p. 244.

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 caberá 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).

De maneira geral, as diversas modalidades de Estado federal que se estabeleceram 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 (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.

No que diz respeito aos *Poderes*, na forma de órgãos político-administrativos federais e estaduais distintos, a repartição das competências entre União e Estados-membros implica a 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 embora 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 no seu art. 92, *incisos*, define como órgãos de um único Poder Judiciário (nacional), entes de transposição (STF, STJ, CNJ), entes da União (TRFs e os juízes federais, TRTs e juízes do trabalho) e entes estaduais (TJs e juízes 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* expresso na competência atribuída pela CF 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); 2) na impossibilidade de um ente criar obrigações para outro, à exceção daquelas já estabelecidas na Constituição federal (art. 18 e segs., da CF); 3) pela natureza excepcional da suspensão da autonomia dos Estados-membros mediante interferência da União somente em casos muito especiais, pelo mecanismo da *intervenção*, nos exatos termos fixados pelos arts. 34 a 36, da CF; 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.

Feitas essas considerações de ordem geral, parece-nos evidente que não há nenhuma incompatibilidade no que diz respeito à natureza jurídica e ao conteúdo da Resolução nº 7/2005 do CNJ que vedou o nepotismo no âmbito do

Poder Judiciário e o princípio federativo albergado pela CF. Isso porque não se sustenta a afirmativa segundo a 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 Assembleias Legislativas ou a dos Governadores, que a teriam com exclusividade no plano da organização administrativa estadual. Isso porque, como já assinalamos há pouco, 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 nº 45/2004, estão evidentemente situados no âmbito nacional, plano normativo-constitucional sobreposto tanto ao da União quanto dos Estados-membros. Como já apontamos há pouco, é evidente que a CF, ao estruturar o Poder Judiciário, estabeleceu Tribunais de âmbito estadual, federal e nacional (Tribunais de sobreposição, § 2º, do art. 92, da CF). Prova disso é que a própria CF instituiu normas de alcance nacional, como os arts. 37 e 93, sendo seguida pelo legislador ordinário, que o fez, por exemplo, mediante a Lei Complementar nº 35/1979 – conhecida como Lei Orgânica da Magistratura. Ora, sendo o CNJ um órgão nacional vinculado à estrutura do Poder Judiciário, nos termos do art. 92 da CF e tendo em sua composição, nos termos do art. 103-B, representantes tanto da magistratura federal (União) quanto da estadual, não há que 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 em nossa sociedade (fundamento direto da Resolução nº 7/2005 do CNJ), têm 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 Assembleias 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 nº 7/2005 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 federalismo (HAMILTON; MADISON, 2004; GOLDWIN; SCHAMBRA, 1986; COOLEY, 2002; HESSE, 1998;

HÄRBELE, 2007; MIRANDA, 2009; CANOTILHO, 2002) e por nossa ordem positiva constitucional.

Não foi outra a conclusão a que chegou nossa jurisdição constitucional ao examinar aspectos impugnados da EC nº 45/2004 e da Resolução nº 7/2005 do CNJ. De modo geral, todos os Ministros que participaram da discussão e da votação dessas matérias repeliram qualquer tipo de agressão ao princípio federativo. A esse respeito, assim se manifestou o Ministro César Peluso, Relator da ADI nº 3.367/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.”³⁰

Nesse mesmo sentido, posicionaram-se outros Ministros do STF quando da apreciação da ADC nº 12/2006, referente à constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, de modo especial os Ministros Eros Grau³¹ e

³⁰ PELUSO, César. Relator. ADI nº 3.367/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 13/4/2005. D. J. 22/9/2006, p. 29, EMENTÁRIO Nº 2.225-2, p. 243-246.

³¹ “Afasto prontamente os argumentos referidos à ‘separação dos poderes e ao princípio federativo, para tanto simplesmente me reportando às razões expostas no voto que preferi no julgamento da ADI nº 3.367. O Judiciário é Judiciário Nacional, excepcionando algu-

Gilmar Ferreira Mendes.³² E, ao final, a ementa do julgamento ratificou, em caráter unânime, esse entendimento.

“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.”³³

Assim, 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*), 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 nº 7/2005 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.

mas exigências da Federação, como ressaltei 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 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 46-47.

³² “A criação do CNJ pela EC nº 45/2004 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 direito) 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 nº 3.367, da relatoria do Min. César 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 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 77-80.

³³ EMENTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 12/06-DF. CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO nº 7/2005 DO CNJ. Seção realizada em 20/8/2008. D. J. 10/11/2008. EMENTÁRIO Nº 2.534-1, p. 639.

Com relação a esse âmbito normativo particular, referente à vedação do *nepotismo político*, por exemplo, pretendemos posicionar-nos em próximo trabalho. No momento, esperamos ter sido capazes de expor de modo suficientemente claro e sucinto a grandiosidade da jurisdição constitucional erigida pela CF, estruturada por um *sistema* (constitucional) *normativo aberto*, de *regras e princípios*, do qual retira diretamente os conteúdos normativos necessários para a vedação e a repressão a práticas de *nepotismo* (e outras modalidades de *saque patrimonialista*) junto à Administração Pública brasileira, sem que tal intervenção, mesmo quando amparada em indiscutível *ativismo judicial*, implique afronta a princípios cardeais do sistema, como o princípio federativo e o da separação dos Poderes.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001a.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2001b.
- _____. 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.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Migalhas*, São Paulo, 2 fev. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2010.
- _____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, 2012a. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 2 fev. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, jan./jun. 2012b.
- BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12 MC/DF, de 16 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 set. 2006.
- CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1999.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCONE, Marconi. *Justiça constitucional: o caráter jurídico-político das decisões do STF*. São Paulo: Método, 2009.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

GOLDWIN, Robert A; SCHAMBRA, William A. *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

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

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1994.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El federalista*. Mexico: Fondo de Cultura Económico, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

_____. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MELLO, Celso A. Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

_____. *Justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Liberalismo político*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

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

STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: PODIVM, 2009.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.