

UNIVERSIDADE DO VALE DO SAPUCAÍ - UNIVÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS DA LINGUAGEM

DANIELLE ROBERTA DA SILVA PAIVA

**DISCURSO, INTERPRETAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA: UM
ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO DE DECISÕES CONFLITANTES**

Pouso Alegre
2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO SAPUCAÍ - UNIVÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS DA LINGUAGEM

DANIELLE ROBERTA DA SILVA PAIVA

**DISCURSO, INTERPRETAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA: UM
ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO DE DECISÕES CONFLITANTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências da Linguagem, da Universidade do Vale do Sapucaí para obtenção do título de Mestre em Ciências da Linguagem.

Orientadora: Professora Dra. Débora Raquel Hettwer
Massmann

Pouso Alegre
2016

P149d
2016

Paiva, Danielle Roberta da Silva.

Discurso, interpretação e segurança jurídica: um estudo sobre a produção de decisões conflitantes. / Danielle Roberta da Silva Paiva. – Universidade Vale do Sapucaí, 2016.
78p.

Orientadora: Professora Dra. Débora Raquel Hettwer Massmann.
Dissertação (Ciências da Linguagem) - Universidade do Vale do Sapucaí

1. Linguagem. 2. Discurso Jurídico. 3. Interpretação. 4. Segurança Jurídica. I. Universidade do Vale do Sapucaí. II. Título.

CDD 410

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

CERTIFICADO DE APROVAÇÃO

Certificamos que a dissertação intitulada "**DISCURSO, INTERPRETAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA: UM ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO DE DECISÕES CONFLITANTES**" foi defendida, em 25 de novembro de 2016, por **DANIELLE ROBERTA DA SILVA PAIVA**, aluna regularmente matriculada no Programa de Pós-Graduação em Ciências da Linguagem, nível Mestrado, sob o Registro Acadêmico nº 98008701, e aprovada pela Banca Examinadora composta por:



Profa. Dra. Débora Raquel Hettwer Massmann
Universidade do Vale do Sapucaí - UNIVÁS
Orientadora



Profa. Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin
Universidade Presbiteriana Mackenzie - MACKENZIE
Examinadora



Profa. Dra. Paula Chiaretti
Universidade do Vale do Sapucaí - UNIVÁS
Examinadora

DOCUMENTO VÁLIDO SOMENTE SE NO ORIGINAL

A Deus, pela vida abençoada.

A meus pais, Luiz e Helena, por tudo que me proporcionaram com tanto amor e dedicação.

Ao meu irmão Denner, por todo o incentivo e amizade.

Ao Leandro, meu esposo,
Pela paciência, pelo companheirismo,
Pelas palavras de incentivo
E pelo apoio incondicional.

À Professora Débora, orientadora e amiga,
Por acreditar em mim.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, dedico este trabalho para Deus, fonte de minha inspiração, agradeço infinitamente por mais uma conquista em minha vida.

Dedico para minha família, em especial ao meu pai Luiz Roberto e a minha mãe Maria Helena, que me ensinaram o valor do conhecimento como instrumento de transformação. Só tenho a agradecer pelos ensinamentos, sem a estrutura de vocês não teria conseguido.

Ao meu irmão Denner Luiz, pelo apoio nos momentos difíceis.

Ao meu querido esposo Leandro Paiva, por estar sempre ao meu lado e por ser tão importante na minha vida. Agradeço pelo companheirismo, amizade, paciência, compreensão, apoio. Obrigada por fazer parte deste sonho.

A professora e amiga Dra. Débora Raquel Hettwer Massmann, pela infinita disponibilidade, por todos os ensinamentos e pela impecável condução deste trabalho. Obrigada pela confiança!

As professoras Maria Onice Payer e Renata Barros, eis que a inspiração de ambas foi imprescindível para que a pesquisa pudesse ser desenvolvida.

A todos os professores do mestrado, que de alguma forma contribuíram para minha formação.

Aos familiares e amigos que me incentivaram e apoiaram nessa jornada.

Um enorme e sincero agradecimento ao Professor Antônio Carlos Luminatto, pela ajuda e confiança oferecida, obrigada pela força.

A CNEC FACECA pela ajuda de custo concedida durante todo o mestrado.

“A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito.”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

PAIVA, D. R. S. Discurso, Interpretação e Segurança Jurídica: Um estudo sobre a produção de decisões conflitantes. 2016. 78 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Linguagem, Universidade do Vale do Sapucaí, Pouso Alegre, 2016.

