

LUIS MAGNO DE OLIVEIRA COSTA

**O STF E O NEOCONSTITUCIONALISMO:
A ADC 12/DF À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dr.^a Janaina Penalva

**Brasília
Dezembro de 2014**

LUIS MAGNO DE OLIVEIRA COSTA

**STF E NEOCONSTITUCIONALISMO
O JULGAMENTO ADC 12/DF À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Janaína Lima Penalva da Silva

Professor Dr. Guilherme Scotti Rodrigues

Professor Dr. Diego Barbosa Campos

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Janaína Penalva pela prestimosa orientação; ao Daniel, pela revisão textual; à Juliette que, apesar de estar tão longe, esteve tão perto; à Isabela, por saber compartilhar; a minha mãe e meu pai, por tudo.

RESUMO

O presente trabalho pretende uma recapitulação do conceito de constitucionalismo apontando algumas das mudanças ocorridas na segunda metade do século passado que possibilitam a identificação da vigência de um novo paradigma constitucional. Tal paradigma se caracteriza pela superação do positivismo e de seus pressupostos, vez que substitui a lei pela Constituição como elemento central do ordenamento, promove uma aproximação entre Direito e moral e reconhece a força normativa dos princípios enquanto norma jurídica. Analisa-se o julgamento de um hard case, a ADC 12/DF em que se julga a constitucionalidade da Resolução 7/05 CNJ, vedatória do nepotismo no âmbito do Judiciário, a fim de aplicar os conceitos discutidos e daí inferir a adesão de nosso Tribunal Constitucional aos novos tempos.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Pós-positivismo, Neoconstitucionalismo, CNJ, Nepotismo.

ABSTRACT

This monograph aims to recapitulate the concept of constitutionalism, pointing out some of the changes happening in the second half of the last century, which made it possible to identify the validity of a new constitutional paradigm. Such paradigm characterizes itself for its overcoming the positivism and its presuppositions, once it substitutes the law for the Constitution as a central element of legal system, promotes the approximation of Law and moral, and it recognizes the normative power of the principles while being a legal norm. A hard case is taken upon analysis – ADC 12/DF, in which the constitutionality of the CNJ's 7/05, Resolution which prohibits the nepotism within the Judicial system, is judged, in order to apply the discussed concepts, therefore infer the adherence of our constitutional Court to the new times.

Key-words: constitutionalism, post-positivism, neoconstitutionalism, CNJ, nepotism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. QUE É CONSTITUIÇÃO.....	10
3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	11
4. O POSITIVISMO JURÍDICO.....	14
5. CONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO.....	18
5.1. Constitucionalismo.....	18
5.2. Pós-positivismo	24
6. NEOCONSTITUCIONALISMO.....	30
7. ESTUDO DE CASO: A CONSTITUCIONALIDAD DA RES. 7/05 CNJ.....	35
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49

1. INTRODUÇÃO

O argentino Jorge Luis Borges, um dos mais aclamados escritores latino-americanos, frequentemente comparado a Proust e Kafka, escreveu, em 1944, uma obra fundamental para a literatura, um pequeno livro, com pouco mais de 100 páginas, denominado **Ficcões**. Há, nesse livro, um conto chamado *Pierre Menard, o autor do Quixote*, em que o narrador se indigna com as omissões cometidas por uma certa Madame Bachelier ao catalogar, para um jornal, a obra do escritor Menard, morto no dia anterior ao da narrativa, e se propõe a apresentar sua versão do catálogo da obra do ficcional autor.

À parte a omissão de alguns vagos sonetos circunstanciais, a obra “visível” de Menard totaliza perto de 20 peças, devidamente identificadas pelo narrador. Feito isso, o narrador passa à obra de Menard “subterrânea, interminavelmente heroica, a ímpar. Também – ai das possibilidades do homem! – a inconclusa”¹. Essa obra, “talvez a mais significativa de nosso tempo”², compõe-se de alguns capítulos ou fragmentos da primeira parte do **Dom Quixote**. Conforme narra, Menard não intencionou compor outro Quixote, o que, para ele, seria fácil. O que ele queria era compor *O Quixote*.

Menard não se propôs a copiar o texto, mas sim “produzir algumas páginas que coincidissem – palavra por palavra e linha por linha – com as de Miguel de Cervantes.”³ Para isso, ele se propõe algumas estratégias: “O método inicial que imaginou era relativamente simples. Conhecer bem o espanhol, recuperar a fé católica, guerrear contra os mouros ou contra o turco, esquecer a história da Europa entre os anos de 1602 e de 1918, *ser* Miguel de Cervantes.”⁴

O conto prossegue com análises a respeito das possibilidades dessa empreitada e da obra de Cervantes até culminar na comparação entre os dois textos, o Quixote original e a versão de Menard. Justapondo os textos idênticos, o narrador chega à conclusão de que o de Menard “é quase infinitamente mais rico.”⁵ Todas as palavras da versão de Menard têm, a mais, trezentos anos de história. Os conceitos sofreram

¹ BORGES, Jorge Luis. *Obras Completas de Jorge Luis Borges*_Vol. 1. São Paulo: Globo, 1999. P. 492.

² Idem.

³ Ibidem, p. 493

⁴ Idem.

⁵ BORGES, Jorge Luis. *Obras Completas de Jorge Luis Borges*_Vol. 1. São Paulo: Globo, 1999. P. 492., p. 495

mutações várias, muitas delas acrescentadas pelas próprias interpretações anteriores do Quixote. Frases que teriam um sentido quase místico no original agora soavam descaradamente pragmáticas. Nem o estilo se salvava dessa transformação, pois agora não conseguia livrar-se de profunda afetação. O Quixote de Menard apenas se utiliza do texto criado por Cervantes, mas acrescenta a ele camadas infinitas de significação que, de fato, o transformam completamente.

Essa digressão inicial, que parece nada ou pouco ter a ver com o Direito, procura ilustrar uma tendência já consolidada na Literatura, que é a de atribuir ao intérprete – leitor – a função de verdadeiro criador da obra literária. Para essa linha teórica, cujos maiores expoentes são os pensadores da Escola de Constança, o sentido da obra não deve ser buscado na intenção do autor ou na literalidade do texto. É no intérprete que reside o sentido. A obra literária não é mais que as camadas de sentidos depositadas pelas interpretações realizadas pelas sucessivas gerações de leitores. Ou seja, uma obra literária é a história de sua interpretação, e sua longevidade é diretamente proporcional a sua capacidade de preencher os horizontes de expectativa de gerações sucessivas de leitores. Enquanto logra isso, ela vive.

O Direito, como a Literatura, é ofício intimamente relacionado com a interpretação de textos. Seja o magistrado, o advogado, o promotor, o consultor etc, todas as carreiras jurídicas têm como atividade principal interpretar textos jurídicos, sejam leis, doutrina ou jurisprudência. No entanto, certamente, é a lei, em sentido amplo, o texto por excelência do Direito.

Sabe-se que mesmo o positivista mais ortodoxo – aquele que afirma ser a atividade jurídica nada mais que simples operações lógicas de subsunção, de índole dedutiva, em que o aplicador oficial do Direito se limita a um mecânico enquadramento dos fatos comprovados (premissa menor) na hipótese normativa correspondente (premissa maior), seguida da imposição da sanção legalmente prevista – nem mesmo esse positivista consegue livrar-se da etapa de interpretação, pois as normas não são dadas na natureza, mas sim, devem ser extraídas do texto legal. Há, necessariamente, um momento de fixação de sentido para a premissa maior, no caso a hipótese normativa.

Ora, partindo da ideia com que iniciamos esta monografia, a criação do Direito pelos juízes seria inevitável: se toda leitura é interpretação e toda interpretação é criação, o juiz estaria criando o Direito sempre que tomasse uma decisão baseada em

um texto normativo. Hoje, contudo, a criação judicial do direito envolve procedimentos um tanto mais complexos que a interpretação, no sentido clássico, dos textos legais⁶. Além da interpretação ortodoxa, que se prende mais à literalidade do texto, há aquelas assumidamente criativas, que envolvem complexos processos, como o de sopesamento de princípios conflitantes, cujo resultado, não raras vezes, afasta-se do texto escrito, indo até mesmo em sentido oposto a sua literalidade. É o que se deu na ADPF 132 em que o STF aplicou o instituto da interpretação conforme ao art. 1723 do Código Civil, que prescreve: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o **homem** e a **mulher**, (...)”⁷ para agasalhar em nosso ordenamento o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar.

A hermenêutica jurídica é assim elevada a primeiro plano no fazer jurídico da atualidade, principalmente, no âmbito constitucional, em que os tribunais têm adotado uma postura interpretativa ativista, com vistas a garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Tal postura do Judiciário alberga-se sob a rubrica teórica do pós-positivismo, que é o ambiente teórico deste trabalho.

De fato, neste trabalho buscaremos demonstrar a transição que se deu de um constitucionalismo positivista para um constitucionalismo pós-positivista ou neoconstitucionalista em que verificou-se profunda reformulação do papel do juiz ao interpretar a lei, sepultando a separação positivista entre sujeito e objeto, bem como, mudança, da mesma profundidade, na compreensão do que é uma Constituição e das características de suas normas.

Considerando esses pressupostos do pós-positivismo, compreendido como superação teórica do positivismo jurídico, que (i) considera a força normativa da Constituição, (ii) adota a distinção forte entre princípios e regras, e (iii) vê uma necessária conexão entre Direito e moral, analisaremos um caso do STF, a fim de verificar a filiação daquela corte ao pós-positivismo.

De fato, no caso em questão, o julgamento da ADC nº 12, em que foi discutida a constitucionalidade da Resolução nº 7/05 do CNJ, ato normativo que proibia a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário e que, posteriormente, resultou na edição

⁶ O Judiciário também cria o direito quando prolata as chamadas sentenças aditivas, em que busca efetivar direitos constitucionais prejudicados pela omissão do legislador ordinário ou quando emite uma súmula vinculante.

⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)*. Art. 1723.

da Súmula Vinculante nº 13, que estendeu a proibição constante da Resolução do CNJ para os demais poderes, os Ministros, ao aplicar diretamente os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e juridicidade, mesmo havendo norma constitucional expressa regulando o tema de outra forma, revelaram inequívoca filiação ao pós-positivismo.

A metodologia utilizada foi majoritariamente a pesquisa bibliográfica, em que percorremos a obra de vários autores relevantes ao tema, cotejando teorias e explorando discordâncias entre eles.

2. QUE É CONSTITUIÇÃO?

Definição concisa e compreensiva do que seria uma Constituição é aquela proposta por Burdeau de que a Constituição é o Estatuto do poder. Como estatuto do poder, a Constituição funciona como norma reguladora do exercício do poder pelos governantes, privando-os da “condição originária de donos do poder, reduzindo-os a meros prepostos da sociedade política”⁸. A Constituição juridiciza o poder e torna-se a verdadeira criadora do Estado de direito, pois antes da instauração da Constituição, o poder é mero fato, facções que se digladiam para conseguir impor-se na seara social.

De maneira menos sucinta e competente que Burdeau, podemos dizer que, atualmente, a Constituição incorpora, ao mesmo tempo, a ideia de estatuto jurídico, político, econômico e social do Estado, vez que funciona como norma que fixa princípios, define procedimentos, disciplina processos e indica caminhos, naqueles âmbitos. Afirma Mirkine-Guetzévitch que a constituição é onde “o político e o social tornam-se jurídico”⁹.

É estatuto jurídico, pois consiste em norma que vincula procedimental e substantivamente outras normas, *norma normarum*, e também porque consiste de documento dotado de normas (regras e princípios) que criam e limitam direitos e

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 09.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

obrigações, vinculantes dos poderes públicos e dos particulares. Detém, portanto, supremacia e força normativa.

É estatuto político, porque funciona de forma procedimental, estabelecendo competências, regulando processos e definindo limites para a ação política¹⁰. Nessa dimensão, funciona como a norma fundamental do Estado. Uma preocupação aqui é o funcionamento adequado da democracia, ou seja, a regulação do um jogo democrático, em uma sociedade plural, que garanta a possibilidade de acesso de representantes das diversas concepções políticas e morais ao poder, bem como a possibilidade de alternância dessas facções no poder.

