

O PROCESSO A SERVIÇO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA REFLEXÃO SOBRE O LIMITE E A EXTENSÃO DA CRIAÇÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DO PROCESSO

THE PROCESS AT SERVICE OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A REFLECTION ON THE LIMIT AND EXTENSION OF NORMATIVE CREATION IN THE SCOPE OF THE PROCESS

Jaci Rene Costa Garcia¹

Mariana da Silva Garcia²

RESUMO

A Súmula Vinculante 13, editada em 21 de agosto de 2008, definiu o chamado “nepotismo” e o declarou inconstitucional. A partir da edição da referida súmula diversas questões foram levantadas pelos operadores do direito, sendo em sua maioria destinadas ao próprio instituto da súmula vinculante. Dentre as questões apontadas, merece destaque às relativas ao conteúdo, dada a inovação trazida pela súmula, uma vez que não há no ordenamento jurídico brasileiro legislação federal específica sobre o tema. Assim, em face da inexistência de norma, a vedação ao nepotismo imposta pelo Supremo Tribunal Federal através da súmula vinculante 13 consistiria em verdadeira criação de direito. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal fundamenta a proibição ao nepotismo nos princípios da moralidade e da impessoalidade e, dessa forma, a vedação já se encontraria implícita no texto constitucional. O objetivo do trabalho é o de analisar se a súmula vinculante é criação de direito ou aplicação de direito preexistente. Para tanto serão analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal que precederam a súmula vinculante 13. Ainda, a partir do estudo do princípio da moralidade, da impessoalidade e da normatividade dos princípios, busca-se responder se a vedação do nepotismo consiste ou não em inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizando-se o método dedutivo, foi possível constatar que a vedação ao nepotismo trazida pela súmula vinculante 13 já estava constitucionalmente imposta na exigência de observância dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Constata-se que os princípios constitucionais possuem força normativa e podem, assim como as regras, estabelecerem permissão ou proibição de condutas. Por fim, ainda que não se reconheça a força normativa dos princípios, é possível sustentar a aplicação da súmula vinculante enquanto “criação de direito”. O modelo positivista, ciente da insuficiência da norma, já aponta que caberá aos juizes enfrentar os casos que inexistem norma expressa, criando direito para o caso.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Jurídica; Jurisdição Constitucional; Princípios Constitucionais; Súmula Vinculante; Moralidade; Impessoalidade.

ABSTRACT

The Binding Precedent 13, edited in august 21, 2008, has defined the called “nepotism” and declared it unconstitutional. Since the edition of the mentioned binding precedent, several

¹ Professor do curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria, Advogado, garcia@garcias.com.br

² Graduada em direito pelo Centro Universitário Franciscano, Advogada, garciamarian@hotmail.com

questions were raised by the law's operators, being mostly of them destined to the institute of binding abridgement itself. Among the pointed questions, those related to the content deserve emphasis, due to the innovation brought by the binding precedent, once that there is no specific federal legislation about the theme in the Brazilian legal planning. This way, due to the lack of the law, the prohibition of the nepotism imposed by the Supreme Court, through the binding precedent 13 would consist in a real creation of law. On the other hand, the Supreme Court bases the prohibition to the nepotism in the morality and impersonality principles and, thereby, the prohibition would already be implicit in the constitutional text. The goal of the study is to analyze if the binding precedent implies in the creation of law or is an application of the pre-existent right. To that, the decisions of the Supreme Court that had preceded the binding precedent 13 are analyzed, as well as its perspectives of applicability. Still, from the study of the morality and impersonality principles, and its normativity, the objective is to respond if the prohibition of the nepotism consists in innovation of the Brazilian legal planning or not. By the usage of the deductive method, it was possible to realize that the prohibition of the nepotism was already constitutionally imposed in the exigency of observance of the morality and impersonality principles. The constitutional principles have normative strength and can, as well as the law, establish permission or prohibition of conducts. Finally, although the normative strength of the principles are not recognized, it is possible to sustain the application of the binding precedent whilst creation of law. The positivist model, aware of the normative insufficiency, already indicates that would be assigned to the judges confront the cases in which do not exist expressed law, creating the law to the case.

KEYWORDS: Theory of Law; Constitutional Jurisdiction; Constitutional principles; Binding Precedent; morality; impersonality.

1 INTRODUÇÃO

A Súmula Vinculante 13, objeto de investigação no presente trabalho, definiu o chamado “nepotismo” e o declarou inconstitucional. Com a edição da referida súmula surgiram inúmeras discussões, relacionadas principalmente ao fato de que, em seu teor, ela expressamente vincula os demais Poderes da União. Uma das primeiras questões levantadas foi a competência/legitimidade do Supremo Tribunal Federal para criar normas gerais abstratas que devem ser seguidas pelo três Poderes. Ora, ao editar a súmula o Superior Tribunal Federal não estaria legislando em afronta ao princípio da separação dos poderes?

Contudo, mais importante do que discutir se a atuação do Supremo Tribunal Federal constitui ou não invasão de competência é preciso analisar se a referida Súmula realmente consiste em norma geral e abstrata. É certo que a Súmula Vinculante 13 veio a atender uma expectativa social legítima, porém deve ser considerada como inovação no Ordenamento? Ou é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 ao consagrar princípios como a moralidade e a impessoalidade já permitem essa espécie de leitura realizada pelo Supremo Tribunal Federal?

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem política, jurídica e

social, modificando substancialmente o ordenamento jurídico brasileiro e ampliando os direitos e garantias individuais e coletivos. Em seu texto foram consagradas diversas normas abertas que necessitam de lei infraconstitucional que lhes confira efetividade ou interpretação capaz de atribuir significado para a sua concretização. Porém, decorridos 20 anos desde a promulgação da Constituição Federal, muitas matérias ainda não foram objeto de lei, restando em aberto a regulamentação de normas de conduta.

Os motivos que levam a persistir a omissão legislativa, *prima facie*, são os mais diversos, podendo ser citada a dificuldade existente em legislar sobre questões de grande complexidade que dividem a opinião pública, acrescido do desinteresse do legislador em regular algumas matérias que atingem diretamente os membros do poder legislativo. Dessa forma, apesar das conquistas trazidas pelo texto constitucional, ainda permanecem obstáculos no que tange a efetivação dos princípios constitucionais.

Apesar de a Constituição Federal trazer no art. 37, caput, a moralidade e a impessoalidade como princípios que devem reger a administração pública, questões como o nepotismo jamais foram objeto de regulamentação por lei federal. Se for verdadeira a assertiva de que existe uma crise ética instalada, não é difícil perceber que, em regra, essa espécie de matéria não desperta o interesse do legislador.