O objetivo deste trabalho é compreender e analisar quais são os processos de significação que, dentro de um processo jurídico, fazem com que os juízes interpretem e julguem de formas distintas processos considerados supostamente iguais ou semelhantes. De acordo com a teoria do Direito, os processos são considerados idênticos, mas para a Análise de Discurso não são, já que o funcionamento da ideologia e do sujeito tem um papel fundamental no processo de produção e circulação do sentido, compreende-se pela Análise de Discurso que não existem processos idênticos, pois os sujeitos e sentidos são sempre afetados pelas condições de produção, mudando a cada enunciação. O trabalho relata a transformação no poder das instituições sociais, as transferências de poderes, desde a determinação religiosa até a jurídica, mais precisamente do Poder Religioso para o Poder do Estado (Jurídico), implicando no surgimento do sujeito de direito, serão observadas, nesse sentido, sua constituição e sua junção ao longo do tempo. Neste estudo, busca-se compreender como o sujeito é interpelado e de que maneira o juiz decide os processos, sendo que são vários os efeitos de sentidos produzidos a partir da ideologia e da própria interpretação, e como as sentenças são elaboradas e impostas, já que atualmente a justiça é considerada falha por muitos, pois são inúmeros os processos idênticos com decisões divergentes. A comunicação pode ser considerada como um ponto de igualdade na sociedade, pois além de expressar aquilo que lhe convém, produz uma interação como meio de sobrevivência em sociedade, dá ao sujeito uma condição para expressar seus direitos e também uma forma de socialização. O presente trabalho destacará a interpretação na linguagem jurídica e relatará que ela não se faz por completa, pois é possível verificar na Análise de Discurso a questão da ambiguidade e imprecisão das palavras, por exemplo, na lei, podendo gerar inúmeros conflitos que ocasionam divergências no sistema jurisdicional. As divergências nos processos acabam violando o Princípio da Segurança Jurídica e também o Princípio da Confiança, estes princípios têm valor fundamental desde as sociedades antigas às contemporâneas. O órgão julgador, mais necessariamente, o juiz, além de solucionar os litígios, deve fundamentar sua decisão e inclusive aplicar mecanismos quando necessário para diminuir a incidência de conflitos com decisões distintas. Destarte, este trabalho apresenta também alguns conceitos jurídicos de forma que se possa analisar, à luz da Análise do Discurso, como a interpretação se faz presente no meio forense. É preciso compreender como o princípio da segurança jurídica influencia nas decisões, gerando melhores resultados aos cidadãos que esperam da justiça, clareza, objetividade e acima de tudo segurança. O Direito nasce com o intuito de regular as condutas humanas. O mesmo se dá em relação à linguagem que se apresenta como prática fundamental e necessária para a vida em sociedade.

Palavras chave: Linguagem; Discurso jurídico; Interpretação; Segurança Jurídica.

ABSTRACT

PAIVA, D. R. S. Discourse, Interpretation and Juridical Security: A study on the production of conflicting decisions. 2016. 78 f. Dissertation (Master degree) - Post-Graduate Program in Language Sciences, University of Vale do Sapucaí, Pouso Alegre, 2016.

The objective of this work is to understand and analyze which are the processes of meaning that, within a legal process, cause judges to interpret and judge in different ways processes considered supposedly the same or similar. According to the theory of Law, processes are considered identical, but for Discourse Analysis it is not sane, since the functioning of ideology and subject has a fundamental factor in the process of production and circulation of meaning, it is understood by the Discourse analysis that there are no identical processes, because subjects and senses are always affected by the conditions of production, changing each enunciation. The Work reports on the transformation in the power of social institutions, transfers of powers, from religious to legal determination, more precisely from Religious Power to State Power (Juridical), implying in the emergence of the subject of law, will be observed, in this Sense, its constitution and its union over time. In this study, it is sought to understand how the subject is questioned and how the judge decides the processes, being that there are several effects of the senses produced from the ideology and from the interpretation itself, and how the sentences are elaborated and imposed, already That justice is now considered to be flawed by many, as there are innumerable identical suits with divergent decisions. Communication can be considered as a point of equality in society, because in addition to expressing what suits him, produces interaction as a means of survival in society, gives the individual a condition to express their rights and also a form of socialization. The present work will highlight the interpretation in the legal language and will report that it is not made complete, because it is possible to verify in Discourse Analysis the question of ambiguity and imprecision of words, for example, in the law, being able to generate numerous conflicts that cause divergences in the Jurisdictional system. The divergences in the processes end up violating the Principle of Legal Security and also the Principle of Trust, these principles have fundamental value from ancient to contemporary societies. The adjudicating body, but necessarily the judge, in addition to resolving disputes must base its decision and even apply mechanisms when necessary to reduce the incidence of conflicts with different decisions. Thus, this work also presents some legal concepts in a way that can be analyzed in the light of Discourse Analysis as the interpretation is present in the forensic environment. It is necessary to understand how the principle of legal security influences decisions, generating better results for citizens, who expect justice, clarity, objectivity and, above all, security. Law is born with the intention of regulating human conduct. The same is true of the language that presents itself as a fundamental and necessary practice for life in society.

Keywords: language; legal discourse; Interpretation; Legal Security.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	10
INTRODUÇÃO.....	11
A INTERPRETAÇÃO NAS CIÊNCIAS HUMANAS: ENTRE O JURÍDICO E O DISCURSIVO	17
1 Direito e Sociedade.....	17
2 Interpretação Jurídica e Análise de Discurso	20
2.1 Sistema legal de objetivação dos julgados: um olhar discursivo	28
3 Compreendendo a Interpretação no Direito.....	34
DISCURSO E SUJEITO DO/NO DIREITO	37
1 Sujeito de Direito.....	37
2 Posição Sujeito e Forma Sujeito.....	46
3 Princípios e Direito.....	51
A LINGUAGEM E OS CONCEITOS JURÍDICOS.....	57
1 O Discurso do Direito em Análise.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS	78
ANEXOS	83

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o direito, enquanto campo do conhecimento, é tido como uma ciência social aplicada. Ele nasce da sociedade e existe como tentativa de controle social, de maneira que sua importância é encontrada na regulamentação das relações entre pessoas.

Impende notar que o profissional jurídico não deve se limitar a um conhecimento teórico, é preciso considerar habilidades a serem desenvolvidas e compreender os mecanismos de implementação das normas jurídicas no meio social.