É estatuto econômico e social, já que institui um rol de princípios e limites para a atividade econômica, bem como de direitos individuais e sociais que visem a estimular e conciliar o desenvolvimento do indivíduo e o desenvolvimento econômico com a construção e manutenção de uma tessitura social saudável, embasada nos ideais de justiça e equidade. Principalmente nesse âmbito, a Constituição tem conteúdo substantivo, com valores a serem perseguidos por todo o governo e sociedade. É na busca de justiça social, que talvez mais se evidencie a importância dos princípios constitucionais e do catálogo de direitos fundamentais na proteção das minorias contra as maiorias.

3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes é a formalização de uma ideia que aparece já em Aristóteles¹¹ e é apropriada, durante as revoluções liberais do século XVIII, pelos pensadores da burguesia no contexto da luta contra o absolutismo. Tal princípio teve importância fundamental na luta da burguesia para a consolidação do Estado liberal,

¹⁰ Ibidem, p. 09.

¹¹ Aristóteles faz um inventário das funções estatais, mas, segundo RAMOS (2010, p. 113), "nada autoriza a concluir que o estagirita observasse empiricamente ou desejasse teoricamente a atribuição dessas três funções [legislativa, executiva e judiciária] a diferentes órgãos.

pois funcionava como a “garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política”¹².

Juntamente com o princípio da supremacia da lei, o da separação dos poderes promoveu a retirada do poder das mãos do rei e sua entrega ao legislativo, o que, em última instância, representou a ascensão da “soberania do povo”. Para Elival da Silva Ramos:

O esquema de organização dos Poderes Estatais, conhecido como a teoria da separação dos Poderes, de feições nitidamente legicêntricas, refletia o predomínio político do Poder Legislativo, exatamente porque a lei que dele provém é a pauta a que se devem ajustar quer o Executivo, quer o Judiciário¹³.

Foi com Locke e, principalmente, Montesquieu, em sua obra clássica *Do Espírito das Leis*, que esta teoria tomou sua conformação clássica. Trata-se “de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder”¹⁴. Para Bonavides, Locke “foi muito menos radical que Montesquieu” ao estabelecer a separação dos poderes, engendrando apenas “princípio de limitação do poder entre o monarca e a representação popular”¹⁵. Locke é vitimado por um otimismo que o impede de, como o fez Montesquieu, ver a “natureza profundamente negativa do poder”¹⁶.

Em Locke, o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata.¹⁷

O escopo da teoria da separação dos poderes seria efetivamente o de estabelecer um sistema de freios e contrapesos em que poder limita poder. Para o mencionado autor,

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.¹⁸

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 64.

¹³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva: 2010, p. 67.

¹⁴ OLIVEIRA, Umberto Machado; ANJOS, Leonardo Fernandes (Org.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juá Editora, 2010, p. 186.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 46.

¹⁶ idem

¹⁷ Ibidem, p. 47.

¹⁸ MONTESQUIEU, C.S. *O Espírito das Leis*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p 166.

Ao exposto, acrescenta-se que Montesquieu defende que as três funções estatais, legislativa, executiva e judiciária devem ser atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (poderes), em que, na primeira, o legislador "cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas"; na segunda, o príncipe "determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões", bem como "executa a vontade geral do Estado" (referência às leis); e, finalmente, na terceira, o juiz "pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos"¹⁹.

José Afonso da Silva propõe dois eixos sobre os quais se fundamenta a teoria da separação dos poderes:

a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional;

b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.²⁰

Humberto Oliveira, citando Paulo Castro Rangel, afirma que dois mitos se consolidaram em torno da teoria da tripartição de Montesquieu. O primeiro seria o de que tal separação seria estanque, ou seja, de que haveria uma separação radical entre estes poderes. Na verdade, segundo aqueles autores, já em Montesquieu, tal teoria apresentava a configuração atual, ou seja, a de que deve ser compreendida mais como um "equilíbrio entre potências ou corpos sociais diversos (rei, nobreza e povo)"²¹. A respeito da formulação de Montesquieu, Rangel afirma que

os poderes Legislativo e Executivo foram arquitetados em profunda interação, a começar pela composição em duas câmaras ("Corpo Dos Nobres" e "Corpo dos Representantes do Povo", que dispunham de vetos recíprocos) do primeiro que, para além de produzir leis, tinham o poder de controlar a execução das mesmas e o poder de julgar os crimes políticos dos membros do executivo", e o segundo, com a função de direção política e execução das leis, detinha, em primeira linha, "o poder de veto sobre as

¹⁹ ibidem, p. 165.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006., p. 108

²¹ OLIVEIRA, Humberto Machado. *Caso da delimitação do uso de algemas: como delimitar o ativismo do Supremo Tribunal Federal?*. In: OLIVEIRA, Humberto Machado; ANJOS, Leonardo Fernandes (Org.), op. cit., p. 186.

estatuições legislativas", além do "decisivo poder de convocar o parlamento e de determinar a duração das suas assembleias". Pontifica que "esta sùmula é suficiente para desmontar que Montesquieu pensou os poderes como poderes separados, mas interdependentes, reciprocamente interferentes e controlados, assim se desfazendo o mito de uma divisão extrema ou radical dos poderes."²²

Assim, vemos que tal princípio, mesmo em seu "sentido forte", que é como Mártires Coelho²³ denomina o primeiro momento da teoria de Montesquieu, significava mais um protocolo de interação entre os poderes, visando, especialmente, limitar os poderes do monarca, que uma descrição de estruturas estanques que exerciam poderes isolados.

No entanto, se, por um lado, é possível uma leitura mais flexível dos ensinamentos de Montesquieu quanto às relações entre Executivo e Legislativo, por outro, parece-nos que, quanto à separação entre Legislativo e Judiciário, o Barão foi intransigente: referiu-se ao Judiciário como um poder invisível e nulo e aos juizes como "apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor",²⁴ tudo isso, é claro, visando evitar que os juizes usurpassem o mister dos legisladores.

Esse dogma foi levado a ferro e fogo nos albores do Estado de direito. Tanto é que a Constituição francesa de 1791 continha dispositivo que "proibia, expressamente, os tribunais de se imiscuir no exercício da função legislativa",²⁵ prevendo, inclusive sanção penal para tal conduta. Alguma flexibilidade nesse sentido só ocorreu mais tarde com a aceitação dos métodos de preenchimento das lacunas da lei e a vedação da recusa de jurisdição, decorrentes da ideia de completude do ordenamento jurídico.

4. O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo científico, de uma maneira geral, associa-se a uma epistemologia que "ênfatizava um exame crítico ou uma análise livre de valores e pressupunha um

²² *ibidem*, p. 187

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo, *op. cit.*, p. 178.

²⁴ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 68.

²⁵ *Ibidem*, p. 70.

objeto de análise independente que uma metodologia apropriada poderia revelar”²⁶. Ou seja, o pensamento positivista alimentava a certeza de que o conhecimento poderia nos desvelar a realidade. O positivismo jurídico deriva do positivismo científico. Austin, por exemplo, afirmava que “a razão de tornar-se positivista está no fato de ser esse o caminho para o progresso social da modernidade” e acreditava que “economia política, direito positivo e crença no progresso estavam interligados”²⁷. Para Bobbio, o positivismo consiste na aplicação do método científico à ciência do Direito: “o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito”²⁸. O Direito no contexto do positivismo jurídico é então considerado uma ciência que poderia ser produzida por especialistas e também aplicada por especialistas, com o fim de disciplinar a sociedade²⁹.

A talvez mais importante característica do positivismo diz respeito à relação entre Direito e moral. Tanto Hart, quanto Kelsen ou Austin afirmam a necessidade de se diferenciar entre a identificação da natureza do Direito – a que se pode chegar por meio da descrição, adotando-se um ponto de vista externo e que se relaciona com o “ser” do Direito – e a tarefa de avaliar moralmente o Direito – tarefa relacionada à prescrição, que adota um ponto de vista interno e se relaciona com o “dever-ser” do direito³⁰. O positivismo jurídico considera o direito um fato social que tem como objeto as “normas jurídicas vigentes em determinado Estado, em determinada época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examina”.³¹

Essa separação entre Direito e moral implica diretamente nos critérios de legitimação do direito, que, desapegando-se de justificações transcendentais, típicas do jusnaturalismo, passam a ser firmados na lei e na legalidade. Ferrajoli citando Hobbes, afirma que é a autoridade que confere a validade da lei: “*autorictas, non veritas facit legem*”³². Ou seja, no ideário positivista, a validade do direito se funda em critérios que

²⁶ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 497.

²⁷ Idem.

²⁸ BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 46-47.

²⁹ MORRISON Wayne, op. cit., p. 227.

³⁰ idem

³¹ RAMOS Elival da Silva, 2010, op. cit., p. 36.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismos*. Universidade Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, 2003, p. 17)

concernem unicamente a sua estrutura formal, seu aspecto exterior, não importando o seu conteúdo.

Elival da Silva Ramos³³ apresenta alguns elementos sustentadores do edifício teórico positivista, a saber: a supremacia da lei, a coação, a imperatividade do direito, a ideia de ordenamento jurídico e o modo pelo qual se desenvolve a interpretação dos textos normativos.

A supremacia da lei diz respeito às fontes do Direito. O Estado liberal, ou como o denomina Ferrajoli,³⁴ Estado legislativo de Direito, assume, através do Poder Legislativo, o monopólio da produção normativa e a legislação passa a predominar sobre as demais fontes. Ou seja, no paradigma positivista, estabelece-se uma hierarquia entre as fontes do Direito, que tem em seu ponto mais alto a lei em sentido formal, defluindo daí “a preponderância do Direito estatal (direito posto pelo Estado, direito positivo) em relação ao Direito não estatal, como o originário do costume”.³⁵

A coação é “meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas”.³⁶ Inicialmente, apresentada como indissoluvelmente associada ao Direito, no positivismo mais moderno, é apresentada como “objeto de regulação pelo Direito, que pode dela prescindir e continuar existindo”.³⁷

Outro elemento fundamental na caracterização do positivismo é o conceito de ordenamento jurídico, ou seja, a “ideia de que o direito objetivo compõe-se de um conjunto de normas que não se encontram meramente justapostas e sim integradas, logicamente, em um sistema”³⁸. Do conceito de ordenamento jurídico, deriva a ideia de completude e de coerência do sistema, bem como seus consectários lógicos: da completude, a proibição de o juiz criar o direito ou recusar jurisdição; da coerência, os critérios de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade).

Relevante também salientar que, para o positivismo, a ideia de ordenamento jurídico funde-se com a ideia de Estado. Conforme afirmou Kelsen, “cada Estado deve

³³ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp 37-44.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre, Livraria do Advogado editora: 2012 p. 13.

³⁵ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 39.

³⁶ BOBBIO, Noberto, op. cit., p. 155.

³⁷ RAMOS Elival da Silva, op. cit., p. 38.

³⁸ RAMOS Elival da Silva, op. cit., p. 40.

ser um Estado de Direito no sentido de que cada Estado é um ordenamento jurídico”.³⁹ Ensina Ferrajoli⁴⁰ que constituem Estados de Direito os ordenamentos jurídicos em que os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal, sendo irrelevante se democráticos ou totalitários. Ou seja, dada a identidade entre ordenamento jurídico e Estado, se a validade do primeiro não depende de critérios de justiça ou moralidade de suas normas, a validade do segundo tampouco se vinculará à justiça ou moralidade de suas instituições.

Por fim, o último aspecto a ser tratado diz respeito à interpretação jurídica no contexto do positivismo. O positivismo firma-se como modelo jurídico explicativo do Estado de Direito que tem como um dos esteios o princípio da separação dos poderes, do qual decorre uma divisão desejada entre política e Direito, ou seja, entre o processo político de gênese das leis e o processo jurídico de aplicação da lei.