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi concedido ao Supremo Tribunal Federal o poder de aprovar Súmulas, de ofício ou mediante provocação de seus membros, com efeito vinculante em relação ao próprio Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A alteração constitucional dividiu a opinião dos doutrinadores, enquanto muitos defendiam a mudança em razão da celeridade processual, críticas apontavam para um possível “engessamento” do Poder Judiciário. Entretanto, apesar das discussões existentes, em 2006 foi aprovada a Lei nº 11.417 que regulamentou o art.103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, relegando-se a um plano secundário tais discussões.

Para tornar possível responder a questão proposta e as suas implicações serão analisados os dispositivos legais e constitucionais que inseriram a súmula com efeito vinculante no ordenamento brasileiro, bem como as decisões do Supremo Tribunal Federal que precederam a edição da Súmula Vinculante 13. A partir do estudo do conteúdo do princípio da moralidade, da impessoalidade e da normatividade dos princípios, buscar-se-á responder se a vedação do nepotismo consiste ou não em inovação no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, registra-se que na realização da pesquisa o método de abordagem utilizado será o dedutivo, tendo em vista que o estudo será pautado em regras e princípios, em um estudo das normas relacionadas com o problema e das decisões judiciais que tratam da matéria.

2 OS FUNDAMENTOS NORMATIVOS QUE INTRODUZIRAM AS SÚMULAS VINCULANTES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 consagra no art. 37, caput, a moralidade e a impessoalidade como princípios que devem reger a administração pública, porém, da mesma forma que as constituições anteriores, não tratou expressamente da questão do nepotismo. A partir da sua promulgação, baseados nos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, começam a surgir atos normativos esparsos visando definir o “nepotismo” e vedar a sua prática. Porém, apesar da regulamentação no âmbito de alguns órgãos, estados e municípios, a inexistência de legislação federal acerca da matéria impedia uma uniformidade de tratamento. Com a edição da Súmula Vinculante 13, em 21 de agosto de 2008, passou a existir uma norma de abrangência federal vedando o nepotismo no âmbito dos três poderes.

Antes de analisar o contexto no qual foi editada a Súmula Vinculante 13 e as decisões do Supremo Tribunal Federal que a precederam, salutar referir os dispositivos legais que possibilitaram a aprovação de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Importante registrar que a Súmula Vinculante foi inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a chamada Reforma do Poder Judiciário. A Emenda Constitucional inseriu o art. 103-A na Constituição Federal³, transcrito abaixo:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da

³ BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2011.

súmula, conforme o caso.

Até então as Súmulas consistiam em enunciados que serviam de orientação a toda a comunidade jurídica, uma vez que eram originadas de reiteradas decisões do tribunal em relação à matéria. A grande inovação é o chamado efeito vinculante, que tornaria sua observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta, tendo sido duramente atacado por parte dos operadores do direito.

Ao ampliar de forma substancial a competência do Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45/2004 passa a exigir a regulamentação das inovações trazidas por ela. André Ramos Tavares alerta que ao trazer a expressão “na forma estabelecida em lei”, o dispositivo constitucional condiciona a sua aplicabilidade a lei ordinária posterior⁴. Nesse contexto, importante analisar a Lei 11.471 de 19 de dezembro de 2006 que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, para fins de maior elucidação sobre a utilização e extensão do novel instituto. No ponto, curial a citação do art. 2º da referida Lei⁵:

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

É possível verificar que o dispositivo citado reproduz os requisitos já trazidos pelo art. 103-A da Constituição Federal. Assim, para a edição da súmula faz-se necessário a

⁴ TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante**: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. 3. Ed. São Paulo: Método, 2009, p. 30.

⁵ BRASIL. **Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 09 out. 2011.

existência de reiteradas decisões sobre normas acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre estes e a Administração. Ainda, exige-se que a situação acarrete “grave insegurança jurídica” e a multiplicação de processos.

Segundo Tavares, o enunciado não poderá versar sobre matéria exclusivamente infraconstitucional, em razão da exigência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional que torna a presença de um “elemento de conexão” constitucional requisito essencial. Assim, a súmula vinculante poderá ter como objeto o controle de constitucionalidade, dispositivos constitucionais e a interpretação de lei ou ato normativo conforme a Constituição⁶.

A atualidade da controvérsia deverá ser verificada tanto no momento em que se inicia o processo de formação de súmula vinculante, como no momento da decisão desse processo. No que tange a insegurança jurídica, registra-se que o instituto da súmula vinculante surge justamente com o objetivo de combatê-la. Para Tavares a gravidade dependerá das circunstâncias históricas e do tema envolvido e será, em última análise, verificada pelo Supremo Tribunal Federal casuisticamente.

Gilmar Ferreira Mendes⁷ elenca os requisitos formais exigidos para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante. A primeira questão pode ser constatada a partir da simples leitura do dispositivo constitucional, que condiciona a edição da súmula vinculante à aprovação, por maioria de dois terços dos votos do Supremo Tribunal Federal. O segundo ponto que merece destaque versa sobre a matéria a ser regulada pela súmula vinculante: questões atuais sobre a interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais capazes de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. O último requisito é o que causa maior celeuma: a exigência constitucional de preexistência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional. Aparentemente, o legislador busca vedar a edição de súmula baseada em decisão isolada, exigindo que a controvérsia tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal.

Por oportuno, cumpre registrar que é nesse ponto que reside algumas das críticas destinadas a Súmula Vinculante nº 13. A corrente doutrinária que se opõe a referida súmula, alega que foram proferidas apenas decisões esporádicas sobre a temática que, sob esse ponto de vista, não sustentariam a edição de uma súmula de efeito vinculante. Logo, de acordo com essa corrente, em razão da carência de um dos requisitos constitucionais - reiteradas decisões sobre a matéria – a súmula vinculante que veda o nepotismo não poderia ter sido aprovada.

⁶ TAVARES, op. cit., p. 40-44.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1009-1011.

3 DA PRIMEIRA DECISÃO ACERCA DO TEMA ATÉ A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13

Inicialmente cumpre referir que a ausência de legislação federal que conceda um tratamento uniforme à questão do nepotismo é o principal fator que levou a discussão acerca da constitucionalidade da vedação e da própria amplitude do conceito ao Supremo Tribunal Federal. As diversas decisões que serão analisadas, todas anteriores a edição da Súmula Vinculante 13, já demonstram a posição do Supremo Tribunal Federal contrária à prática do nepotismo. Busca-se aqui trazer o histórico dessa construção do Supremo Tribunal Federal que servirá para avaliar se a Súmula Vinculante nº 13 consiste ou não em inovação.