As normas jurídicas¹ representam um mínimo ético necessário à existência da vida social. A sociedade é marcada por inúmeros conflitos e para que tais conflitos não sejam sanados apenas pela imposição da vontade do cidadão mais forte pelo mais fraco, tais contendas devem ser solucionadas por intermédio das normas estatais.

Na prática social, observa-se que nem sempre as normas são cumpridas de bom grado pelos cidadãos. Se diante de um conflito houver recalcitrância em cumprir essas normas, será preciso acionar o poder judiciário, através de um processo, postulando-se pela aplicação da norma jurídica na lide. Neste sentido, o processo é uma ferramenta formal e repleta de tecnicismos que visa à obtenção de uma solução. A manifestação dos interesses das partes dentro do processo se dá mediante à intermediação de advogados que se presumem conhecedores das formalidades que o processo exige. Assim, advogados peticionam o tempo todo no processo, visando expor os fatos ocorridos e seus argumentos para alcance do êxito de seus clientes.

Cada processo tem como objeto um conflito específico, por certo, que muito embora as partes dos processos sejam diferentes é comum que os conflitos sejam semelhantes. Assim sendo, há casos em que existem autores e réus diferentes, porém, a causa de pedir do processo e seus pedidos são iguais. É o que se chama de demandas repetitivas ou causas repetitivas.

Segundo Damiano (2007, p.28), “a linguagem representa o pensamento e funciona como mediador das relações sociais”. E toda ciência revela-se através de uma linguagem e todas têm

¹ “Para nós, as normas jurídicas são as significações que a leitura do texto desperta em nosso espírito e, nem sempre, coincidem com os artigos em que o legislador distribui a matéria no campo escrito da lei” (CABRAL *et al.*, 2016, p.18).

seu vocabulário específico para expressar-se, e com o direito também é assim, os operadores do direito precisam ter atenção à terminologia jurídica. Segundo Reale (2009, p.8), “é necessário, pois, que dediquem a maior atenção à terminologia jurídica, sem a qual não poderão penetrar no mundo do Direito [...] sem a linguagem do Direito não haverá possibilidade de comunicação”.

Considerando o exposto, toma-se como base para o desenvolvimento desta pesquisa a análise de discurso, que se configura como processo e movimento. Para tanto, o trabalho está inserido em uma perspectiva teórica na qual se compreende o funcionamento da linguagem na sociedade como um fato fundamental.

Uma análise se diferencia de outra já que é o ponto de vista sobre o objeto. Conforme Orlandi (2005, p.26), “na realidade, todo sujeito interpreta a partir de um dispositivo ideológico que o faz interpretar de uma maneira e não de outra”.

A linguagem está sujeita a seus equívocos e a análise de discurso permite analisar a relação do sujeito com a linguagem. Para Pêcheux (1990, p.79), “é impossível analisar um discurso como um texto [...] é necessário referi-lo ao conjunto de discursos possíveis, a partir de um estado definido das condições de produção”. Nas palavras de Orlandi, a análise de discurso ocupa um lugar

em que se reconhece a impossibilidade de um acesso direto ao sentido e que tem como característica considerar a interpretação como objeto de reflexão. Ela se representa como uma teoria da interpretação no sentido forte. Isto significa que a análise de discurso coloca a questão da interpretação, ou melhor, a interpretação é posta em questão pela análise de discurso. [...] O que faz a Análise de Discurso: ela interroga a interpretação (ORLANDI, 2008, p.21).

Compreende-se o processo judicial, conforme (DIMOULIS *et al*, 2014, p.7) “processos realizados pelo Poder Judiciário. Sua finalidade é aplicar normas de sanção (penalidades) quando são desrespeitados os imperativos de conduta”.

Portanto, os processos são compostos por um conjunto de texto, cuja produção e circulação se dão efetivamente no espaço jurídico. O texto é uma unidade de sentido e como tal não se apresenta fechada, ao contrário, dialoga com diferentes textos, outros discursos ao longo da história.

O texto jurídico, mais especificamente as petições, consistem em textos em que o advogado relata todos seus argumentos diante de um fato, sendo considerado como um funcionamento discursivo no que concerne ao funcionamento da ideologia² e, sobretudo, o modo como se dá o processo de interpretação deste texto pelo judiciário de modo que se possa analisar como um mesmo processo ou um mesmo fato jurídico pode ser interpretado de formas distintas, gerando conflitos nas decisões judiciais.

De um modo geral, pode-se dizer que estas petições e estes fatos jurídicos produzem sentidos a partir de um gesto de interpretação àqueles que interessam, no caso, à pessoa investida do poder estatal, o juiz e também às partes envolvidas em um processo judicial. É através dos modos de organização textual que a petição se fará compreensível ou não diante das partes (autor e réu) no processo. É através do gesto de interpretação que o juiz decidirá o processo. De acordo com Orlandi, o texto deve ser compreendido como

[...] uma peça de linguagem, uma peça que representa uma unidade significativa.
 [...] um texto do ponto de vista de sua apresentação empírica, é um objeto com começo, meio e fim, mas que se o considerarmos como discurso, reinstala-se imediatamente sua incompletude.
 [...] a compreensão é a apreensão das várias possibilidades de um texto. Para compreender, o leitor deve se relacionar com diferentes processos de significação que acontecem no texto. Esses processos, por sua vez, são função de historicidade, ou seja, da história do sujeito e do sentido do texto, enquanto discurso (ORLANDI, 1994, p.111 e passim).