Em tal contexto, nada mais natural que se buscasse desenvolver critérios tanto mais objetivos quanto possível para se controlar o momento mais crítico da prestação jurisdicional: o momento em que o juiz interpreta a lei. É o que intentou a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, e a Escola da Exegese, na França, sendo esta última, segundo Ramos⁴¹, “talvez a primeira manifestação teórica totalmente informada pelos postulados positivistas.” O principal comando da Escola da Exegese era o de que “o exegeta deveria sempre buscar a intenção do legislador e a ela se ater com disciplina férrea”⁴². O método de execução desse comando era a subsunção mecânica ou automática, que se resumia à aplicação por parte do juiz dos enunciados normativos, interpretados gramaticalmente, à situação fática a ele submetida. Preleciona Ramos:

A subsunção em si constitui uma operação lógica inerente a todo e qualquer procedimento de aplicação de normas jurídicas, com a nota de que pressupõe a fixação inicial de um sentido provisório para a proposição prescritiva que serve como premissa maior, já tendo em vista as aplicações concretas que a partir dela se anteveem, bem como um manejar subsequente dos dados fáticos (premissa menor), tanto em termos de comprovação de sua existência, quanto em termos de seu enquadramento preliminar na classe de fatos

³⁹ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 351.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Carbonell, Miguel (org), op. cit., p. 13

⁴¹ Ramos, Elival da Silva, op. cit., p. 69.

⁴² Idem.

descrita em abstrato no tipo legal, concluindo-se com a elaboração da norma de decisão que encerra o procedimento subsuntivo.⁴³

Tal método afirmava a quase desnecessidade da hermenêutica, pois o Direito era simplesmente descritivo e, portanto, tarefa simples. Bastava que o juiz, neutralizando sua subjetividade, aplicasse o método científico, para então chegar à verdade. Hart⁴⁴ afirmava que “suas bases enquanto pensador eram epistemologicamente seguras; afinal ele estava apenas observando e analisando as práticas que via ao seu redor”. Tal compreensão da aplicação do Direito, que procurava garantir a não usurpação da função do legislador pelo juiz, preservando assim a separação dos poderes e a supremacia majoritária, acabou por se mostrar insuficiente diante dos desafios impostos pela modernidade, como veremos a seguir.

5. CONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO

5.1 constitucionalismo

Não obstante ser possível encontrar as ideias centrais do constitucionalismo na antiguidade clássica, afirma Barroso⁴⁵ que o termo é relativamente recente remontando a aproximadamente duzentos anos e se associa aos eventos revolucionários do século XVIII. O autor afirma que, embora o nome sugira a existência de uma Constituição escrita, isso nem sempre é verdade, como se verifica no caso da Inglaterra, que teve uma participação fundamental na história do constitucionalismo, produzindo, inclusive, aquele que é considerado o primeiro documento constitucional, a Magna Carta, e, no entanto, não tem Constituição escrita. Ainda conforme BARROSO, o termo “constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei”⁴⁶. Essa definição refere-se ao constitucionalismo moderno e sofreu mudanças desde então, já que não se trata de conceito estático.

Uma descrição possível do percurso percorrido pelo constitucionalismo é a que parte do constitucionalismo liberal, com ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, para o constitucionalismo

⁴³ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp. 65-66.

⁴⁴ *apud*, MORRISON, Wayne, op. cit., p. 497.

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Editora Saraiva: 2011, p. 26.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 27.

social, que inclui a proteção de direitos ligados à promoção da igualdade material e um rol de tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social, ou seja, um percurso que parte de Constituições procedimentais para Constituições substantivas⁴⁷.

Outro percurso percorrido pelo constitucionalismo se deu do ponto de vista dogmático. As últimas décadas assistiram a um movimento no sentido de reconhecimento e consolidação da força normativa da Constituição. Nesse caso, um percurso que parte de Constituições políticas, sem força normativa, para Constituições jurídicas, com forte conteúdo normativo.

No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim **diretivas políticas endereçadas, sobretudo, ao legislador**. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos especialmente as minorias.⁴⁸

Luis Prieto Sanchís⁴⁹ faz uma associação esclarecedora entre esses dois percursos do constitucionalismo (de Constituições procedimentais para Constituições substantivas e de Constituições sem força normativa para Constituições normativas) e as vertentes do constitucionalismo norte-americano e o europeu. Aquele autor considera que essas duas diferentes vertentes do constitucionalismo caminharam separadas até meados do século passado, quando se encontraram para a formação de um novo paradigma constitucional.

A primeira matriz, a do constitucionalismo norte-americano, caracterizava-se por uma Constituição possuidora de força normativa, mas com pouco conteúdo substantivo; a segunda, do europeu, por Constituições de denso conteúdo substantivo, mas sem força normativa. A tradição norte-americana, que remonta aos pais fundadores, considerava a constituição como a “regra do jogo” na seara social e política. De fato, a Constituição, nascida no calor da independência e sob o medo da desagregação das colônias, era inicialmente uma carta que enfatizava a organização do Estado e a defesa da liberdade. A *Bill of Rights* foi introduzida a partir da primeira emenda e um catálogo de direitos só veio a ser criado por construção judicial nos anos posteriores.

⁴⁷ Ibidem, p. 107.

⁴⁸ Ibidem p. 108.

⁴⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In CARBONELL, Miguel (org.), op cit., pp. 126-127.

No entanto, apesar de não ter conteúdo substantivo a Constituição, por ser considerada a regra do jogo, já era considerada norma logicamente superior e, portanto, dotada de normatividade. Sanchís afirma ainda que, nessa acepção, a Constituição era entendida

*Como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico.*⁵⁰

E também que,

*Dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más “neutro” de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial.*⁵¹

Aí reside a extrema importância do modelo norte-americano para o constitucionalismo: o aparecimento de uma Constituição escrita, dotada de superioridade às outras normas do ordenamento, e de um Judiciário competente para julgar os casos de descumprimento da Constituição. De fato, desde 1803, com o *leading case Marbury v. Madison*, em que o juiz Marshall afirmou ser competência da Suprema Corte julgar inconstitucional e deixar de aplicar leis federais incompatíveis com a Constituição, a Corte passou a julgar sistematicamente casos de ofensa à Constituição, inaugurando o controle de constitucionalidade. A Constituição tinha, assim, sua supremacia garantida pelo mais neutro dos poderes.⁵²

Enquanto a tradição constitucional norte-americana enfocava a Constituição como regra do jogo e o Poder Judiciário como seu garantidor, a matriz constitucional europeia representou o constitucionalismo legado pela Revolução Francesa, em que a Constituição aparece, conforme Sanchís, como

um proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social e política (...) condicionando com mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado em

⁵⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In CARBONELL, Miguel (org.), op cit., pp. 124-125.

⁵¹ Ibidem, p 125.

⁵² Ibidem, p. 125.

*la esfera de la educación, de la sanidade, de las relaciones laborales, etc”.*⁵³

Ainda segundo Sanchís⁵⁴, neste tipo de constitucionalismo, a constituição “*no limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo.*” Mas, a principal diferença reside no fato de que, como o grande vencedor da revolução francesa foi o “povo”, representado pelo parlamento, e o produto do parlamento por excelência é a lei, foi a essa a quem se atribuiu a supremacia, decorrente da soberania do parlamento. A Constituição funcionava como uma carta de intenções que orientava o legislador, mas inapta a vinculá-lo. Daí, pontua o autor que a Constituição nesse modelo não conseguiu firmar sua força normativa. Ou, ainda, como afirma Barroso, a Constituição era documento sem força normativa, cujas propostas teriam sua efetivação “condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”⁵⁵. Nesse ambiente, de uma Constituição sem normatividade em que a supremacia era da lei, desenvolveu-se do Estado de Direito ou Estado liberal.

Contudo, tanto o modelo de constitucionalismo norte-americano quanto o europeu vão sofrer alterações. Nos Estados Unidos, apesar de sua Constituição continuar tendo apenas os sete artigos originais, as várias emendas e, principalmente, o proativismo do *judicial review* promoveram uma revolução dos direitos fundamentais, transformando profundamente o constitucionalismo norte-americano. Na Europa, as Constituições rígidas do pós-guerra viriam trazer a normatividade que faltava àquelas cartas, iniciando um novo paradigma no constitucionalismo europeu, constitucionalismo esse que seria exportado para várias partes do mundo inclusive o Brasil.

Esse constitucionalismo se caracteriza por promover algumas alterações na clássica definição de “limitação do poder e supremacia da lei”. Primeiro, a supremacia agora é da Constituição, que passa a condicionar a legislação ordinária, logo, a atividade do Legislativo, quanto à forma e ao conteúdo. A segunda mudança diz respeito ao alargamento e substantivação desse conteúdo que passa agora a contar um amplo catálogo de direitos fundamentais a ser protegido por todos.

⁵³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In CARBONELL, Miguel (org.), op cit., p. 125.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 284.

Esses aspectos trazem à tona uma possível tensão entre constitucionalismo e democracia, visto que qualquer limitação à atividade do Legislativo costuma ser vista como uma limitação à vontade da maioria e, portanto, um ataque ao princípio democrático. Alexy⁵⁶ trata da tensão entre democracia e direitos fundamentais afirmando haver três formas de considerá-la: a primeira é a ingênua, que considera que tanto democracia quanto direitos fundamentais são coisas boas, sendo então impossível qualquer antinomia entre elas; a segunda é a idealista, que considera que, em uma sociedade bem ordenada, democracia harmoniza-se com direitos fundamentais, pois a salvaguarda dos direitos fundamentais constitui eficaz motivação política.

A terceira forma, que Alexy entende como a correta, é a concepção realista que considera, por um lado, os direitos fundamentais profundamente democráticos e, por outro, profundamente antidemocráticos. O aspecto profundamente antidemocrático dos direitos fundamentais deriva da desconfiança com relação ao processo democrático frente à necessidade de proteger os direitos das minorias frente à maioria. Dessa constatação, insinua-se a necessidade de que se adote uma forma de controlar os excessos da maioria, o que em última instância, significa controlar o conteúdo das leis.

Contudo, a ideia mais atualizada de democracia vai além da prerrogativa popular de eleger os representantes e das manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Nesse conceito mais atualizado, as decisões políticas são legitimadas por “um debate público amplo, realizado em contexto livre de circulação de ideias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais”⁵⁷. Ou seja, a preservação dos direitos fundamentais, aí se incluindo os direitos das minorias contra as majorias, passa a fazer parte do conceito de democracia, eliminando a contradição que poderia haver entre esta e o constitucionalismo.

A Constituição passa a ser vista como o documento jurídico mais adequado à proteção dos direitos fundamentais. No entanto, algumas mudanças deveriam ser feitas para que a Constituição, nos moldes europeus, se prestasse a vincular o conteúdo das leis. Faltava a supremacia normativa, presente no modelo americano.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado de derecho democrático*. In: CARBONELL, Miguel, op. cit., p. 38.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto, Op. cit., p. 113.

Foi assim que, nesse contexto de pós-guerra e de desconfiança com o majoritarismo, ganha força no direito europeu, a ideia de supremacia e normatividade da Constituição. Juntam-se, enfim, a tradição constitucionalista norte-americana de uma Constituição enxuta, que se resume em dizer por **quem** e **como** pode o poder ser exercido com a tradição europeia que, além do **quem** e **como**, diz respeito também ao **quê**, ou seja, ao conteúdo desse poder. A Constituição começa então a vincular a todos, inclusive o parlamento, do ponto de vista do conteúdo de suas normas e políticas, inaugurando um sistema em que não prevalece mais a supremacia do parlamento, mas a da Constituição.

A consequência que exsurge dessa concepção de Constituição rígida, balizadora do conteúdo das leis, e normativa é a mudança que se opera no sistema de controle de constitucionalidade então vigente no modelo europeu. Sob a influência do positivismo kelseniano, que reverenciava sobremaneira o legislador, o controle de constitucionalidade se circunscrevia a aspectos formais de produção das leis ou da organização dos poderes. Sob esse novo modelo, tanto atos do Executivo quanto do legislativo cujo conteúdo destoe das diretrizes políticas contidas nos princípios constitucionais podem ser excluído do ordenamento sob o rótulo de inconstitucionais.