A primeira manifestação da Suprema Corte acerca do tema ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521-4. A ADIN nº 1521-4, proposta pelo Procurador-Geral da República, a partir de representações que lhe foram apresentadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, questionava a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e alíneas “a” e “b” do art. 7º da Emenda Constitucional nº 12 de 14 de dezembro de 1995 do Estado do Rio Grande do Sul⁸. Os dispositivos inseridos pela referida Emenda vedavam o nepotismo no âmbito estadual e consistiam em verdadeira inovação, uma vez que a matéria ainda não havia sido tratada por lei estadual.

Na ADIN nº 1521-4, dentre os argumentos trazidos pelo Procurador-Geral da República para sustentar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos podem ser citados a suposta violação ao princípio da independência dos Poderes, eis que a disciplina do preenchimento dos cargos em comissão estaria na órbita da economia interna de cada um e, a violação do art. 37, II da Constituição Federal já que a norma estabelece restrições ao cargo em comissão não previstas pelo dispositivo constitucional.

Em 12 de março de 1997, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de relatoria do Ministro Marco Aurélio, indeferiu a suspensão cautelar do §4º e §5º do art. 20 e do art. 32 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul⁹ que tinham redação dada pela Emenda

⁸ RIO GRANDE DO SUL. **Emenda Constitucional nº 12 de 14 de dezembro de 1995**. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 2007. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=11400&hTexto=&Hid_IDNorma=11400>. Acesso em: 27 OUT. 2011.

⁹ RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 2007. Disponível em:

Constitucional nº 12/1995. Transcreve-se abaixo ementa da decisão proferida¹⁰:

Ementa CARGOS DE CONFIANÇA - PARENTESCO - NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO - PROIBIÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL - ADI - LIMINAR.

A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado "nepotismo" tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consangüíneos e afins até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para cessação das situações existentes.

CARGOS - EXTINÇÃO - INICIATIVA - ADI - LIMINAR. Ao primeiro exame, exsurge conflitante com a Carta Política da República, preceito que, embora de índole constitucional, implique extinção de cargos de confiança ocupados à margem das peculiaridades que lhes são próprias. Impõe-se, na espécie, a iniciativa de lei em tal sentido pelo Poder ou Órgão (MP) em que situados.

A constitucionalidade da vedação ao nepotismo foi novamente levada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF. Em 16 de fevereiro 2006, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na data com apenas três Ministros daqueles que julgaram a ADIN 1521-4 em 1997, concedeu liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF para suspender o julgamento de ações que questionassem a constitucionalidade da Resolução nº 07 do Conselho Nacional de Justiça¹¹. Em 20 de agosto de 2008 o Supremo Tribunal Federal referendou a Resolução, julgando procedente a ADC 12/DF e entendendo inconstitucional a prática do nepotismo. A fim de demonstrar a posição já firmada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda no julgamento da liminar, cabe citar excerto da Ementa da decisão proferida, tendo como relator o Ministro Carlos Britto¹²:

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados

<<http://www.al.rs.gov.br/frameset.asp?txtURL=Prop/Legislacao/constituicao.htm>>. Acesso em: 27 OUT. 2011.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521-4 do Rio Grande do Sul**. Procurador-Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. 12 de março de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347111&codigoClasse=555&numero=1521&siglaRecurso=MC&classe=ADI>>, p.8. Acesso em: 21 OUT. 2011.

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 07, 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. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=100&Itemid=160>. Acesso em: 19 out. 2011.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 do Distrito Federal**. Associação dos Magistrados Brasileiros e Conselho Nacional de Justiça. Relator: Ministro Carlos Britto. 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADC\\$.SCLA.%20E%2012.NUME.\)%20OU%20\(ADC.ACMS.%20ADJ2%2012.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADC$.SCLA.%20E%2012.NUME.)%20OU%20(ADC.ACMS.%20ADJ2%2012.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 abr. 2011

incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, 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. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.

As manifestações do Supremo Tribunal Federal até aqui transcritas demonstram a posição que só veio ser consolidada em 2008, com a edição da Súmula Vinculante 13: a Constituição Federal de 1988, através dos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, veda a prática do nepotismo. Na decisão da ADC12/DF outro ponto merece destaque: no julgamento o Supremo Tribunal Federal já alerta que apesar de não existir norma infraconstitucional que vedasse expressamente o nepotismo no âmbito do Poder Executivo e Legislativo, não é permitido a estes, em razão dos princípios consagrados no art. 37 da Constituição Federal, prover seus cargos em comissão com total liberdade. Cumpre reiterar que, conforme a argumentação apresentada, o ato normativo apenas explicita uma restrição que já era constitucionalmente imposta.

Por fim, cumpre analisar a decisão proferida no Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. O Recurso Extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra acórdão do Tribunal de Justiça que, julgando improcedente a ação declaratória de nulidade de ato administrativo, entendeu inexistir ilegalidade ou inconstitucionalidade na contratação de Elias Raimundo de Souza e Francisco de Souza do Nascimento para o exercício, respectivamente, dos cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e motorista, embora sejam, o primeiro, irmão do vereador, e, o segundo, do Vice-Prefeito do Município de Água Nova do Estado do Rio Grande do Norte. O Recorrente alegou que os incisos II e V do art. 37 da Constituição não poderiam ser interpretados de forma isolada, uma vez que se submetem aos princípios constitucionais consagrados no *caput* do mesmo dispositivo. Nas razões recursais, afirmou ainda que, conforme a decisão proferida pelo STF na ADC 12/DF, a vedação ao nepotismo não depende da existência de lei expressa, pois decorre diretamente do princípio constitucional da moralidade. Em contrapartida, o Recorrido sustentou que somente seria possível restringir a investidura de parentes em cargos de comissão através de lei específica e que a própria Constituição Federal permite o nepotismo na medida em que concede ao

administrador público liberdade para ocupar parte dos cargos que tem à sua disposição com pessoas da sua confiança. A repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 19 de maio de 2008. A sessão plenária de julgamento ocorreu em 20 de agosto de 2008 e proferiu decisão que restou assim emendada¹³:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.

A partir da análise da ementa é possível constatar que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os princípios consagrados no art. 37 da Constituição Federal se prestam a fundamentar a vedação ao nepotismo. Porém, o diferencial do RE 579.951-4/RN é a ausência de legislação específica que proibisse o nepotismo. Dessa forma, no julgamento do RE 579.951-4/RN, pela primeira vez, o STF sustenta a vedação unicamente nos princípios constitucionais contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, ou seja, a proibição do nepotismo decorre diretamente desses princípios independente da existência de lei formal coibindo a sua prática.