A linguagem funciona na sociedade e para a sociedade, onde os gestos de interpretação produzem sentido, desta forma, a interpretação não se estabelece como unívoca.

[...] temos de pensar a linguagem de uma maneira muito particular: aquela que implica considerá-la necessariamente em relação à constituição dos sujeitos e à produção dos sentidos. Isto quer dizer que o discurso supõe um sistema significante, mas supõe também a relação deste sistema com sua exterioridade já que sem história não há sentido, ou seja, é a inscrição da história na língua que faz com que ela signifique. Daí os efeitos entre locutores. E, em contrapartida, a dimensão simbólica dos fatos (ORLANDI, 1994, p.53).

² Ideologia é o elemento determinante do sentido que está presente no interior do discurso e que, ao mesmo tempo, se reflete na exterioridade, a ideologia não é algo exterior ao discurso, mas sim constitutiva da prática discursiva. Entendida como a relação entre sujeito e linguagem, a ideologia não é consciente, mas está presente em toda manifestação do sujeito, permitindo sua identificação com a formação discursiva que o determina (FERREIRA, 2001, p.17).

Pois bem, deve-se esclarecer que a presente pesquisa tem por objetivo precípua compreender de que forma os processos que poderiam ser considerados idênticos são decididos de modos opostos, gerando imprevisibilidade das decisões judiciais. Cabe ressaltar que os casos podem ser considerados idênticos para o Direito, mas para a Análise de Discurso não são considerados idênticos, já que é preciso observar o funcionamento da ideologia e do sujeito como fator fundamental no processo de produção e circulação de sentido. O judiciário deve prever que casos iguais devem ter decisões iguais, apesar de não ser uma ciência exata e de existir uma pluralidade de fontes interpretativas ou integradoras, das quais os julgadores podem lançar mão, por exemplo, analogias, costumes e princípios.

Uma questão importante, quando se pensa no discurso jurídico, refere-se à interpretação no campo do direito. A interpretação para o direito não se fundamenta apenas na reconstrução do pensamento do legislador, a interpretação do direito não é apenas um sentido do texto normativo, mas sim a própria extração da norma do texto legal.

Logo, a interpretação vai além, conforme será exposto no decorrer do trabalho, os operadores do direito deverão observar as condições de produção que serão constituídas pelo processo de interação, conforme relata Orlandi (2011, p.190), analisar o que levou o legislador a escrever o texto normativo de um modo e não de outro, analisar os fatos.

Segundo Eros Roberto Grau (2005, p.85), o juiz que é considerado como um “intérprete autêntico” dotado de poder suficiente para criar as normas, que observa todos os efeitos de produção contidos no processo até mesmo sem perceber.

[...] a interpretação (...) é uma construção e uma reconstrução que explica, desenvolve, restringe, modifica substancialmente; reconduz-se sempre ao dado interpretado e sempre modificando-o. (...) Cada lei existe, no fim, qual interpretada; cada lei é qual a faz interpretação que seja acolhida e esta interpretação na realidade reconstrói a lei e pode fazê-la diversa da primeira inteligência; transforma-a com o tempo; adapta-as, modifica-a; desenvolve-a ou reduz a nada. E nesta interpretação se fazem valer as exigências e as convicções do intérprete, assim como aquela condenação moral que, toda via, não se ergue eticamente contra a norma, negando-a, mas se concretiza interpretando-a e plasmando-a (...); respeitando-a e assim respeitando a exigência de ordem e de certeza que está sempre representa, mas, ao mesmo tempo, transformando-a e, assim, adequando-a a um sempre mutável equilíbrio de contrastantes forças e valorações (GRAU, 2005, p.72).

A interpretação desenvolvida pelo juiz não é a mesma interpretação dos demais operadores do Direito, pois o juiz pratica o ato decisional e somente ele é autorizado a definir a decisão em cada caso. Dessa forma,

O conflito entre os direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios etc.), que podem vir a envolver-se numa relação do conflito ou colisão. Para solucionar-se esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete (MORAES, 2006, p.9).

A interpretação, neste caso, é considerada para o direito como aplicação da norma, ou seja, o juiz compreenderá o caso através das petições e provas existentes no processo, para então, julgar o conflito por intermédio da sentença judicial. Conforme Grau (2005, p.66), “o juiz não pode criar normas gerais, mas cria direito porque cria normas individualizadas; o juiz não legisla nem suplementa a lei, mas, dentro do espaço que lhe sinaliza a lei, o juiz se autodetermina; eis aí a interpretação”.

Destarte, um texto é considerado um objeto simbólico que é sempre aberto à interpretação, podendo tornar-se obscuro devido à grande tensão de interesses que circulam o conflito, a interpretação das leis pode, por vezes, gerar uma manipulação em seu entendimento, de maneira a beneficiar ou afetar algum cidadão.

A interpretação para o direito parece fazer uma alusão com à compreensão, os operadores interpretam, então, os operadores compreendem. Segundo GRAU (2005, p.69) “em sentido amplo, interpretar é compreender”.

O produto da interpretação dos textos legais consiste em normas³, ou seja, a norma é o resultado da interpretação. No direito, a interpretação não se limita à compreensão do que se está interpretando, a norma já é o resultado da atividade de interpretar. Consequentemente,

A norma é uma manifestação de poder. Quem produz uma norma exerce um ato de poder. E é certo ainda que não apenas o intérprete autêntico interpreta. Também os

³ Não se pretende aprofundar no conceito e na distinção de Texto e Norma, apenas para superficial entendimento, segue: “Texto e norma não se identificam: o Texto é o sinal linguístico; a norma é o que se revela, designa” (GRAU, 2005, p.80).