No caso alemão, a própria Constituição de 1949 cria o Tribunal Constitucional a, quem cabe o controle judicial de constitucionalidade das leis e a “missão de fazer valer o compromisso dos direitos fundamentais e da garantia da dignidade da pessoa humana”⁵⁸. Na Itália, embora com algum atraso, se comparado ao caso alemão, a Corte Constitucional entrou em funcionamento em 1956, substituindo a Corte de Cassação até então responsável por fazer valer a Constituição, chamando para si a competência para controlar a constitucionalidade de qualquer lei em território italiano.

Firmam-se, dessa forma, as constituições rígidas do pós-guerra, que, além de serem “garantidoras”, por preverem os direitos fundamentais e “indicarem valores e fins públicos (normas constitucionais de princípio ou programáticas)”⁵⁹, detêm alto teor de normatividade.

⁵⁸ CAMPOS, Carlos A. A. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014, p. 100.

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto, op cit., p. 105.

Nesse quadro, a lei perde a centralidade no ordenamento e começa então a cristalizar-se mudança em que o Direito vê novamente alterado seu parâmetro de validade. Se, no modelo jusnaturalista pré-moderno, o elemento transcendental (justiça) conferia validade ao Direito e, no modelo positivista, tal legitimidade decorria da forma de produção das normas, agora a validade da lei deriva, além da forma, também da adequação de seu conteúdo à Carta de Valores. Ou seja, a validade da lei passa a depender de dois vetores: a adequação à forma e ao conteúdo, em um movimento de volta à justificação de teor jusnaturalista. Ferrajoli assim sintetiza essa mudança de paradigmas:

Si este primer cambio de paradigma del Derecho se produjo con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidade como norma de reconocimiento del derecho positivo existente, un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último médio siglo con la subordinación de la legalidade misma – garantizada por una específica jurisdicción de legitimidade – a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Lo que se ha traducido también en tres alteraciones del Estado legislativo de Derecho, en los mismos planos en los que se había verificado el precedente.⁶⁰

A essas alterações na forma de legitimação do Direito correspondem, como afirma Ferrajoli, alterações no Estado legislativo de Direito. Não é mais suficiente, para a caracterização como Estado de Direito, “uma ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais forem observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares”⁶¹. Tal concepção, apta a considerar Estado de direito mesmo ordenamentos estatais muito injustos, vem a ser substituída por um conceito de Estado em que todos, inclusive o parlamento, estejam submetidos a uma Constituição cujo conteúdo seja justo e democrático. Não se concebe, nesse novo paradigma, o que Elias Dias denominava absolutismo do legislativo. Deve ser incluso o conceito de democracia, não no sentido formal, mas no sentido material, ou seja, a ideia de governo para todos, incluindo as minorias, e, claro, o respeito aos direitos fundamentais⁶². Este, o que se denomina Estado Democrático de Direito.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In CARBONELL, Miguel, op cit., p. 18.

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 63.

⁶² BARROSO, Luis Roberto, op. cit., pp. 63-64.

5.2 Pós-positivismo

A certeza de que a humanidade poderia analisar o mundo, adquirir um conhecimento seguro e utilizá-lo para criar uma sociedade mais justa parece cada vez mais esvanecida⁶³. Os desenvolvimentos das sociedades modernas rumo a uma pós-modernidade não contribuíram para aumentar a fé no positivismo nem a convicção de que a aplicação do método e o distanciamento do cientista poderia mostrar o caminho para uma sociedade melhor. Ao contrário, as consequências nefastas do progresso, o uso da ciência e da tecnologia para dizimar pessoas, a destruição do meio ambiente, os abismos sociais levaram a uma clara desconfiança na capacidade de o ser humano encontrar a resposta certa pelo simples uso de métodos racionais.

No Direito, não foi diferente. Com o segundo pós-guerra, sobressaiu a percepção de que o divórcio entre o Direito e uma ordem de valores, promovido pelo juspositivismo, havia aberto uma brecha para a legitimação dos Estados totalitários daquele período bem como de sua legislação. Ou seja, ficou patente que a legitimação formal das normas, independente de sua adequação a um padrão de justiça ou moral, possibilitou a juridicidade do Estado e das normas nazistas⁶⁴.

O pós-positivismo é o modelo de explicação do Direito que toma corpo nesse contexto de desencanto. Sob a rubrica do pós-positivismo, albergam-se várias linhas de pensamento relativas ao Direito com características bem diversas, muito embora seja possível estabelecer alguns traços em comum.

Primeiro e talvez mais marcante aspecto é a aceitação de que “a ciência social não é uma questão de mera descrição; é profundamente interpretativa”,⁶⁵ ou seja, de que a interpretação é inevitável. Percebeu-se que a separação absoluta entre sujeito e objeto, pretendida pelo positivismo, que considerava a norma jurídica um fato da ordem do ser, passível de uma descrição acrítica e asséptica, não podia mais se sustentar, pois a “pré-compreensão do sujeito influi e ajuda a determinar o resultado de sua investigação”⁶⁶. Daí a constatação de que o “positivismo jurídico e o arcabouço teórico que ele construiu

⁶³ MORRISON, Wayne, op. cit., p. 17.

⁶⁴ RAMOS (2010) rejeita frontalmente esse argumento que ele denomina *reductio ad hitlerum*, que qualifica de retórico e emocional.

⁶⁵ MORRISON, Wayne, op. cit., p. 498.

⁶⁶ PIRES, Thiago Magalhães. *Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral*. In FELLET, André L. F.; PAULA, DANIEL, Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Editora juspodivm, 2011, p. 32.

são insuficientes para lidar com o Direito tal como ele se apresenta hoje”⁶⁷. Janaína Penalva da Silva, em sua dissertação de mestrado, afirma:

um modelo baseado em regras que entende que o direito é uma mera questão de se saber o que as instituições jurídicas decidiram no passado [ou o que as instituições políticas instituíram no passado] em uma recuperação simplista e conservadora da função do direito não atende o que se espera da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito.⁶⁸

Por outro lado, afirma Pires que a ascensão dos princípios, normas abertas, de conteúdo preponderantemente finalístico, alterou o papel juspositivista do juiz como a *boca que pronuncia as palavras da lei*, e expôs as insuficiências do método subsuntivo, enquanto método de decisão. De fato, a aplicação direta de princípios abertos e finalísticos demandou a adoção de métodos mais adequados a essas características:

Ademais, sedimentados os princípios da unidade e da efetividade da Constituição, tornou-se imperiosa atribuição de eficácia normativa aos princípios constitucionais que, quase sempre inadequados à subsunção, e dotados de uma especial dimensão de peso, demandam o emprego da ponderação.⁶⁹

Outro aspecto, intimamente relacionado com aquele primeiro, é que a maioria das linhas teóricas do Direito passou, de uma forma ou de outra, a preconizar uma necessária reaproximação entre direito e moral. Conforme afirma Pires, o debate em torno da legitimação do Direito voltou à tona, trazendo consigo a associação entre Direito e moral e “sepultando a separação entre descrição e prescrição na Ciência jurídica, além de reabilitar a noção de razão prática”⁷⁰ (possibilidade de discussão racional sobre questões relativas ao nosso agir e à justificação de normas).

As Constituições se transformaram em repositórios de valores substantivos internalizados por princípios, dotados de normatividade, que veiculam comandos acerca dos mais diversos temas, como direitos fundamentais, direitos sociais, economia, relações trabalhistas, família etc. Muitos desses comandos, por sua força normativa, se conformaram como “potentes mecanismos de proteção dos direitos fundamentais

⁶⁷ Ibidem, p. 31.

⁶⁸ SILVA, Janaína Lima da. *O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da Lei nº 10216/01 à luz do princípio da Integridade do Direito* (dissertação de mestrado). UnB, Brasília: 2007, p. 107-108.

⁶⁹ PIRES, Thiago Magalhães. *Pós-positivismo sem trauma: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral*. In FELLET, André L. F.; PAULA, DANIEL, Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.), op. cit., p. 32.

⁷⁰ Ibidem, pp. 32-33.

mesmo em face do legislador”⁷¹. Isso, porque, passaram a servir de critério de validade do Direito posto, caracterizando, então, aquele fenômeno descrito por Ferrajoli⁷² que o critério de validade das leis deixa de ser apenas o formalismo positivista, ou seja, a autoridade e o processo que as emitiu, mas passa também a ser a adequação de seu conteúdo aos valores insculpidos nos princípios constitucionais.

A distinção entre regras e princípios é característica das mais importantes do Direito e a não intersecção entre estes dois conceitos é bem estabelecida por Alexy: “toda norma é ou bem uma regra ou um princípio”⁷³. Ensina Rodrigues sobre a distinção adotada por Alexy, distinção esta que parece ser a preferida dos tribunais brasileiros:

Alexy promove uma leitura dessa dicotomia como sendo inerente à estrutura das normas jurídicas, mantendo as regras como normas precedentes aos princípios na tarefa de aplicação, bem como as noções de lacuna e discricionariedade típicas da concepção positivista das normas.⁷⁴

As regras são enunciados fechados, com baixo grau de generalidade, do tipo tudo ou nada, em que, havendo colisão entre elas, uma necessariamente vai extinguir-se. Já os princípios são conceitos de maior amplitude e flexibilidade, tendo importância diferenciada dentro do sistema, pois, conforme informa Morrison,⁷⁵ “têm uma dimensão de ponderação, de modo que podem ser mais ou menos influentes em qualquer caso dado”, permitindo que sejam sopesados em caso de colisão. Ou seja, um princípio pode ser até mesmo afastado em determinado caso, sem que, com isso, se declare sua extinção.

Barroso⁷⁶ explicita o critério de distinção entre princípios e regras, que para ele podem ser resumidos a três: o conteúdo, a estrutura normativa e o modo de aplicação. Do ponto de vista do conteúdo, os princípios identificam

⁷¹ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In FELLET, André L. F.; PAULA, DANIEL, Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.), op. cit., p. 77.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In CARBONELL, Miguel, op. cit., p. 18.

⁷³ VALE, André Rufino do. *O uso argumentativo da distinção entre regras e princípios pelos tribunais constitucionais ibero-americanos*. In FELLET, André L. F.; PAULA, DANIEL, Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.), op. cit., p. 148.

⁷⁴ RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A afirmação da justiça como tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno* (dissertação de mestrado). UnB, Brasília: 2008, p. 11.

⁷⁵ MORRISON, Wayne, op. cit., p. 511.

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto, op. Cit., p. 228.

normas que expressam *decisões políticas fundamentais* – República, Estado democrático de direito, Federação –, *valores* a serem observados em razão de sua dimensão ética – dignidade humana, segurança jurídica, razoabilidade – ou *fins públicos* a serem realizados – desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego. Como consequência de tais conteúdos, os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a interesses coletivos⁷⁷.

Enquanto as regras são enunciados objetivos que “não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização destes”⁷⁸.

Quanto à estrutura normativa, “princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados”⁷⁹. Ou seja, os princípios são enunciados abertos em que restam indeterminados pontos a serem completados pelos intérpretes. Os princípios, assim, têm um caráter mais diretivo ou programático, informando todo o sistema e direcionando a aplicação correta das normas. As regras, ao contrário, descrevem minuciosamente os comportamentos, deixando pouco espaço para serem completados pelos intérpretes. Quanto ao modo de aplicação o autor adota a diferença já referida acima: as regras operam na base do tudo ou nada enquanto os princípios admitem ponderação.

Dworkin introduz uma teoria particular para lidar com o desencanto decorrente da percepção de que o mundo não tem um sentido objetivo e que cabe ao humano a criação de uma objetividade para o mundo⁸⁰. O constructo teórico de Dworkin inicia-se com uma crítica ao positivismo de Hart. Para Dworkin, o modelo de regras de Hart é insuficiente para explicar o Direito. Isso porque as regras são insuficientes para lidar com os casos difíceis. Quando se esgotam as possibilidades regulatórias das regras, o intérprete entra em uma zona obscura e periférica, não coberta pelo Direito, de pura discricionariedade. Ou seja, nesse contexto, o juiz não pode criar nada que seja Direito. “Para o positivista jurídico, a mudança jurídica – quer na legislação, quer no *common law* – é um processo político”⁸¹.