O debate ocorrido no RE 579.951-4/RN deu origem à Súmula Vinculante 13, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em 21 de agosto de 2008, que assim dispõe¹⁴:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Conforme foi constatado nas decisões transcritas e analisadas e na referência legislativa trazida pela Súmula, os princípios que regem a Administração Pública são o

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 579.951-4 do Rio Grande do Norte**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e município de Água Nova e outros. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 20 de agosto de 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(579951.NUME.%20OU%20579951.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(579951.NUME.%20OU%20579951.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 08 mar. 2011.

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 13**. 21 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&ase=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 09 out. 2011.

fundamento constitucional para a vedação ao nepotismo.

Entretanto, apesar do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, há quem defenda que o nepotismo não encontra respaldo legislativo, uma vez que não há regra expressa que o proíba. Rodrigo Andreotti Musetti¹⁵ vai além, afirmando que na Constituição Federal existem apenas normas que amparam o nepotismo:

É por este motivo que o requisito constitucional direto para a investidura deste cargos é a livre nomeação; o indireto é a plena confiança na pessoa que irá ocupá-lo (art. 37, II da CF). [...]

Aqueles que pretendem impor critérios que não o critério constitucional da livre escolha para nomeação de cargos de confiança ou em comissão, em verdade, desejam suplantar a Constituição da República do Brasil, desrespeitando o Poder Constituinte e colocando em risco a qualidade do serviço público e a sustentabilidade político-administrativa do Poder Público.

Para Musetti impor qualquer restrição aos cargos de livre nomeação violaria a própria Constituição Federal. No mesmo sentido, Emerson Garcia¹⁶, entende que não haveria violação ao princípio da moralidade na nomeação de parentes para cargos em comissão, sustentando que:

Em um primeiro momento, a conduta acima mencionada (nomeação de parentes para o provimento de cargos em comissão) poderia ser considerada como dissonante do princípio da moralidade administrativa, pois fere o senso comum imaginar que a administração pública possa ser transformada em um *negócio de família*. Este argumento, não obstante o seu acentuado cunho ético, não subsiste por si só. Com efeito, a partir do momento em que o Constituinte consagrou a existência das funções de confiança e dos cargos em comissão, é tarefa assaz difícil sustentar que os valores que informam a moralidade administrativa, originários das normas que disciplinam o ambiente institucional, não autorizam que o agente nomeie um parente no qual tenha ampla e irrestrita confiança. Note-se que nos referimos à moralidade administrativa, princípio densificado a partir dos *standards* de conduta colhidos no ambiente institucional e inerentes ao bom-administrador.

Dessa forma, uma vez que é a própria Constituição Federal que estabelece a livre escolha, não seria possível falar em violação de qualquer princípio constitucional. É possível constatar que a controvérsia acerca da vedação ao nepotismo está centrada na forma de aplicação dos princípios. Assim, faz-se necessário estudar o conceito e extensão dos princípios dos quais decorrem à proibição a prática do nepotismo, o que será feito no próximo item.

3 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE CONCRETIZADO EM UMA NORMA DE CONDUTA

¹⁵ MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da Administração Pública**. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, p.43, jan. 2004.

¹⁶ GARCIA, Emerson. **O nepotismo**. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, p.461, jun. 2003.

No presente estudo, a ausência de norma infraconstitucional no âmbito federal vedando expressamente o nepotismo exige que a questão seja analisada no campo principiológico.

A Constituição Federal elege, no art. 37, *caput*, os princípios que deverão reger a Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme se observa no referido dispositivo¹⁷:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Importante destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante nº 13 utiliza o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, como referência normativa. Dessa forma, busca-se vincular a vedação ao nepotismo com dois dos princípios que devem reger a Administração pública: a moralidade e a impessoalidade.

Buscando a fundamentação filosófica da moralidade é possível identificar um conteúdo categórico no sentido de um dever ser, ou seja, exige uma ação ou omissão, servido de referência para o sujeito. Segundo Immanuel Kant, a moralidade na perspectiva filosófica se distanciaria do dever ser jurídico pela ausência de uma sanção externa e institucionalizada. Porém, ao se tornar jurídica por integrar textos normativos a moralidade passa a exigir comportamentos sob pena de sanções administrativas, no caso em estudo, do afastamento do agente do cargo. Assim, a partir do momento em que a moralidade passa a integrar o ordenamento jurídico enquanto princípio constata-se o chamado processo de juridicização da moral¹⁸. Além de se prestarem a solução de litígios, observa-se que tais parâmetros integram também as concepções expressas em julgamentos que não levam, necessariamente, à aplicação casuística dos princípios.

Paulo Bonavides traça uma evolução acerca do tratamento jurídico destinado aos princípios, reconhecendo superioridade e hegemonia a eles dentro da pirâmide normativa¹⁹. Bonavides destaca a importância da constitucionalização dos princípios:

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem

¹⁷ BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2011.

¹⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997, *passim*.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 288.

jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.²⁰

A positivação dos princípios no mais alto grau faz com que eles passem a ser as normas supremas do ordenamento, devendo, a partir daí, serem utilizados como critérios para a avaliação de todos os conteúdos normativos²¹.

Por oportuno, faz-se necessário esclarecer brevemente a amplitude do conceito de norma. Atualmente, a maior parte da doutrina se preocupa em distinguir os princípios das regras entendendo que estes seriam espécies de normas. Os critérios para estabelecer a distinção são os mais variados e como o objetivo do trabalho não envolve tal diferenciação, basta esclarecer que os princípios aqui tratados são compreendidos como espécies de normas. Adota-se, portanto, uma definição forte de princípio, que vai ao encontro das idéias defendidas por Robert Alexy²²: os princípios e as regras são espécies de normas.

Acerca do tema, cumpre citar a posição adotada por Norberto Bobbio²³:

A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?.

Robert Alexy ao conceituar os princípios afirma que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁴. Para Alexy os princípios são *mandamentos de otimização* que, diferentemente das regras, podem ser satisfeitos em graus variados, dependendo para tanto das possibilidades fáticas e jurídicas.

Humberto Ávila²⁵ refere que os princípios são normas fundamentais para a compreensão do sentido das regras, pois identificam os fins e valores que devem ser buscados. Assim, segundo o autor, os princípios funcionariam como espécie de diretrizes que

²⁰ Ibid., p. 289.