A norma é a interpretação do texto normativo (GRAU, 2005, p.23).

fazem os advogados, os juristas, o administrador público e os cidadãos, até o momento anterior ao da definição da norma de decisão. Ora, se a normas nascem da interpretação, também esses interpretes, não autênticos, produzem normas (GRAU, 2005, p.85).

Consciente dessa relação entre linguagem e direito, deve-se esclarecer que, esta pesquisa, conforme exposto anteriormente, filia-se a uma perspectiva discursiva em que se compreende que a linguagem está suscetível às formas e funções, consideradas por condições de produção. A linguagem pode ser produzida através de um processo discursivo que se constitui na história e no modo como os sentidos são produzidos pelos sujeitos em função de condições de produções, em função de uma memória de sentidos que afeta e modifica o dizer.

Assim, a linguagem não é exata, vez que um mesmo texto permite diversas interpretações. O efeito de semelhança se dá em campos diferentes, onde um caso supostamente igual pode ter decisões diferentes. No mundo jurídico, as decisões divergentes de casos idênticos revelam-se como um problema a ser considerado e/ou solucionado, já que podem comprometer a confiança do cidadão no judiciário. O jurisdicionado não consegue, na maioria dos casos, compreender porque casos similares tiveram sorte diferente.

A perda de confiança do cidadão no judiciário é grave, pois, conforme afirma Didier Júnior (2015, p.142), “a confiança é um dos princípios que estruturam o Direito Processual Civil [...] a quem entenda ainda que o princípio da proteção da confiança impõe também um dever de um tribunal de uniformizar a própria jurisprudência”.

Neste viés, torna-se importante investigar o funcionamento das deliberações (sentenças jurídicas) conflitantes, para compreender os processos discursivos em funcionamento nas decisões dos juízes que julgam casos iguais de forma diferente. Em outras palavras, trata-se de compreender e analisar na materialidade linguística que, dentro de um processo, fazem com que os magistrados compreendam e interpretem as demandas de forma diferente e assim as julguem de maneiras opostas.

CAPÍTULO 1

A INTERPRETAÇÃO NAS CIÊNCIAS HUMANAS: ENTRE O JURÍDICO E O DISCURSIVO

1 Direito e Sociedade

Na sociedade, faz-se necessária a existência de certa coesão e organização, ou seja, deve haver harmonia por intermédio da busca de valores morais entre os indivíduos que a compõem e, sem dúvida, um dos elementos de conformidade dos grupos sociais constitui-se nas normas que regulamentam a vida em sociedade.

Qualquer tipo de sociedade, sejam as mais antigas ou as mais modernas, possui normas básicas de convivência. Não se discute aqui a questão da justiça e legitimidade de tais normas, no entanto, compete observar que as normas são necessárias para a regulação e a manutenção da ordem social.

A sociedade humana não é apenas um aglomerado de indivíduos, mas é um aglomerado ordenado, isto é, organizado, disciplinado por uns cem números de regras de variada natureza. As obediências dessas regras mantêm a estrutura da sociedade e nenhuma sociedade subsistiria senão graças a ela (MENDONÇA, 2010, p.36).

Evidentemente, nem todas as regras que norteiam uma sociedade possuem a mesma natureza. Existem normas de variadas finalidades: as normas de etiqueta; as normas de cunho ético e as normas jurídicas. As normas jurídicas possuem fonte no Estado e são de cumprimento impositivo (coercitivo), ou seja, que impõem regras.

As normas éticas e de etiqueta social são em certa medida produto da razão e do plano social, de maneira que seu descumprimento não implica em coerção estatal, isto é, não é necessária a utilização do poder do estado para que se possam cumprir tais normas.

Conforme expõe Vázquez (2002, p.23), “ a ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. Ou seja, é a ciência de uma forma específica de comportamento humano”. A norma ética é, pois, um já construído, um “dever ser”.

As normas jurídicas possuem como alicerce o próprio Estado que são compulsórias, ou seja, obrigatórias e ao serem violadas sujeitam o violador a uma coação forçada do poder estatal, que é a punição imposta pelo Estado.

Sabe-se que para o Direito existe o pluralismo jurídico⁴ que para Boaventura “surge para preencher a lacuna promovida pela ausência do Estado em determinadas localidades”, porém não será analisado no presente trabalho.

A pretensão de formular princípios e normas universais, deixando de lado a experiência moral histórica, afastaria da teoria precisamente a realidade que deveria explicar. Também é certo que muitas doutrinas éticas do passado não são uma investigação ou esclarecimento da moral como comportamento efetivo, humano, mas uma justificação ideológica de determinada moral, correspondente a determinadas necessidades sociais (VÁZQUEZ, 2002, p.20).

Com efeito, percebe-se que as sociedades estão intimamente entrelaçadas às normas, sobretudo às normas jurídicas, que são o cerne principal deste trabalho, a recíproca também é verdadeira já que as normas também estão ligadas às sociedades, posto que as normas jurídicas também dependem da existência de uma sociedade.

Assim, ao considerar o direito como um conjunto de normas jurídicas que regulamentam a sociedade, conclui-se que o direito é um fenômeno social que decorre da própria existência das sociedades. Corroborando nesse sentido Reale (2004, p.2), “o direito é, por conseguinte, um fato, ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela, uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social”.