Para Dworkin, a solução para superar o desencanto está na compreensão do papel da interpretação como o de revelar um propósito comum latente nas atividades dos participantes da comunidade, comunhão essa que a torna uma verdadeira comunidade.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Ibidem, p. 229.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ MORRISON, Wayne, op. cit., p. 499.

⁸¹ Ibidem, p. 505.

Essa convergência de propósitos, que é constituidora da comunidade, implica que os integrantes “tenham certos compromissos em relação a suas responsabilidades mútuas”.⁸² As práticas humanas, para Dworkin, “são estruturas intencionais que exprimem as ideias dos participantes e consistem em muitas pessoas tentando concretizar diferentes projetos”.⁸³

O Império do Direito é o ambiente onde essas práticas se replicam. O Direito é uma estrutura organizada de acordo com categorias gerais, como propriedade, família, contrato e se constitui em narrativa das práticas dos indivíduos dentro da comunidade. Essa estrutura é dotada de uma coerência que vai além do ponto onde as regras jurídicas podem ir. O que dá sustentação e coerência a essa estrutura são os direitos e os princípios⁸⁴.

Importante aqui apontar a distinção em Dworkin entre políticas e princípios: "princípios são proposições que descrevem direitos; políticas são proposições que descrevem objetivos."⁸⁵ Vê-se aqui que os princípios no contexto do positivismo se aproximam muito do conceito de política de Dworkin, pois lhes faltam o caráter de obrigatoriedade. Já princípio, em Dworkin, é vinculante:

Chamo de "princípio" um padrão que deve ser observado não porque vai fomentar ou assegurar uma situação econômica, política ou social que se considera desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou de alguma outra dimensão da moralidade.⁸⁶

Para manter a coerência do edifício do Direito, o intérprete deve utilizar-se dos princípios para proteger os direitos:

Em contraste com o positivismo clássico, Dworkin faz a afirmação geral de que, dentro da prática jurídica, a proteção dos *direitos* com base em princípios é mais fundamental que as considerações políticas ou uma adesão literal a regras aparentemente óbvias. As regras e os princípios jurídicos exprimem e protegem direitos na ordem jurídica, permitindo desse modo que os indivíduos desfrutem de um espaço social seguro e que as minorias não sejam joguetes de cálculos utilitaristas⁸⁷.

Dworkin afirma que sua teoria é uma proposta de substituição do positivismo por uma teoria interpretativa e se concentra na natureza da argumentação jurídica para

⁸² MORRISON, Wayne, op. cit., p. 505.

⁸³ Ibidem, p. 502.

⁸⁴ Ibidem, p. 12.

⁸⁵ DWORKIN, 2007(a), p. 22

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ MORRISON, Wayne, op. Cit., p. 510.

afirmar a possibilidade de se encontrar a resposta certa para os casos difíceis.⁸⁸ A atividade interpretativa, dentro de uma comunidade de princípios, consiste em encontrar a “verdadeira lei”, a lei que vai além da lei composta de palavras impressas no papel. Isso se dá por meio do uso não só das regras mas também dos princípios. O que garante que existe uma coerência a ser encontrada pela interpretação da qual pode extrair-se a solução correta é a ideia de integridade.

Leciona a Professora Janaína Penalva da Silva que "a integridade como ideal político significa que o Direito está fundado em princípios e que será formado, alterado e interpretado de uma maneira global e coerente."⁸⁹ Esses princípios recepcionam o conteúdo moral que, fora do Direito, é fraco por não impor comportamentos vinculantes, obrigatórios. A coerência então se dá em torno destes princípios de conteúdo moral levados à Constituição. A integridade do direito, na verdade, não deixa espaços de discricionariedade para o juiz. Sua decisão está vinculada por este conteúdo principiológico. Nesse sentido, afirma o Professor Rodrigues:

Dworkin defende que a postura a ser adotada pelo aplicador do direito deve ser a de buscar a única resposta correta no ordenamento jurídico em sua integridade, diante das especificidades de cada caso concreto, compreendendo os princípios jurídicos como normas deontológicas que estabelecem direitos e deveres que preexistem ao momento da decisão, não estando, portanto, sujeitos à discricionariedade do aplicador, muito menos a uma escolha entre valores concorrentes que implique no sacrifício de direitos, que não se confundem com interesses.⁹⁰

Assim, a concepção de Dworkin contraria os pressupostos do positivismo, pois propõe uma dimensão interpretativa que não se volta para o passado ou para a literalidade da lei para apreender o sentido de regras explícitas, mas busca na integridade da comunidade de princípios, a resposta correta. Tampouco Dworkin se filia à técnica ponderativa de Alexy, pois aqui não há sacrifício de direitos conforme seu grau de relevância⁹¹, mas construção do sentido concreto a partir das normas principiológicas abstratas, com vistas à proteção dos valores jurídicos fundamentais do sistema.

⁸⁸ Ibidem, p. 512.

⁸⁹ SILVA, Janaína Penalva da, op. Cit., p. 91.

⁹⁰ RODRIGUES, Guilherme Scotti, op. Cit., p. 11.

⁹¹ Ibidem, p. 11.

6. NEOCONSTITUCIONALISMO

O termo foi cunhado nas doutrinas jurídicas espanhola e italiana e tem sido muito usado entre os juristas brasileiros e não designa um modelo teórico com limites bem definidos. Para Sanchís⁹² é necessário cautela ao abordar o tema, pois “não existe uma corrente unitária de pensamento, mas apenas uma série de coincidências e tendências comuns que apontam para a formação de uma *nova cultura jurídica*”. No entanto, o que é certo é sua contextualização no marco teórico do pós-positivismo, já que enfatiza:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁹³

O que cremos ser possível afirmar é que o neoconstitucionalismo, ao menos em *terrae brasilis*, parece ser uma linha do pós-positivismo que aderiu de maneira integral aos estilos mais abertos de raciocínio jurídico, principalmente, por adotar, sem restrições, a técnica da ponderação. Esse consenso em torno do uso da ponderação pode ser inferido quando se observa que os principais autores neoconstitucionalistas brasileiros a defendem. Assim, é com Eduardo Ribeiro Moreira⁹⁴, Luis Roberto Barroso⁹⁵, Antônio Cavalcanti Maia⁹⁶ e Daniel Sarmento⁹⁷, só para citar alguns. Portanto, neste trabalho, consideraremos o neoconstitucionalismo, um ramo do constitucionalismo pós-positivista que endossa pacificamente o uso da ponderação como técnica de jurisdição.

⁹² apud FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam, op. cit., p. 97.

⁹³ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André L. F.; PAULA, DANIEL, Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.), op. cit., p. 73.

⁹⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2009.

⁹⁵ BARROSO, Roberto Luis, op. cit., p.

⁹⁶ Maia, Antônio Cavalcanti. *Nos vinte anos da Carta Cidadã: do pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Claudio; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In SOUZA NETO, Claudio; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

A adoção da distinção, baseada na obra de Alexy, entre princípios e regras e o uso da ponderação como técnica decisionista atrai a atenção para a dimensão interpretativa no âmbito do neoconstitucionalismo. Para grande parte dos autores neoconstitucionalistas, as particularidades das normas constitucionais demandaram a criação de um arcabouço interpretativo específico para a Constituição. Segundo Barroso⁹⁸, “intuitivamente, tais especificidades quanto à posição hierárquica, à linguagem, às matérias tratadas e ao alcance político fazem com que a interpretação constitucional extrapole os limites da argumentação puramente jurídica”. Assim, ao lado das regras da hermenêutica clássica, como, interpretação gramatical, semântica, sistemática, teleológica e dos princípios instrumentais da interpretação constitucionais usados para interpretar e aplicar a Carta Magna, figuram “algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição”⁹⁹.

Em suma, nas palavras de Barroso¹⁰⁰, essa nova hermenêutica constitucional parte dos pressupostos de que a norma jurídica é “apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido”; de que o problema jurídico a ser solucionado “deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito”; e de que “o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

Barroso¹⁰¹ afirma que, para lidar com essa nova compreensão da atividade jurisdicional, foram reavivadas ou aprofundadas categorias específicas de trabalho que incluem [a] a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados (cláusulas gerais), [b] a normatividade dos princípios, [c] as colisões de normas constitucionais, [d] a ponderação e [e] a argumentação.

Segundo o mencionado autor, os conceitos jurídicos indeterminados presentes na Constituição, ou as cláusulas gerais, consistem em

⁹⁸ BARROSO, Roberto Luis, op. cit., p. 295.

⁹⁹ Ibidem, p. 330.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 31-33.

¹⁰¹ Ibidem, p. 333.

manifestação de uma técnica legislativa que utiliza de expressões de textura aberta, dotada de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.¹⁰²

Nessa perspectiva, a técnica de legislar por cláusulas gerais, gênero do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios, não é novidade do Direito contemporâneo, mas se tornou mais comum ao longo do séc. XX. O autor arrola alguns exemplos presentes na Constituição brasileira de 1988: pluralismo político, interesse público, interesse social, relevância e urgência, dentre outras. Barroso enfatiza o papel do intérprete em atribuir, à luz da realidade, sentido à cláusula, caso em que lhe é delegada parte da competência de formulação da norma, e pontua: “Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva”¹⁰³.

Quanto à normatividade dos princípios, Barroso afirma que os mesmos “viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico”¹⁰⁴. O autor apresenta três modalidades de eficácia para os princípios: eficácia direta, eficácia interpretativa e eficácia negativa.

Na eficácia direta, positiva ou simétrica o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, ou seja, “o princípio opera no sentido de reger a situação da vida sobre a qual incide, servindo como fundamento para a tutela do bem jurídico abrigado em seu relato”¹⁰⁵. A eficácia interpretativa faz com que os princípios funcionem como “vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa”¹⁰⁶. Aplica-se ao caso em que há duas ou mais soluções plausíveis, orientando o intérprete “a prestigiar a que mais realize o princípio federativo, ou a que melhor promova a igualdade, ou a que resguarde mais intensamente a liberdade de expressão”¹⁰⁷. Finalmente, a eficácia negativa implica a paralização da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão.

¹⁰² BARROSO, Roberto Luis, op. cit., p. 334

¹⁰³ idem

¹⁰⁴ Ibidem, p. 341.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 343.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem.

Conforme Barroso, as colisões de normas constitucionais que podem se dar entre princípios, entre direitos fundamentais ou entre estes e outros valores ou interesses constitucionais, são tipos de antinomias que não podem ser solucionadas pelos critérios tradicionais de solução de conflito de normas, pois “tais antinomias não se colocam quer no plano da validade quer no da vigência das proposições normativas”¹⁰⁸. Afirma Barroso que, como não existe hierarquia entre tais normas, a precedência relativa de uma sobre a outra deve ser determinada “à luz do caso concreto”. A colisão entre normas constitucionais deriva “do pluralismo, da diversidade de valores e interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição”¹⁰⁹. Sumarizando, Barroso aponta as características do conflito de normas constitucionais:

- (i) A insuficiência dos critérios tradicionais de soluções de conflitos para resolvê-los, (ii) A inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia, (iii) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado.¹¹⁰

A ponderação é a técnica neoconstitucional por excelência utilizada na solução dos casos difíceis, em que mais de uma norma constitucional são aplicáveis, situação em que, como veremos, o método subsuntivo se mostra inadequado. Em decorrência do princípio da unidade da Constituição, não há hierarquia entre suas normas, daí que, incidindo duas ou mais normas constitucionais no mesmo caso, o método subsuntivo torna-se insuficiente, pois consiste em eleger uma única premissa maior – norma – para incidir na premissa menor – os fatos.

O método ponderativo é descrito por Barroso¹¹¹ como um processo que envolve três etapas: na primeira, o intérprete deve identificar as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas, configurando-se aí o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Barroso adverte ainda para o fato de que a norma não se confunde com o dispositivo legal, sendo comum uma norma defluir da conjugação de vários dispositivos e também ocorrer o contrário, ou seja, um dispositivo abrigar mais de uma norma.