²¹ Ibid., p. 290.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

²³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1989, p. 158.

²⁴ ALEXY, op. cit., p. 90.

²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

serviriam para apontar a interpretação que deve ser concedida à regra.

Cumpra novamente referir que, nos dispositivos analisados, é possível perceber a relação do conteúdo proibitivo dos atos normativos com os princípios que devem reger a Administração Pública.

No campo dos administrativistas, Hely Lopes Meirelles diz que os princípios expressamente previstos na Carta Magna deverão, juntamente com os demais elencados pelo art. 2º da Lei Federal 9.784/99²⁶, servir de padrão para todos os atos e atividades administrativas daquele que exerce o poder público²⁷. Entre os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, importante destacar o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade.

Para conceituar o princípio da moralidade Hely Lopes Meirelles utiliza os ensinamentos de Maurice Hauriou. Nas palavras de Meirelles,

Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.²⁸

Partindo da idéia de Hauriou, Hely Lopes Meirelles conclui que o ato administrativo deve obedecer à lei ética e não apenas a lei jurídica, já que aquilo tido por legal pode não ser considerado honesto.

Ainda, Hely Lopes Meirelles destaca a diferença entre a moral comum e a moral administrativa, trazida por Maurice Hauriou, afirmando que,

A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para a sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.²⁹

José Afonso da Silva³⁰ traz a mesma diferenciação de moral comum e moral administrativa proposta por Maurice Hauriou, advertindo que a violação ao princípio da moralidade administrativa resulta na nulidade do ato praticado, ou seja, a moralidade constitui-se de pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública. Para

²⁶ Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 out. 2011.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

²⁸ HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaires de Droit Administratif**. Paris, 1926 apud *ibid.*, p. 89.

²⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 89.

³⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 649.

Bandeira de Mello³¹ o princípio da moralidade assegura que,

a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanez, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Além de entender que o princípio da moralidade deve ser de obediência obrigatória em face da expressa previsão do art. 37, caput, da Constituição Federal, Bandeira de Mello aponta que a moralidade administrativa se encontra protegida em outros dispositivos constitucionais. Exemplo disso pode ser observado no teor do art. 5º, LXXIII da Constituição Federal que prevê o cabimento da ação popular para a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa e ao meio ambiente³².

Fábio Medina Osório afirma que a moralidade administrativa envolve a boa-fé objetiva, que exigiria da Administração Pública uma série de deveres para com os administrados, porém não se restringe a ela. A moralidade tem um importante papel na formação de regras não-escritas, ou seja, obriga que o agente público observe algumas regras éticas que se incorporam ao ambiente institucional³³.

O segundo fundamento principiológico que vale destacar é o princípio da impessoalidade. O Supremo Tribunal Federal utiliza também o referido princípio como referência normativa para a edição da Súmula Vinculante nº 13. Ao tratar do princípio da impessoalidade, Meirelles³⁴, adverte que,

O princípio da impessoalidade referido na Constituição de 1988 (art.37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade
[...]
Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 109.

³² Ibid., p. 110.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.90-92.

³⁴ MEIRELLES, op. cit., p.91-92.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵ o princípio da impessoalidade, embora não esteja expressamente previsto na Lei nº 9.784/99, aparece implicitamente no art. 2º, parágrafo único, inciso III, da referido diploma³⁶ que exige objetividade no atendimento do interesse público e veda a promoção pessoal de agentes ou de autoridades.

Bandeira de Mello, ao conceituar o princípio da impessoalidade afirma que,

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.³⁷

Vale ressaltar a relação feita pelo autor entre o princípio da impessoalidade com o princípio da isonomia, na medida em que se o primeiro assegura que não poderão interferir na atuação administrativa nenhuma espécie de favoritismo, consiste, portanto, em forma de concretização do segundo. Bandeira de Mello esclarece que o princípio além de estar consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, aparece implicitamente em outros dispositivos e se reveste inclusive de outras formas:

Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art.5º, *caput*), a *fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração. No texto constitucional há, ainda, algumas referências a aplicações concretas deste princípio, como ocorre no art. 37, II, ao exigir que o ingresso em cargo, função ou emprego público depende de concurso, exatamente para que todos possam disputar-lhes o acesso em plena igualdade.³⁸

Ainda, acerca dos princípios da administração pública, importante citar excerto do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento ADIN nº 1521-4, no qual afirma,

A cultura brasileira conduziu o Constituinte de 1988 a inserir, relativamente à administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, na abertura do capítulo próprio (Da Administração Pública), a obrigatória observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Inegavelmente, o Constituinte voltou-se para o campo pedagógico, atento à realidade nacional, quantas e quantas vezes eivada de distorções.³⁹

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.66.

³⁶ Art. 2º [...] Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 out. 2011.

³⁷ MELLO, op. cit., p. 104.

³⁸ Ibid., p. 105.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521-4 do Rio Grande do Sul**. Procurador-Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. 12 de março de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347111&codigoClasse=555&numero=1521&siglaRecurso=MC&classe=ADI>>, p.8-9. Acesso em: 21 out. 2011.

No mesmo sentido, a posição do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADIN nº 1521-4, que adverte,

Sabemos que o Estado, no exercício das atividades que lhe são inerentes, não pode ignorar os princípios essenciais, que, derivando da constelação axiológica que confere substrato ético às ações do Poder Público, proclamam que as funções governamentais não de ser exercidas com estrita observância dos postulados da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. Esses princípios, erigidos à condição de valores fundamentais pela Carta Política, representam pauta de observância necessária por parte dos órgãos estatais. Mais do que isso, tais postulados qualificam-se como diretrizes essenciais que dão substância e significado à repulsa que busca fazer prevalecer, no âmbito do aparelho de Estado, o sentido real da idéia republicana, que não tolera práticas e costumes administrativos tendentes a confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante, em claro desvio de caráter ético-jurídico.⁴⁰

Celso de Mello considera que o princípio moralidade e princípio da impessoalidade devem ser erigidos a condição de valores e respeitados por todos os órgãos estatais. Importante ressaltar que apesar das semelhanças apresentadas, observa-se que conceito de moralidade e de impessoalidade possuem carga semântica que não permitem a univocidade de sentido. No entanto, as nuances existentes entre os conceitos apresentados não estão diretamente relacionadas às discussões doutrinárias acerca da Súmula Vinculante nº 13. A problemática central está no reconhecimento da força normativa dos princípios, ou seja, é possível que decorra dos princípios da moralidade e da impessoalidade alguma espécie de vedação? Dessa forma, importante analisar a discussão doutrinária acerca da forma de aplicação de princípios, pois é a partir dela que será possível analisar se a vedação imposta pela Súmula Vinculante nº 13 consiste ou não em direito preexistente.