O fenômeno jurídico é um acontecimento social. Pode-se observar ainda que o fenômeno jurídico está inserido na história, através de realidades sociais já que antes o poder era considerado pelo caráter sagrado e com o passar do tempo este poder passou a ser considerado também como um fenômeno jurídico, de maneira racional, por meio da autonomia,

⁴ SANTOS, Boaventura Sousa. O discurso e o poder. Ensaios sobre a sociologia retórica jurídica. Porto Alegre: SAFE, 1988. p.7-99.

haja vista que as normas jurídicas se destinam a regulamentar as relações intersubjetivas que envolvem sempre dois ou mais sujeitos. Não existe direito para um homem só. O direito, nesta perspectiva, revela-se necessário para que estas relações se mantenham em um patamar equilibrado, impedindo que um sujeito sucumba ao alvedrio do outro, isto é, a vontade de outro.

[...] por mais que estejam sujeitos a um processo de evolução, sociedade e direito trazem na sua estrutura algo capaz de resistir sempre a todas as mudanças que se operam em si mesmos no decurso do tempo. Eis que estabelece a relação entre passado e presente. Por isso, o direito jamais poderá ser desvinculado de suas origens se o quisermos melhor compreendido no contexto da sociedade de nossos dias (NASCIMENTO, 2006, p.3).

É fato que as normas éticas também se destinam a regulamentar as relações entre sujeitos, porém, as normas éticas não advêm do Estado e não são codificadas em leis.

Assim, embora a ética seja importante, nenhuma sociedade subsistiria apenas baseada em normas éticas. As sociedades reclamam a existência de um direito formal devidamente instituído e tutelado pelo Estado.

Este direito não está alheio à ética uma vez que as normas jurídicas devem sim inspirar nas normas éticas, para que possa atingir um ideário de justiça.

O direito se inspira na ética, mas nem tudo que é ético faz parte do mundo jurídico. O mundo ético é muito mais abrangente do que o mundo jurídico.

Esta constatação é teorizada como “Teoria do mínimo ético”, na qual o direito consistiria em um mínimo de normas éticas necessárias para que a sociedade possa subsistir:

A teoria do mínimo ético consiste em dizer que o direito representa o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos para que a sociedade não soçobre (REALE, 2004, p.42).

Logo, pode-se concluir que o direito está irmanado, ligado à sociedade sendo, pois, um mínimo obrigatório de normas éticas necessárias à viabilização da vida em grupo.

Sem direito não há sociedade e sem sociedade não há direito.

2 Interpretação Jurídica e Análise de Discurso

Observa-se que, no campo do direito, existe vasta pesquisa e material bibliográfico, o que torna o material jurídico muito extenso. Existem diversos códigos comentados pelos mais variados autores, em que cada um externou seu entendimento de cada artigo, uma compilação de posicionamentos que busca dar um efeito de uniformidade. A posição adotada pelos autores de obras jurídicas não necessariamente precisa ser de agentes públicos e/ou dotados de poder jurisdicional.

O conjunto de obras relacionadas ao direito são tradicionalmente chamadas de doutrinas, conforme explica Cabral:

Inspirada na teologia, a “doutrina” jurídica assumia pressupostos e conceitos filosóficos jusnaturalistas e assumia para si a tarefa de dar as “melhores”- isto é, mais justas, mais corretas- interpretações de normas jurídicas. Essa tarefa, presente até hoje em livros de “doutrina”, normalmente divididos por áreas ou “ramos” do Direito [...] de uma teoria “pura”, puramente descritiva, geral e universal e, por isso mesmo, científica de Direito (CABRAL *et al*, 2016, p.33).

Apesar de serem chamados de doutrinadores, os autores são que estudiosos que também comentam artigos explicando suas interpretações, agregando mais e mais obras ao mercado editorial.

Verificam-se diversos entendimentos sobre o conceito de segurança jurídica na doutrina, já que o assunto é de interesse da sociedade e com isso surgem novas ideias, por consequência novos conceitos.

Esperam-se as atualizações nas doutrinas, renovando sempre os entendimentos, como forma de conhecimento das garantias do direito. Seguem abaixo algumas interpretações acerca da segurança jurídica:

Fredie Didier Júnior (2015, p.137), em seu Livro de Curso de Direito Processual Civil, ressalta que a segurança jurídica é uma garantia de confiança ao cidadão, visto que para a segurança jurídica, “o legislador brasileiro visa garantir certa previsibilidade quanto à atuação do Estado Juiz”, de maneira que este princípio deve ser repensado de maneira que não atinja somente situações do passado, mas que também traga expectativas a partir do comportamento

presente. Se o judiciário julga situações iguais de forma distinta, os cidadãos acabam se sentindo perdidos, sem saber a maneira certa de agir.

Marcus Vinícius Furtado Coêlho (2015) considera de maneira mais abrangente a ideia de segurança jurídica, conceituando-a sob três prismas: a primeira pela visão da sociedade; a segunda pela visão do cidadão; e em terceiro pelo ponto de vista do órgão julgador. Ou seja, pode-se perceber que este autor leva em consideração que o princípio de segurança jurídica deve ser interpretado sob ponto de vista de cada um.

Pontes de Miranda (2005, p.234), por outro lado, ressalta que “não se trata de um princípio independente: envolve o “deve” e constitui conclusão prática, a que se chega sempre que atendermos à essencialidade do direito para a vida social e à necessidade de se realizar nos fatos (que são o concreto, o particular) o geral e o abstrato, que é o sistema”.