Na segunda etapa, o intérprete examina os fatos, as circunstâncias concretas do fato e sua interação com os elementos normativos, como em qualquer processo

¹⁰⁸ BARROSO, Roberto Luis, op. cit., pp. 352-353.

¹⁰⁹ Ibidem, p.353

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Ibidem, p. 358.

interpretativo. Na terceira fase, Barroso afirma “a ponderação irá se singularizar, em oposição à subsunção”¹¹². Nessa fase, explica o autor que o grupo de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados conjuntamente com a finalidade de que sejam apurados os pesos atribuídos aos elementos em disputa e qual o conjunto de normas será preponderante no caso, bem como, a intensidade e o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Barroso ainda afirma que “todo esse processo intelectual tem com fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*”.¹¹³

Por fim, trataremos do último elemento arrolado por Barroso como sendo categoria jurídica específica da nova hermenêutica constitucional: a argumentação jurídica. A argumentação jurídica é um caso particular da teoria da argumentação, que tem como pressupostos as regras do discurso racional: “as orações devem decorrer logicamente das premissas, não se admite o uso da força ou da coação psicológica, deve-se observar o princípio da não contradição, o debate deve estar aberto a todos, dentre outras”¹¹⁴. O autor cita ainda regras exclusivas da argumentação jurídica, como a preferência para os elementos normativos do sistema, o respeito às possibilidades semânticas dos textos legais, a deferência para com as deliberações majoritárias válidas e a observância dos precedentes, dentre outras.

O aumento da importância da argumentação jurídica no direito hoje se associa, por um lado, à ascendência do papel do juiz na produção das leis, e por outro, à decadência da ideia de que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Desse modo, o juiz ao analisar um caso difícil deve construir a solução a partir de elemento que podem não estar integralmente contidos nos enunciados normativos aplicáveis. Segundo Barroso, “valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão. Este é o ambiente da argumentação jurídica”.¹¹⁵

¹¹² BARROSO, Roberto Luis, op. cit., p.359.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Ibidem 365.

¹¹⁵ Ibidem, p. 363.

7. ANÁLISE DE CASO: a constitucionalidade da Resolução nº 07 de 18 de outubro de 2005 CNJ

Analisaremos, nesta parte do trabalho, o julgamento da ADC nº 12 de 2009 (anexo 1) que discutiu a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005 da CNJ, que veda a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, a fim de exemplificar como o STF vem realizando uma interpretação constitucional que adere claramente ao pós-positivismo, às vezes rotulado de ativista ou neoconstitucionalista, quando aceita e pratica a aplicação direta dos princípios constitucionais.

Analisaremos este caso com vistas a um conceito de pós-positivismo que se caracteriza, de forma simplificada e resumida, por:

- (i) Aceitar a conexão entre Direito e moral;
- (ii) Considerar a distinção forte entre regras e princípios;
- (iii) Aceitar e defender uma postura ativista do Poder Judiciário.

No entanto, antes de efetivamente do caso, fazem-se necessárias algumas linhas sobre o CNJ. O Poder Judiciário, no Brasil, tem uma história que, a despeito da previsão de sua independência formal que remonta ao Brasil-colônia, foi marcada pela imposição de mordças e mecanismos de controle de suas práticas¹¹⁶, do que podemos dar como exemplos o famigerado Poder Moderador exercido pelo monarca no Brasil-império ou as interferências sofridas pelo Judiciário nos períodos das ditaduras.

A Constituição de 1988 veio mudar essa realidade ao trazer um rol de garantias e prerrogativas à magistratura a fim de garantir a independência dos juízes. No entanto, segundo GUERRA (2010), tais garantias e prerrogativas, se por um lado revelam a centralidade que o Poder Judiciário passou a ostentar no definitivo ciclo democrático que se estava a construir, por outro tiveram um efeito colateral:

a preponderância das garantias da magistratura ensejaram, ao revés, talvez pela ausência absoluta de fiscalização, distorções que comprometeram demasiadamente a imagem e credibilidade do sistema judicial.¹¹⁷

Dessa forma, um quadro de problemas se instaurou e só se agravou no sistema judiciário brasileiro. A propalada morosidade dos tribunais e a falta de controle de

¹¹⁶ GUERRA, Gustavo Rabay. *Independência e Integridade: O Conselho Nacional de Justiça e a Nova Condição da política judicial* (tese de doutorado). Universidade de Brasília, 2010, p. 105.

¹¹⁷ Idem.

alguns órgãos, que se traduziram em rumorosos casos de corrupção, refletiu-se em crise de eficiência e legitimidade, desgastando imensamente a reputação da magistratura brasileira na virada para o século XXI.¹¹⁸ Essa situação reforçou o discurso da necessidade de se engendrar um sistema judicial de mecanismos de controle.

A criação do CNJ veio no bojo da reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional 45, que tramitou treze anos no Congresso Nacional e introduziu um amplo universo de mudanças, “a par de caracterizar uma verdadeira reforma do Estado”¹¹⁹. Celeridade judicial, proteção integral dos direitos fundamentais, descentralização de tribunais, ampliação das seções judiciárias, dentre outros, foram aspectos das mudanças introduzidas pela EC 45. GUERRA afirma sobre a criação do CNJ:

A criação do CNJ não se fez sem amplos debates e com forte reação da magistratura brasileira que o via como um órgão de controle externo. Em 2004, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) travou intensa luta contra o modelo em que o Conselho era costurado na proposta de emenda de Reforma do Judiciário. À época, a AMB enviou aos senadores propostas para que fossem incorporadas a PECRJ, em que externava demasiada preocupação com relação à presença de membros estranhos ao Poder Judiciário na Composição do CNJ.¹²⁰

O ponto mais controverso nos dispositivos que criaram o CNJ foi a presença de dois membros externos à magistratura, indicados pelo Congresso, que levantou questionamentos com relação a uma possível violação do princípio da separação dos poderes. A AMB propôs a ADI 3367-DF, pedindo a suspensão da criação do CNJ, argumentando que a presença no Conselho de membros externos à magistratura violaria o princípio da separação dos poderes e que a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar exercida pelo CNJ, órgão da União Federal, nos tribunais estaduais, ofendia o princípio federativo, restando assim prejudicadas duas Cláusulas Pétreas, o que bastaria para tornar inconstitucional a Emenda. A ação foi julgada improcedente por maioria apertada, com um voto de diferença dado pelo presidente do tribunal.

Assim o CNJ passou a fazer parte do Poder Judiciário brasileiro, e como parte daquele Poder, não pode ser considerado um controle externo, isso o que ficou

¹¹⁸ GUERRA, Gustavo Rabay. *Independência e Integridade: O Conselho Nacional de Justiça e a Nova Condição da política judicial* (tese de doutorado). Universidade de Brasília, 2010, p. 118.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 106.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 111.

assentado no julgamento da ADI 3367-DF e é ventilado pela doutrina. Contudo representa o CNJ uma instância de controle de todo o Poder Judiciário, só não estando submetido a ele o próprio CNJ e o STF. Sobre esse tema, leciona Barroso:

Naturalmente para resguardar a harmonia com outros Poderes, o Judiciário está sujeito a *checks and balances* e, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao controle administrativo, financeiro e disciplinar do Conselho Nacional de Justiça. Em uma democracia, todo poder é representativo, o que significa que deve ser transparente e prestar contas a sociedade. Nenhum poder pode estar fora do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas.¹²¹

Dentre as competências do CNJ, afirma, “o poder normativo do CNJ é um dos pontos de ataque mais comuns por estudiosos e profissionais da área jurídica”¹²². Quando do julgamento da constitucionalidade da Emenda Constitucional que criou o CNJ, o Judiciário assentou a competência para estabelecer resoluções vinculantes, “em que se pese esses ‘atos regulamentares’ em conformidade com a linguagem constitucional encontrarem limites imanentes a todo e qualquer ato normativo *in concreto*”¹²³.

O exercício pela Administração Pública do poder regulamentar típico é entendido, via de regra, como exercício de uma função normativa de natureza derivada, ou seja, somente é exercido à luz de lei preexistente. As leis, por outro lado, são atos de natureza originária, emanando diretamente da Constituição. Segundo Carvalho Filho:

Poder Regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação.¹²⁴

Uma parte da doutrina que se debruçou sobre o poder normativo do CNJ defende *que* este seria secundário, de cunho meramente regulamentar. É o que entende Rulli Neto¹²⁵, quando afirma que os atos normativos do CNJ derivam da legislação e não

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLET, André L. F.; PAULA, DANIEL, Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.), op. cit., p. 225.

¹²² GUERRA, Gustavo Rabay, op. cit., p. 120.

¹²³ Idem.

¹²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 52.

¹²⁵ RULLI NETO, Antônio. *Controle externo do Poder Judiciário no Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007 [tese de doutoramento], p. 232.

podem, em nenhuma hipótese, fixar conteúdo inovador à ordem jurídica. Nesse sentido, também, Ramos¹²⁶ ao comentar sobre a Resolução 7/05, afirma ser aquela ato fundado no poder normativo secundário (semelhante ao poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo). Crítica mais severa e direta foi apresentada por Lênio Streck, que ao contrário do que foi assentado no julgamento da ADI 3367-DF, considera o CNJ um órgão de controle externo:

Se a atuação dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público está regulada em leis específicas (LOMAN, LOMINs estadual e federal, postas no sistema em estrita obediência a Constituição), parece, de pronto, inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado os Conselhos em órgãos com poder equiparados aos do legislador. Ou seja, a menção ao poder de expedir “atos regulamentares” tem o objetivo específico de controle externo, a partir de situações concretas que surjam no exercício das atividades de judicatura e de Ministério Público. Aliás, não se pode esquecer que é exatamente o controle externo que se constituiu na *ratio essendi* da criação de ambos os Conselhos.¹²⁷

No entanto, há uma parte da doutrina que considera o ato administrativo do CNJ como sendo de natureza primária. É o que afirma Carvalho Filho¹²⁸,

A despeito dos termos da expressão (“atos regulamentares”), tais atos não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar; como terão por escopo regulamentar a própria Constituição, serão eles autônomos e de natureza primária, situando-se no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierarquia normativa.

Assente-se que foi na votação da ADC nº 12 que a questão foi enfrentada pelo STF, como veremos.

Como foi dito, a ADC nº 12 foi ação impetrada em favor da Resolução nº 07/05 do CNJ, que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de Magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências”, conforme se lê em sua ementa, “para o fim de declarar, em caráter definitivo, a constitucionalidade da Resolução em questão com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes”¹²⁹. Ainda, pediu-se, em caráter cautelar, a suspensão de

¹²⁶ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 258.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; e CLÉVE, Clemerson Merlin. *Os limites constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, V. 12, 2005. p. 19.

¹²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., 53.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 4, dezembro

juízos dos processos que envolvam a aplicação da Resolução até o julgamento definitivo da ADC, bem como a suspensão, com eficácia *ex tunc*, dos efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação da Resolução.

A Resolução 7/05 foi recebida no ordenamento jurídico pátrio sob muita suspeição. De fato, Luís Roberto Barroso, que foi o advogado eleito pela impetrante para defender a causa, pontua na Inicial:

11. No caso da Resolução aqui discutida – e interessantemente – além da existência de controvérsia judicial relevante, outros elementos têm contribuído para quebrar sua presunção de constitucionalidade e esvaziar sua eficácia inteiramente. Com efeito, já que a execução da Resolução está a cargo dos tribunais, em alguns casos a absoluta omissão em dar-lhe qualquer cumprimento é também responsável por compor o quadro que não só justifica como exige as providências solicitadas na presente ADC.