4 CRIAÇÃO DE DIREITO OU DIREITO PREEXISTENTE?

Para avaliar se a vedação imposta pela Súmula Vinculante nº 13 é inovação no ordenamento jurídico duas questões precisam ser abordadas. A primeira delas é a existência de debate no Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, o que restou demonstrado através das decisões colacionadas. A partir da análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a vedação ao nepotismo é extraída dos princípios constitucionais elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Nesse passo, a segunda questão a ser

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521-4 do Rio Grande do Sul**. Procurador-Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. 12 de março de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347111&codigoClasse=555&numero=1521&siglaRecurso=MC&classe=ADI>>, p.8-9. Acesso em: 21 out. 2011.

analisada diz respeito à forma como são compreendidos os princípios, pois somente após avaliar a sua força normativa é possível afirmar se a vedação ao nepotismo está ou não implicitamente prevista no texto constitucional.

Nesse ponto, fundamental citar Robert Alexy que, ao tratar sobre a distinção entre regras e princípios, afirma:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.⁴¹

Alexy reconhece, portanto, a possibilidade dos princípios estabelecerem, assim como as regras, permissão ou proibição de condutas.

Jorge Miranda⁴² traz em sua obra a definição de princípios proposta por Alexy e, ao elencar a importância dos princípios no ordenamento jurídico, afirma:

A função ordenadora dos princípios revela-se particularmente nítida e forte em momentos revolucionários, quando é nos princípios – nos quais se traduz uma nova ideia de direito – e não nos poucos e precários preceitos escritos, que assenta directamente a vida jurídico-política do país. Mas não menos sensível se apresenta em épocas de normalidade e estabilidade institucional. Eles exercem uma acção imediata enquanto directamente aplicáveis ou directamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. E exercem também uma acção mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo. Por certo, os princípios admitem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhe dar o devido cumprimento.

Jorge Miranda, ao tratar da força normativa dos princípios, também defende a possibilidade de aplicação direta dos princípios. O autor afirma, ainda, que o sentido exato dos preceitos constitucionais deve ser encontrado a partir dos princípios, que tornarão “explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador não quis ou não pôde exprimir cabalmente”⁴³.

Walter Claudius Rothenburg⁴⁴ afirma que a generalidade característica dos princípios não pode impedir a sua concretização:

Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos, e imprecisos: a contrário, possuem um significado determinado, passível

⁴¹ ALEXY, op. cit., p. 87.

⁴² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Trad. da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 433-434.

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. 2. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 254-255.

⁴⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 19.

de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto.

Ainda, no que tange a aplicabilidade dos princípios, importante mencionar a lição de Humberto Ávila. Ávila ensina que as normas atuam sobre as outras normas, colaborando para a definição do seu sentido e do seu valor dentro do sistema jurídico. Nesse contexto, o Autor afirma que os princípios podem atuar de forma direta e indireta. Na presente pesquisa a eficácia direta é a que possui maior relevância, pois consiste na possibilidade de atuação do princípio sem a intermediação de outro princípio, subprincípio ou regra⁴⁵. Ávila, assim como Alexy, reconhece a força normativa dos princípios, prevendo a sua auto-aplicabilidade.

Ainda, acerca da possibilidade da Constituição Federal impor “tarefas” e exigir condutas, importante citar Konrad Hesse⁴⁶ que afirma:

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.

Entretanto, verifica-se que para Hesse a força ativa da Constituição não se encontra no próprio texto e somente pode ser evidenciada a partir do momento que as tarefas impostas são efetivamente realizadas no sentido de orientar as condutas de acordo com a ordem constitucionalmente estabelecida.

Sobre a aplicabilidade dos princípios constitucionais relacionados à prática do nepotismo, pode-se transcrever a interpretação do Supremo Tribunal Federal exposta no informativo nº 516 que tratou, dentre outros temas, do julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951/RN, origem da Súmula Vinculante 13:

Ressaltou-se que o fato de haver diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo não significaria que somente leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares fossem aptos para coibir essa prática, haja vista que os princípios constitucionais, que não configuram meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, sendo sempre dotados de eficácia, cuja materialização, se necessário, pode ser cobrada por via judicial. Assim, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios contidos no caput do art. 37 da CF, concluiu-se que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa conduta.

Aduziu-se que art. 37, caput, da CF/88 estabelece que a Administração Pública é regida por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade, sendo que, dentre eles, o da moralidade e o da impessoalidade

⁴⁵ ÁVILA, op. cit., p.98.

⁴⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p19.

exigem que o agente público pautar sua conduta por padrões éticos que têm por fim último alcançar a consecução do bem comum, independentemente da esfera de poder ou do nível político-administrativo da Federação em que atue. Acrescentou-se que o legislador constituinte originário, e o derivado, especialmente a partir do advento da EC 1/98, fixou balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos, que, de alguma forma, buscassem finalidade diversa do interesse público, como a nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, segundo uma interpretação equivocada dos incisos II e V do art. 37 da CF. Considerou-se que a referida nomeação de parentes ofende, além dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, o princípio da eficiência, haja vista a inapetência daqueles para o trabalho e seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem. Frisou-se, portanto, que as restrições impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados do art. 37 da CF são auto-aplicáveis, por trazerem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em consequência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que transgridam os valores fundantes do texto constitucional.⁴⁷

A partir da doutrina trazida resta evidente que os princípios constitucionais possuem força normativa. Constata-se que é possível que os princípios estabeleçam expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, passando a exigir determinadas condutas.

Nesse contexto, como é plenamente aceitável extrair dos princípios normas de condutas, verifica-se que a vedação ao nepotismo é preexistente a edição da Súmula Vinculante, ou seja, ao editá-la o Supremo Tribunal Federal estabelece as mesmas restrições já impostas pela Constituição Federal no seu art. 37.

Ainda, para que seja possível avaliar se a Súmula Vinculante 13 consiste em criação de direito pelo Supremo Tribunal Federal em afronta ao princípio da separação dos poderes, outras questões precisam ser analisadas.

Primeiramente, faz-se necessário verificar a possibilidade do Tribunal criar, através da Súmula Vinculante, norma geral e abstrata com características típicas de ato legislativo. A questão é objeto de controvérsia na doutrina e o principal motivador da divergência reside na forma de compreender o sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, antes de abordar as posições doutrinárias, é imprescindível um breve comentário acerca dos dois principais modelos de sistemas jurídicos: *civil law* e *common law*.