Percebe-se quanto às opiniões sobre as doutrinas que, por vezes, cada autor expõe em seu livro interpretações divergentes de outro, o que em análise de discurso pode ser definido como efeito metafórico⁵. Logo, é possível falar de um mesmo assunto, porém, de forma diferente.

A ideologia, a historicidade se faz lugar da/na interpretação, ou seja, a língua e a história estão juntas produzindo e afetando a interpretação, definido como funcionamento discursivo, para Pêcheux (1988): “efeitos linguísticos”.

[...] é neste lugar, em que se produz o deslize de sentidos, enquanto efeito metafórico onde língua e história se ligam pelo equívoco (materialmente determinado) que se define como trabalho ideológico, em outras palavras, o trabalho da interpretação. Como, paralelamente, este efeito, ao constituir o sentido, constitui o sujeito, podemos dizer que a metáfora também está na base da constituição do sujeito, na perspectiva do histórico, do equívoco, da relação língua/discurso.

[...] a interpretação é constitutiva do sujeito e do sentido. Não estamos dizendo, com isso, que o sujeito é interpretável ou o sentido é interpretável; estamos dizendo que a interpretação *faz* sujeito, a interpretação *faz* sentido (ORLANDI, 2007, p.82 e passim grifo da autora).

A existência dos comentários jurídicos serve como uma espécie de manual de consulta, diversos pontos de vista sob um mesmo assunto ou um mesmo artigo de lei. Os operadores do

⁵ M. Pêcheux (1969) vai chamar de efeito metafórico o fenômeno semântico produzido por uma substituição contextual, lembrando que esse “deslizamento de sentido” entre X e Y é constitutivo do sentido designado por X e Y. (ORLANDI, 2007, p.80)

direito buscam, em tais obras, a interpretação que melhor se adeque ao caso concreto em que está atuando. Como a interpretação tem uma relação fundamental com a materialidade da linguagem, as diferentes linguagens significam diferentemente: são assim distintos gestos de interpretação que constituem a relação com o sentido nas diferentes linguagens⁶.

Os códigos comentados podem ser analisados como “montagens discursivas” (ORLANDI, 2007, p.87), que detectam os “momentos de interpretação” quando os autores utilizam da matéria original para tecerem seus comentários, fazendo suas montagens discursivas.

Ao analisar o material de análise do livro *Interpretação* de Orlandi (2007, p.8): “O **gesto do analista**⁷ é determinado pelo dispositivo teórico enquanto o **gesto do sujeito comum**⁸ é determinado pelo dispositivo ideológico”. Como alerta Ferraz Júnior, a interpretação jurídica se distingue das demais formas de interpretação, haja vista que seu ponto de partida é diferente:

O jurista não interpreta como faz o ser humano, ordinariamente, quando procura entender o que foi comunicado, captando o sentido a partir de um esquema de compreensão próprio de quem ouve, a fim de orientar suas reações e subsequentes ações. Já o jurista pressupõe que, no discurso normativo, são fornecidas razões para agir de um certo modo e não de outro. Essas razões, portanto, se destinam a uma tomada de posição diante diferentes possibilidades de ação nem sempre congruentes, ou seja, conflitivas. Pressupõe, assim, que o ser humano age significadamente, isto é, atribui significação à sua ação. Como essa significação conhece variações subjetivas a interpretação jurídica cria condições para tornar decidível esse conflito significativo (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p.216).

Impende perguntar: o juiz, enquanto intérprete das leis ocupa posição analista ou posição sujeito comum que segue as regras estabelecidas de como é o “dever ser”⁹ a partir do direito da posição juiz? Seria o surgimento, então, de um dispositivo, chamado de gesto técnico, que estaria entre o gesto do analista e gesto sujeito comum? Considerado, este último, como gesto de interpretação técnico do/no Direito.¹⁰

⁶ ORLANDI, Eni Puccinelli. *Discurso e Texto: Formulação e Circulação dos Sentidos*. São Paulo: Pontes, 2008.

⁷ Grifo nosso.

⁸ Grifo nosso.

⁹ “Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro (KELSEN, 1998, p.8).

¹⁰ Constatação que surgiu na Disciplina Língua, Memória, Nação, Estado, ministrada pela Professora Doutora Maria Onice Payer a quem faço meu sincero agradecimento pelo incentivo e pelos ensinamentos em suas aulas.

Na busca de uma refutação para as perguntas citadas anteriormente verifica-se nos livros de Eni Orlandi o que se espera (va) por uma resposta:

Sem esquecer que determinar significa ser constitutivo e não relação causa/ efeito, muito menos mecânica. Nos dois gestos temos mediação. Mas a mediação da posição construída pelo analista não reflete, ao contrário, trabalha a questão da alteridade. Na mediação do dispositivo ideológico, o sujeito está sob o efeito de apagamento da alteridade (exterioridade, historicidade): daí a ilusão do sentido lá, de sua evidência (ORLANDI, 2007, p.84).

Neste caso, Orlandi coloca que existe um intermédio, uma mediação, entre um e outro, onde o analista “se inscreva em uma relação crítica com o conjunto complexo de formações”, e essa mediação pode ser considerada também no Direito, já que o juiz não irá ocupar posição de analista e sim de um sujeito comum.

Para o direito, a concepção de interpretação parece ser óbvia para a área, algo concreto, claro, porém para os conhecedores da análise de discurso é possível perceber que o sujeito que o interpreta está sendo constituído por diversos efeitos de sentido (os sujeitos em suas posições) e como sujeito de ideologia jurídica deve agir mediante a interpretação.