12. Com efeito, alguns Tribunais têm aplicado a Resolução com rigor, ao passo que outros já têm declarado que não pretendem aplicá-la. Mandados de segurança têm sido impetrados pelo país afora contra a aplicação da Resolução e, de acordo com a informação que foi possível obter, há liminares afastando sua aplicação no Rio de Janeiro, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul. A imprensa se tem ocupado do assunto, como se sabe, e ainda esta semana, na edição de 30/01/2005, o *Jornal do Commercio* publicou amplo levantamento sobre o tema, em matéria intitulada “Liminares amparam nepotismo”. Esse egrégio STF já recebeu duas ações diretas de inconstitucionalidade pretendendo ver declarada a invalidade da resolução, a primeira (a ADIn nº 3627, Rel. Min. Peluso) não foi conhecida, e a segunda – ADIn 3632 – encontra-se pendente de apreciação. Aguardam julgamento por esta Eg. Corte, igualmente, vários mandados de segurança nos quais a mesma questão é discutida.¹³⁰

A Resolução foi alvo de várias ações judiciais visando suspender sua aplicação e de duas ADIs em que se questionava sua constitucionalidade. A decisão unânime a favor da constitucionalidade da Resolução na ADC nº 12 de 2009, segundo Guerra, reafirmou vários aspectos que já tinham sido objeto da ADI 3367-DF, cuja decisão passou ao largo da unanimidade, e “deu vida e voz ao novo órgão de controle do Judiciário, que contava com pouco mais de seis meses de existência, ao tempo do julgamento do STF.”¹³¹

Barroso assim sintetizou os argumentos que se levantaram contra a legitimidade da Resolução:

2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 01/10/2014, p. 23.

¹³⁰ Ibidem, pp. 5-6.

¹³¹ GUERRA, Gustavo Rabay, op. cit., p. 125.

Em primeiro lugar, questiona-se a competência do CNJ para, por meio de ato próprio, proibir as práticas de nepotismo descritas na resolução nº 7/05. Para alguns, apenas lei formal – isto é: ato editado pelo Poder Legislativo – poderia tratar da matéria. Há quem sustente, à vista da existência de Proposta de Emenda Constitucional tratando explicitamente do tema (PEC nº 334/1996, de autoria do deputado Aldo Arantes e outros), que apenas emenda constitucional poderia dispor sobre o assunto. Paralelamente a essa impugnação geral, argumenta-se que a Resolução estaria legislando sobre direito civil. Isso porque o Código Civil descreve como parente por afinidade, além dos ascendentes e descendentes do cônjuge, apenas seus irmãos (art. 1595, § 1º), ao passo que a resolução faz referência a “parente colateral de 3º grau”. **Em segundo lugar**, afirma-se que a Resolução 7/05 afrontaria a separação de poderes, já que produziria a subordinação do Poder Judiciário a um outro poder – o CNJ – violando com isso a autonomia dos tribunais. **Em terceiro lugar**, alega-se que a resolução violaria a Federação, e isso por duas razões: (i) ela invadiria a competência dos Estados-membros de disporem sobre a organização e estruturação de sua Administração Pública; e (ii) ela produziria a subordinação hierárquica dos tribunais estaduais ao CNJ, órgão não estadual. Por fim, **e em quarto lugar**, alega-se que a Resolução restringiria direitos de servidores públicos e de terceiros, titulares de contratos, em particular criando nova modalidade de rescisão contratual em favor do Poder Público, não contida nos contratos já celebrados com a Administração.¹³²

As terceira e quarta alegações, de afronta aos princípios da separação dos poderes e federativo, basicamente, repetiram os argumentos apresentados na ADI 3367-DF, e se baseariam em uma possível subordinação do Poder Judiciário a outros poderes, no que restaria fragilizada a separação dos poderes, bem como de um ente federativo a outro ente federativo, periclitando, dessa forma, o princípio federativo. Os ministros afastaram, de pronto, as ameaças aos dois princípios convergindo que:

O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que 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; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele.¹³³

A primeira alegação, no entanto, demandou mais tinta das canetas dos ministros e refere-se à legitimidade da competência do CNJ para, por meio de ato próprio, emitir ato proibindo o nepotismo, ou seja, sem intervenção legislativa, aumentar as hipóteses de restrições ao acesso a cargos públicos.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 4, dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006.

Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 01/10/2014, p. 8.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF*. Relator: BRITO, Carlos. Publicado no DJ de 18/12/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>, acessado em 15/08/14, fl. 3.

O fato é que o acesso aos cargos e funções públicas, conforme a CF/88, é feito, de regra, por meio de concurso público. Em via de exceção, a própria Constituição prevê, entre outros, a nomeação para cargo em comissão declarado por lei como de livre nomeação e exoneração. Assim prescreve o art. 37, II e V da CF/88:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Verificamos aí a possibilidade de a Administração nomear para o exercício de funções de confiança, nesse caso, escolhendo dentre servidores ocupantes de cargos efetivos, bem como preencher cargos em comissão, observando um percentual mínimo destes cargos a serem preenchidos por servidores de carreira. Com relação ao provimento em cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, as normas-regras da Constituição estabelecem dois critérios: que o cargo tenha obrigatoriamente atribuições de direção, chefia e assessoramento e que o nomeado seja de confiança do nomeante, critério este subjetivo. Outros critérios e condições, inclusive os percentuais mínimos a serem preenchidos por servidores de carreira, a Constituição reserva à lei.

No entanto, a consideração de que estas são as únicas normas constitucionais a serem aplicadas ao caso reflete uma visão assaz positivista do Direito, pois leva em conta apenas as normas-regras constitucionais citadas, desconsiderando a presença das normas-princípios, como os da moralidade e impessoalidade, previstas no art. 37 da Constituição, ou o da juridicidade que, embora não positivado, permeia toda a Constituição.

Teria a Resolução do CNJ, de fato, incluído nova condição? Será que a exigência de que o servidores indicados para os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração não possam ser “cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados”, já não constavam da Constituição?.

Vejam como o STF enfrentou a questão da necessidade ou não de lei no caso em tela. Antes de aprofundarmos a questão, cumpre observar que se trata de um *hard case*, ou caso difícil. Afinal, temos um caso concreto, uma norma a ser considerada constitucional ou inconstitucional, e mais de uma norma aplicáveis: os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e antijuridicidade e as regras constitucionais que regulam expressamente o provimento de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.

Iniciaremos com a argumentação do advogado, que foi, praticamente, a mesma adotada pelos ministros. Barroso, um dos principais expoentes da teoria neoconstitucionalista em *terrae brasilis*, baseia sua defesa da constitucionalidade do ato normativo do CNJ principalmente na distinção entre princípios e regras e na sua forma de aplicação.

Afirma o advogado que, “afora sutilezas teóricas, as normas-princípios são aquelas que indicam fins a serem alcançados, ou valores a serem preservados, enquanto as regras limitam-se a descrever condutas determinadas”¹³⁴. O Professor ainda faz a distinção entre *núcleo* e *área não nuclear* dos princípios, afirmando que o núcleo se refere “ao conjunto de efeitos determinados que decorrem logicamente do princípio” e que esse núcleo “tem a mesma estrutura das regras e funciona como elas”. Já a área não nuclear se refere a “um espaço dentro do qual as maiorias políticas poderão legitimamente fazer suas escolhas.”¹³⁵

A partir daí, Barroso recapitula o significado dos princípios da moralidade e da impessoalidade, insculpidos na Constituição, relacionando-os com o dever geral de boa administração, honestidade, atuação vinculada ao interesse público, boa-fé e tratamento uniforme aos indivíduos. Segundo Barroso, do núcleo desses princípios “extraem-se determinadas regras de forma imediata, sendo que uma delas é, sem dúvida, a que veda o favorecimento pessoal ao acesso a cargos públicos e na celebração de contratos, isto é: as práticas de nepotismo”.¹³⁶

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 4, dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 01/10/2014, p. 11.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 4, dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 01/10/2014, p. 5.

Do exposto, observa-se que Barroso propõe uma visão da Constituição em que se verifica a força normativa da mesma bem como a força normativa dos princípios, temas que são caros ao pós-positivismo. Os Ministros do STF endossaram essa interpretação como veremos: Carlos Ayres Brito recordou o que havia sido assentado pela Corte no julgamento da liminar, afirmando que a Resolução possuiria caráter normativo primário vez que o “arranca diretamente do § 4º do art. 103 da Carta-cidadã”, cuja finalidade é “debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais”¹³⁷, acatando a tese de que os princípios poderiam, dessa forma, ser aplicados diretamente, isto é, sem intermediação legislativa.

O Ministro Meneses Direito foi mais direto ao ponto:

Esses princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre 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 neste Pleno, nós aplicamos um desses princípios com a força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal.¹³⁸

O Ministro Celso de Mello trouxe à baila decisão anterior do STF (RTJ 182/525, Rel. Min. CELSO DE MELLO, pleno) em que ficou assentado que

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros éticos-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.¹³⁹

O Ministro ainda alude ao papel dos Tribunais Constitucionais de construir um significado mais amplo em torno do conceito de Constituição levando em conta não apenas os preceitos positivados no texto constitucional, mas também, “por igualmente relevantes, em face da transcendência da mesma, os valores de caráter suprapositivo, os

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF*. Relator: BRITO, Carlos. Publicado no DJ de 18/12/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>, acessado em 15/08/2014, fl. 11.

¹³⁸ *Ibidem*, fls. 14-15.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF*. Relator: BRITO, Carlos. Publicado no DJ de 18/12/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>, acessado em 15/08/2014, fl.

princípios éticos e o próprio espírito que informa e dão sentido e razão à Lei Fundamental do Estado.”¹⁴⁰

Os demais Ministros seguiram o relator sem acrescentar qualquer coisa relevante.

Segundo a Ministra Carmem Lúcia

Nem precisaria haver princípio expresso – quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa – para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. 1º, da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os poderes da República.¹⁴¹

Nesse contexto de aplicação direta dos princípios com força normativa, os ministros foram também uníssonos em aplicar o princípio da juridicidade para fins de vincular a atividade administrativa diretamente à Constituição e atestar a competência do CNJ para emitir ato normativo abstrato autônomo. O princípio da juridicidade é entendido como uma nova ramificação do princípio da legalidade e diz respeito a uma subordinação da atividade estatal não apenas à lei, mas também aos princípios contidos no ordenamento jurídico. Sabemos que o princípio da legalidade determina que a

Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, ou seja, todos os atos do administrador dependem da lei e a Administração Pública não pode, através de ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados. Assim, a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei.¹⁴²

Já o princípio da juridicidade tem abrangência que vai além da conformidade dos atos com as regras jurídicas, pois exige que sua produção (a desses atos) não contrarie os princípios gerais do Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição. Barroso, já na Exordial, aponta o princípio da juridicidade como capaz de afastar a necessidade de lei formal para tratar do tema veiculado na Resolução. O que afirma o advogado em suma é que não mais persiste a ideia de que a Administração está vinculada de forma direta e inescapável à lei formal. Afinal, a ascensão da força normativa da Constituição e as transformações do Estado contemporâneo deram nova feição à ação administrativa. Afirma o eminente Professor e advogado:

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF*. Relator: BRITO, Carlos. Publicado no DJ de 18/12/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>, acessado em 15/08/2014, fl.

¹⁴¹ *Ibidem*, fl. 21.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 67.

A lei formal, incapaz de atender com presteza às demandas desses novos Estado e Sociedade, deixou de ser a única fonte de atos normativos ou a única intermediária entre a Constituição e os atos concretos de execução, sendo muitas vezes, ela mesma, fonte de delegação de poderes normativos para instâncias administrativas. [...] Nesse contexto, a vinculação específica do administrador à lei formal deu lugar a fenômeno diverso. A vinculação da Administração pública passou a se dar em relação a um bloco mais amplo de juridicidade, que congrega não apenas as leis formais, mas também, e, sobretudo, a Constituição.¹⁴³

A argumentação do advogado foi ecoada nos votos dos ministros. O Relator, Min. Carlos Ayres Brito, afirmou ser a juridicidade “conceito mais abrangente que inclui os comandos diretamente veiculados pela CF”¹⁴⁴ e subordina o Poder Público.