Para René David⁴⁸ é a forma como é concebida a regra de direito que caracteriza os diversos países da família romano-germânica. No sistema de direito romano-germânico a regra de direito não deve ser compreendida como uma regra que assegura apenas a solução de

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 516**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo516.htm>>. Acesso em: 19 out. 2011.

⁴⁸ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 79.

um caso concreto em especial, pois, como é dotada de generalidade, consiste em verdadeira regra de conduta que está acima das aplicações que os tribunais venham a fazer em um caso concreto. Esta forma de concepção da regra de direito é que permite a codificação adotada na família romano-germânica, uma vez que seria inviável tal sistematização se cada decisão proferida pelo juiz fosse concebida como regra de direito. Acerca da generalidade da regra no sistema de direito romano-germânico, David assevera⁴⁹:

A regra de direito romano-germânica situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta da regra, e os princípios dotados de uma elevada generalidade, de que pode, ela própria, ser considerada como uma aplicação. A arte do jurista, nos países da família de direito romano-germânica, é saber encontrar a regra e formulá-la a este ponto de equilíbrio: não é necessário que a regra assuma um caráter muito geral, porque ela deixaria então de ser um guia suficientemente seguro para a prática; é, sim, necessário que ela assuma um caráter suficientemente geral, para contemplar um certo tipo de situações e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz, a uma situação particular.

Assim, no sistema da *civil law*, o código deve formular regras, suficientemente gerais, e ordená-las sistematicamente, permitindo que possa ser deduzida facilmente a forma como deve ser resolvido o caso concreto.

No sistema da *common law* a regra se encontra na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos Tribunais e para ser compreendida, faz-se necessário conhecer os elementos do litígio para o qual ela foi formulada. Nesse sistema, merece destaque a importância da jurisprudência como fonte de direito e a menor abrangência das regras, uma vez que estas não têm o mesmo nível de generalidade das regras de direito da *civil law*.⁵⁰

Como os países da família romano-germânica restringem a especialização da regra de direito, concede-se ao juiz uma maior liberdade na aplicação e interpretação da regra.

André Ramos Tavares⁵¹ também refere que a discussão acerca da súmula vinculante envolve o estudo dos dois grandes modelos de sistemas jurídicos conhecidos: o *civil law* e o *common law*. O modelo do direito codificado-continental (*civil law*) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, estabelecendo normas gerais organizadoras, típicas de um sistema normativista. O modelo do precedente judicial anglo-saxão (*common law*) está centrado na primazia da decisão judicial sendo conhecido como sistema judicialista e, ao contrário da *civil law* está ligado a um raciocínio mais concreto visando apenas resolver o caso particular.⁵²

Da mesma forma, Lênio Luiz Streck destaca que o estudo dos principais sistemas jurídicos é fundamental para a compreensão do efeito vinculante das súmulas do Supremo

⁴⁹ Ibid., p. 81.

⁵⁰ Ibid., p. 325.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 230.

⁵² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 397.

Tribunal Federal. Porém, o autor trata com cautela a aproximação do sistema jurídico anglo-americano do sistema romano germânico. Importante transcrever excerto da obra *Súmulas no Direito Brasileiro*, no qual o Streck destaca a jurisprudência como fator de distinção entre os dois sistemas jurídicos:

A importância que se atribui às decisões do Poder judiciário, quer dizer, da jurisprudência *lato sensu*, é o forte elemento diferenciador dos dois maiores sistemas jurídicos vigentes.

[...]

A contribuição da jurisprudência sempre será, por isso, diferente da que é trazida pelo legislador. Com efeito, enquanto o legislador estabelece comandos com validade *erga omnes*, a jurisprudência, produto de decisões (normas individuais) dos juízes e tribunais, tem (apenas) o caráter de produzir efeitos *inter partes*. Dito de outro modo, a jurisprudência nos países da família romano-germânica, abstém-se (ou deveria abster-se) de criar regras de semelhança.⁵³

A partir da leitura dos argumentos trazidos por Streck é possível constatar o ponto no qual reside a grande diferença entre a posição adotada pelo autor e àquela defendida por outros doutrinadores: a (im) possibilidade da criação pelos tribunais de normas gerais com características de atos legislativos.

André Ramos Tavares defende que apesar dos sistemas aparentemente serem incompatíveis, na prática o distanciamento entre os modelos teóricos vem diminuindo. Enquanto nos países que adotam o sistema anglo-saxão o precedente não tem mais o mesmo rigor, a jurisprudência passa a ter um papel cada vez mais ativo nos países de sistema romano-germânico. É nesse contexto que surge a Súmula Vinculante, que passa a admitir a força de precedente norte-americano para um enunciado específico criado a partir de uma decisão. Para o Autor a súmula vinculante possibilita a construção de um enunciado que apresente o entendimento anterior do Tribunal Constitucional acerca da temática.⁵⁴

Na mesma linha de argumentação, René David registra que em alguns países da família romano-germânica existe a figura dos “precedentes obrigatórios” que não se apresentam incompatíveis com o sistema jurídico adotado⁵⁵. Na Alemanha, por exemplo, as decisões proferidas pelo Tribunal Federal de Justiça Constitucional possuem autoridade de precedente. Da mesma forma, às decisões proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal, chamados de assentos, eram reconhecidas a autoridade de precedente.

A função criadora criticada por Streck é defendida por outros autores. Gilmar

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**: eficácia, poder e função. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 70.

⁵⁴ TAVARES, op. cit., p. 398.

⁵⁵ DAVID, op. cit., p. 127.

Ferreira Mendes entende que a tendência ao precedente judicial vinculante não é nova e menciona as possibilidades elencadas por Nelson de Souza Sampaio. Segundo Sampaio o Judiciário pode praticar diversos atos, classificando-os quanto a sua extensão em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.⁵⁶

A função criadora do direito exercida pelos tribunais foi reconhecida por Hans Kelsen:

A interpretação autêntica, ou seja, aquela interpretação feita pelo órgão jurídico que deve aplicar a norma, pode concretizar uma das possibilidades descobertas na interpretação cognoscitiva da norma, como também pode produzir uma norma que não guarde relação alguma com o dispositivo aplicável, ou seja, que esteja fora da moldura estabelecida.⁵⁷

Para Gilmar Ferreira Mendes⁵⁸, a função criadora do direito apontada por Kelsen surge com maior evidência no momento em que o tribunal passa a ter competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Segundo o autor, conceder às decisões caráter de precedente é apenas um alargamento da função criadora do direito dos tribunais, coerente com a Teoria de Direito Kelseniana.

A posição adotada por Gilmar Ferreira Mendes aparece expressa na obra de Kelsen⁵⁹:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral.

Para Kelsen esta “função criadora dos tribunais” existe em todas as circunstâncias, porém se torna mais evidente no momento em que o tribunal recebe a competência para produzir normas gerais com força de precedente, exercendo legitimamente a função de legislador. Pela importância da passagem, cumpre registrar⁶⁰:

⁵⁶ SAMPAIO, Nelson Souza. **O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário**. RDP. V. 75, p. 5 apud MENDES, op. cit. p. 1008.

⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 187.

⁵⁸ MENDES, op. cit., p. 347.

⁵⁹ KELSEN, op. cit., p.174.

⁶⁰ Ibid., p. 175.

Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada.

Hart reconhece a impossibilidade do direito prever todas as situações e traz a solução para os casos nos quais inexistente norma expressa ou em que se reconhece uma “zona de penumbra”:

[...] em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em seu tempo, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente.⁶¹

É possível constatar que o modelo positivista, ciente da insuficiência da norma, reconhece que cabe aos juízes enfrentar os casos em que inexistente norma expressa ou que se apresenta uma zona de penumbra, criando direito para o caso. Essa “função criadora dos tribunais” torna-se ainda mais evidente quando o tribunal recebe a competência para produzir normas gerais com força de precedente. Nesse sentido, verifica-se que a súmula de efeito vinculante encontra respaldo teórico no pensamento Kelseniano e a força criadora de direito pelos Tribunais é coerente com o sistema da *civil law*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou responder se a Súmula Vinculante nº 13, que institui a vedação ao nepotismo no âmbito federal, consiste em um ato de criação de norma de conduta original ou em aplicação de direito preexistente, a partir de princípios constitucionais.

Inicialmente, foram analisados os dispositivos legais e constitucionais que inseriram a súmula com efeito vinculante no ordenamento brasileiro. A partir da análise, verificaram-se os requisitos necessários para a edição de súmula vinculante, quais sejam: a aprovação por maioria de dois terços dos votos do Supremo Tribunal Federal, a necessidade da matéria objeto da súmula ser questão atual sobre a interpretação de norma constitucional ou destas em face de normas infraconstitucionais capazes de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos e, a exigência de preexistência de reiteradas decisões

⁶¹ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 335.

sobre a matéria constitucional.

Importante referir que grande parte das críticas feitas à Súmula Vinculante nº 13 apontavam que a vedação ao nepotismo não havia sido suficientemente debatida no Supremo Tribunal Federal o que impediria a edição de súmula vinculante acerca da matéria. Entretanto, constatou-se que o debate fica registrado nas diversas decisões precederem a edição da Súmula Vinculante nº 13. A posição do Supremo Tribunal Federal em todas elas é coerente com aquela adotada na súmula vinculante: a vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal, pois a proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Verifica-se que os princípios constitucionais possuem força normativa. É possível que os princípios estabeleçam expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição, passando a exigir determinadas condutas. Os princípios configuram mais do que mera recomendação ética, possuindo caráter prescritivo hierarquicamente superior às demais regras. Nesse contexto, resta claro que, ao editar a Súmula Vinculante nº 13, o Supremo Tribunal Federal estabelece as mesmas restrições já imposta pela Constituição Federal no art. 37.

Ademais, constata-se que o próprio modelo positivista, ciente da insuficiência da norma, já aponta que caberá aos juízes enfrentar os casos em que inexistente norma expressa ou que se reconhece uma zona de penumbra, criando direito para o caso. Dessa forma, afirmar que Súmula Vinculante nº 13 não regula direito preexistente, seja por entender que a matéria não foi suficientemente debatida pelo Supremo Tribunal Federal ou por não reconhecer a força normativa dos princípios, não basta para obstaculizar a sua aplicação. Nesse caso, a súmula passará a ser compreendida como inovação e, portanto, criação de direito, porém ainda aceitável dentro do modelo positivista.

O direito positivo jamais deixou de recepcionar a criação do direito derivada de princípios ou para suprir lacunas, dada a incompletude do ordenamento. Tanto no positivismo clássico como na moderação proposta por Hart, percebe-se um espaço discricionário onde caberá aos juízes enfrentar os casos em que inexistente norma expressa ou em que se apresenta uma zona de textura aberta, permitindo a criação do direito para o caso.

Nesse contexto, verifica-se que a Súmula Vinculante nº 13 surge a partir de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da vedação do nepotismo e visa concretizar os princípios consagrados na Constituição Federal. Dessa forma, se é certo que os princípios possuem força normativa, sustenta-se de igual forma o argumento de que deles se extraem normas de conduta permissivas ou proibitivas. Por fim, ainda que não fosse possível

sustentar o direito preexistente à edição da Súmula, constata-se que a criação de direito pelo Supremo Tribunal Federal é perfeitamente compatível com o modelo positivista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2011.

_____. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. **Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 09 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 do Distrito Federal**. Associação dos Magistrados Brasileiros e Conselho Nacional de Justiça. Relator: Ministro Carlos Britto. 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADC\\$.SCLA.%20E%2012.NUME.\)%20OU%20\(ADC.ACMS.%20ADJ%2012.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADC$.SCLA.%20E%2012.NUME.)%20OU%20(ADC.ACMS.%20ADJ%2012.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 abr. 2011

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521-4 do Rio Grande do Sul**. Procurador-Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado do Rio

Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. 12 de março de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347111&codigoClasse=555&numero=1521&siglaRecurso=MC&classe=ADI>>, Acesso em: 21 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 516**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo516.htm>>. Acesso em: 19 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 579.951-4 do Rio Grande do Norte**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e município de Água Nova e outros. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 20 de agosto de 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(579951.NUME.%20OU%20579951.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(579951.NUME.%20OU%20579951.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 08 mar. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 13**. 21 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 09 out. 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 07, 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. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=100&Itemid=160>. Acesso em: 19 out. 2011.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Emerson. **O nepotismo**. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, jun. 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. 2. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 254-255.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Trad. da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p 433-434.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da Administração Pública**. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, jan. 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 2007. Disponível em:
<<http://www.al.rs.gov.br/frameset.asp?txtURL=Prop/Legislacao/constituicao.htm>> Acesso em: 27 OUT. 2011

_____. **Emenda Constitucional nº 12 de 14 de dezembro de 1995**. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 2007. Disponível em:
<http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=11400&hTexto=&Hid_IDNorma=11400>. Acesso em: 27 OUT. 2011

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.