Outro argumento ventilado no julgamento, e decorrente da aplicação direta dos princípios, é o de que não haveria qualquer inovação nas restrições impostas pela Resolução do CNJ, pois tais restrições seriam, “no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade”.¹⁴⁵

O entendimento de que os princípios constitucionais são aplicáveis diretamente foi renovado em outros julgamentos, exemplo do qual foi o RE 579.951-4, em que julgando caso de nepotismo no âmbito de Executivo municipal, os ministros afirmaram que a despeito da aplicabilidade da Resolução 7/05 se restringir ao âmbito do Judiciário, “a prática do nepotismo nos demais poderes é ilícita” vez que contraria vedação “que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”, sendo desnecessária a edição de lei formal para tanto¹⁴⁶.

O STF, para ampliar o entendimento da aplicação dos princípios do art. 37 da CF na proibição do nepotismo e torná-lo proibido no âmbito de todos os poderes, publicou a súmula vinculante nº 13, que estabelece:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 4, dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 01/10/2014, p. 15.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF*. Relator: BRITO, Carlos. Publicado no DJ de 18/12/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>, acessado em 15/08/2014, fl. 15.

¹⁴⁵ *Ibidem*, fl. 12.

¹⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva: 2010, p. 259.

servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Verifica-se daí que o STF adotou uma postura decisionista que definitivamente não se coaduna com um modelo positivista de compreensão do fenômeno jurídico. As críticas positivistas foram várias, mas, em geral, basearam-se nos argumentos de que os princípios não têm força normativa e não devem ser aplicados quando da existência de regra expressa tratando do tema, que a inaplicabilidade dos mesmos se deve à abertura e universalidade de sua textura e que essa prática decisionista do STF implicaria inaceitável ativismo judicial, por invadir a seara da política.

Elival da Silva Ramos¹⁴⁷, não aceitando a derrotabilidade da regra constitucional que regula o acesso aos cargos comissionados em face dos princípios da moralidade, impessoalidade e juridicidade, afirma que tais princípios não são suficientes para vedar os provimentos vedados tanto na Resolução 7/05 quanto na Súmula Vinculante nº 13, pois há norma-regra constitucional que permite a nomeação fundada no critério de confiança pessoal do nomeante no nomeado. Ao contrário do estabelecido para provimento via concurso público que é fundado em razões precipuamente objetivas, a Constituição reservou o provimento dos cargos em comissão de livre nomeação e exoneração ao âmbito da discricionariedade da autoridade nomeante. A nomeação de um parente próximo da autoridade nomeante, apesar de não atender ao princípio da impessoalidade, indubitavelmente, atenderia ao critério da confiança estabelecida na norma constitucional expressa.

Tanto Elival da Silva Ramos quanto Daniel Giotti de Paula argumentam que o princípio da impessoalidade é insuficiente para disciplinar a matéria referente às nomeações e designações em confiança, pois não fornece parâmetros suficientes:

De acordo com o texto sumulado, apenas o parentesco até o terceiro grau, em linha reta, colateral ou por afinidade, relativamente à autoridade nomeante (ou a servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo em comissão) é impeditivo da nomeação ou designação em confiança. Não há razão lógica que justifique, por exemplo, por que a nomeação em comissão de um primo-irmão da autoridade nomeante, por mais próximo que seja, escapa das

¹⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva: 2010, p. 259.

vedações que o Supremo, como autêntico oráculo dos desígnios da Constituição, conseguiu divisar no princípio da impessoalidade.¹⁴⁸

Giotti de Paula¹⁴⁹ identificou invasão da arena política pelo Judiciário, logo ativismo judicial, quando o STF tece os critérios de aplicação dos princípios constitucionais. Para ele, o STF deveria se restringir à avaliação desses critérios quando utilizados pelas instâncias representativas. Para ambos os autores, os princípios do art. 37 bem como o princípio da juridicidade serviriam para guiar o legislador de todas as esferas na elaboração de legislação que reforçassem o conteúdo moral daqueles princípios no ordenamento, no caso, produzir legislação vedatória do nepotismo, não podendo ser aplicados diretamente pelo intérprete da Constituição a casos concretos.

No entanto, como vimos ao longo deste trabalho, essa compreensão parece, de fato superada. É cada vez maior o consenso doutrinário em torno da força normativa dos princípios. Ninguém nega que a Constituição é *norma normarum* e seus princípios abertos e indeterminados vão condicionar a produção do Direito, tanto a atividade do legislador como a do intérprete. Os princípios, de carga axiológica e moral, devem ser considerados como um sistema pelo qual os membros da comunidade aquiesceram ser governados.

Retomando o conceito do Direito como integridade, a tarefa do intérprete diante de um caso difícil, como o que se apresenta, é a de harmonizar o sistema, eliminando as incoerências a fim de encontrar a “melhor luz” para que se veja a questão. A interpretação não é atividade neutra e a integridade a afasta de teorias mecanistas como a subsunção positivista, buscando a melhor solução que realize o acordo moral densificado pela Constituição. Na base dessa moral, encontram-se as ideias de liberdade e igualdades materiais.

A densificação dessa moral, inicialmente fraca,¹⁵⁰ no conjunto de princípios constitucionais implica que não seja mais possível aceitar que tais princípios sejam meros mandamentos programáticos ou conselhos que devem apenas orientar o

¹⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva: 2010, p. 262.

¹⁴⁹ PAULA, Daniel Giotti de. *Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política*. In: FELLET, André L. F.; PAULA, DANIEL, Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Editora juspodivm, 2011.

¹⁵⁰ SILVA, Janaína Lima da. *O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da Lei nº 10216/01 à luz do princípio da Integridade do Direito* (dissertação de mestrado). UnB, Brasília: 2007. p. 105.

intérprete. No caso em tela, a moralidade, a impessoalidade e a juridicidade estampadas nos princípios constitucionais devem ser entendidas como parte desse conjunto principiológico que deve ser levado a sério, pois, em última análise, densificam a ideia de igualdade, de que todos devem ter as mesmas oportunidades independentemente das suas origens.

Assim, a presença de regras a regular o tema não deve servir de pretexto para desconsideração dos mandamentos veiculados nos princípios. Segundo o Professor Rodrigues, as regras, “que especificam com maior detalhe as suas hipóteses de aplicação, não são capazes de esgotá-las; podem, portanto, ter sua aplicação afastada diante de princípios”¹⁵¹. Tampouco a alegada insuficiência regulatória dos princípios que, por serem gerais e abstratos, não forneceriam parâmetros suficientes que os qualificassem a serem aplicados diretamente aos casos concretos, deve justificar uma negativa de sua força normativa. Segundo o mencionado autor,

A perspectiva decisionista a que chega o positivismo em face da reconhecida indeterminação das regras é rechaçada assim pelo caráter normativo dos princípios jurídicos que, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do Direito.¹⁵²

Parece ter sido o que o STF realizou na ação objeto dessa análise. Senão, leiamos as palavras do Relator, Ministro Ayres Brito:

O ato normativo que se faz de 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 45/04.¹⁵³

Assim, entendemos que andou bem o STF na condução do caso, agindo não com apego ferrenho a dogmas que negam a criatividade da interpretação ou a métodos interpretativos que buscam nas intenções dos legisladores a solução para o caso, mas

¹⁵¹ RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A afirmação da justiça como tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno* (dissertação de mestrado). UnB, Brasília: 2008, p. 22.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF*. Relator: BRITO, Carlos. Publicado no DJ de 18/12/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>, acessado em 15/08/2014, fl. 11.

sim promoveram uma leitura contextualizada das normas constitucionais, retirando da tensão entre elas a solução correta para o caso.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz das considerações precedentes, podemos dizer que, indubitavelmente, vivemos sob um novo paradigma jurídico, o do pós-positivismo. Essa afirmação é curiosa porque, ao mesmo tempo que parece óbvia, não são poucos os doutrinadores e juristas que repelem violentamente todos os elementos que constituem esse novo paradigma. Mas o fato é que não mais é possível conceber o Direito como uma vontade do legislador que fica para as gerações posteriores como uma dádiva ou um anátema.

A vontade do legislador, aliás, é um dos elementos mais enfraquecidos nesse novo paradigma. Se, no auge do Estado (legislativo) de Direito, a vontade do legislador era incensada, por representar a vontade da maioria, hoje, a própria maioria virou alvo de desconfiança. Viu-se a necessidade de evitar o que se denomina ditadura das majorias, o que, via de regra, redundava em grande prejuízo para as minorias.

Surgem, assim, os novos constitucionalismos que procuram dar conta dessas tensões. Uma das características comuns desses constitucionalismos é exatamente essa: o Direito passa a ser um projeto a ser construído por todos os seus intérpretes, indefinidamente. Assim como a realidade, que não é estática, o Direito também não o é. Diante da irrepetibilidade dos casos, o intérprete deverá sempre criar uma nova solução, que não escapará nem da sua moralidade nem da moralidade coletiva.

A questão dos valores também ocupa um lugar central nesse modelo. Não é mais possível uma concepção de Direito apartados das ideias de moralidade e justiça. Os princípios carregam esses valores para o ordenamento jurídico por meio da Constituição. A Constituição firma-se, dessa forma, como documento normativo axiológico cuja função vai muito além do procedimental: constitui uma comunidade agregada em torno daqueles valores/direitos a serem preservados.

O STF, ao enfrentar o caso difícil, buscou não em uma regra que facilitasse o processo de solução do caso, mas em princípios abertos que, em última instância,

representam um acordo da comunidade em torno de valores a serem preservados. Essa postura do STF o inscreve, claramente, no paradigma do pós-positivismo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 4, dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 01/10/2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Editora Saraiva: 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo, Editora Saraiva: 1999.

BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 de agosto de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF*. Relator: BRITO, Carlos. Publicado no DJ de 18/12/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>, acessado em 15/08/2014.

_____. *Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 7 de Outubro de 2005*. Diário de Justiça, Seção 1 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12121-resolu-no-7-de-18-de-outubro-de-2005>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

CAMPOS, Carlos A. A. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*. São Paulo, Saraiva: 2012.

CARBONELL, Miguel (org.). *Noeconstitucionalismos*. Universidade Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007(a).

_____, *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007(b).

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo, Malheiros Editores: 1997.

FELLET, André L. F.; PAULA, DANIEL, Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Editora juspodivm, 2011.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre, Livraria do Advogado editora: 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio L. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRA, Gustavo Rabay. *Independência e Integridade: O Conselho Nacional de Justiça e a Nova Condição da política judicial (tese de doutorado)*. Universidade de Brasília, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, C.S. *O Espírito das Leis*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2009.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins fontes, 2006.

OLIVEIRA, Umberto Machado; ANJOS, Leonardo Fernandes (Org.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juá Editora, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva: 2010.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A afirmação da justiça como tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno (dissertação de mestrado)*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Claudio; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Janaína Lima da. *O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da Lei nº 10216/01 à luz do princípio da Integridade do Direito (dissertação de mestrado)*. UnB, Brasília: 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; e CLÉVE, Clemerson Merlin. *Os limites constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e*

Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Revista da ESMESC, Florianópolis, V. 12, p. 16-26, 2005.

ANEXOS

ANEXO 1: EMENTA DA ADC 12/DF

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. 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 com o caráter estadualizado de uma 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. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça.

(ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215- PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149)

Anexo 2: Resolução 7/2005 CNJ

RESOLUÇÃO Nº 7, DE 18 DE OUTUBRO DE 2005

Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, CONSIDERANDO que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; CONSIDERANDO que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, caput, da Constituição; RESOLVE:

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

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

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

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou

de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

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

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

§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, e que o outro servidor também seja titular de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade. (Redação dada pela Resolução nº 181, de 17.10.13).

§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação. (Redação dada pela Resolução nº 9, de 06.12.05)

Art. 4º O nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma do artigo 2º.

Art. 5º Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contado da publicação deste ato, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2º, comunicando a este Conselho. Parágrafo único Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.

Art. 6º O Conselho Nacional de Justiça, em cento e oitenta dias, com base nas informações colhidas pela Comissão de Estatística, analisará a relação entre cargos de provimento efetivo e cargos de provimento em comissão, em todos os Tribunais, visando à elaboração de políticas que privilegiem mecanismos de acesso ao serviço público baseados em processos objetivos de aferição de mérito.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro NELSON JOBIM