Interpretar, portanto, é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva. Dizemos também, em consequência, que toda interpretação é duplamente contingente. Ora, essa contingência tem de ser controlada, ou a fala não se realiza. Para seu controle precisamos de códigos, isto é, seletividades fortalecidas a que ambos os comunicadores têm acesso, que podem ser fruto de convenções implícitas ou explícitas (DIDIER JÚNIOR, 2015 p.215).

Para o universo jurídico, a lei enquanto objeto textual busca produzir uma autoridade que constitui o sentido da lei considerada como uma verdade unívoca, de uma só interpretação, não ambígua. Apesar de os operadores do direito tratam-na como se fosse, na verdade não é, na medida em que um texto normativo admite diferentes interpretações.

Os operadores acreditam possuir autoridade para administrar e utilizar as leis de forma que o texto seja moldado para que possa servir tanto para acusar quanto para defender, que pode estar deste ou daquele lado, ou ainda que possam existir brechas para melhor utilidade que lhe convier.

Neste viés, pode-se verificar que de nada adianta interpretar a lei, se a interpretação que irá produzir sentido ao texto for utilizada de maneira condizente no momento, como se fosse uma forma de manipulação do texto a ser utilizado ao livre arbítrio, algo em torno da própria vontade e interesse do sujeito.

Mas, por este lado, pode-se também perceber que nenhum texto do mundo é unívoco, inclusive o normativo, pois, todo texto produz efeito de sentidos. Mesmo o texto significando, ele não produz o mesmo significado para todas as pessoas.

Se você considerar a Constituição como uma miscelânea não-interpretada de rabiscos de tinta a considerar a teoria jurídica [interpretação] como destinada a oferecer-lhe significado em conformidade com a melhor teoria a oferecer-lhe significado em conformidade com a melhor teoria moral que existe, então não existe nenhuma lacuna entre o Direito ideal e a interpretação do Direito existente. Sob essas condições pode-se interpretar que a Constituição não significa absolutamente nada. Pode-se lê-la de modo que signifique o mesmo que Hamlet de Shakespeare (MARMOR, 1986, p.29).

Os sentidos, entretanto, não podem ser tomados numa única direção, não são únicos. Orlandi (2008, p.65), ensina que em relação à linguagem e ao funcionamento dos sentidos “o que há são versões”. Nesta perspectiva, o processo de significação da lei não cessa de ser interpretado e de produzir interpretações distintas conforme as condições de produção que estão em jogo na situação discursiva.

A propósito de um enunciado como “declaro o réu culpado”, dito pelo juiz, em uma situação formal, não interessa se o que ele diz é verdadeiro ou falso. O que interessa é que, ao dizer isso, o locutor (que é o juiz) tem autoridade para condenar o réu. Quer dizer, o juiz não está informando a culpa do réu, ele o está condenando. Não informa, cumpre um ato, age (ORLANDI, 2009, p.55).

Um texto não é produzido apenas para oferecer algo legítimo, e por este motivo deve ser respeitado, pois o que o autor disse, não será entendido da mesma maneira que ele se propôs a dizer, mesmo porque não existe uma interpretação considerada inválida ou até mesmo considerada objetivamente verdadeira ou correta.

No entanto, pelo conceito de interpretação, é preciso relatar que existem inúmeros tipos de texto, por este motivo, relata Marmor (2007, p.30), “é melhor pensar nas restrições

específicas (tais como a do “significado claro” no direito) como indicadores de boas interpretações contra más interpretações”.

Sob o ponto de vista da análise de discurso e considerando a interpretação e a ideologia, será notório que ao ler os argumentos dos advogados em uma petição, o juiz poderá fazer diversos deslocamentos para julgar um processo. Como relata Orlandi, o sujeito não pode não significar, ou seja, o juiz, ao interpretar o texto de uma petição, irá prolatar sua sentença através de sua ideologia mesmo sem ter consciência de que a ideologia trabalha no sujeito, ou seja, nele enquanto posição sujeito.

É pela interpretação que o sujeito se submete à ideologia, ao efeito da literalidade, impressão do sentido já lá. A ideologia se caracteriza assim pela fixação de um conteúdo, pela impressão do sentido literal, pelo apagamento da materialidade da linguagem e da história, pela estruturação ideológica da subjetividade. Na medida em que a análise e discurso trabalha o efeito ideológico, ela toma posição face a um conjunto de questões colocadas em relação à significação e a história. Na construção de seu dispositivo, ela teoriza sobre o fato da interpretação (ORLANDI, 2008, p.22).

Desta forma, toda interpretação produz sentidos e não-sentidos fazendo com que qualquer pessoa interprete algo mesmo sem perceber. De acordo com Orlandi (1996, p.18), “a interpretação é o vestígio do possível. É o lugar próprio da ideologia e é materializada pela história”. Assim, ainda de acordo com a autora (2008, p.46), o sujeito se constitui e se significa por ser afetado (“o indivíduo é interpelado em sujeito pela ideologia”) pela língua e pelo mundo (relação do simbólico e da história: “a discursividade é a inscrição dos efeitos da língua, sujeita a falha na história”).

É preciso prudência na interpretação do direito, pois são inúmeras causas que podem ensejar decisões conflitantes, tais como: texto da lei, elaboração das petições pelas partes conflitantes, persuasão do juiz, clamor da sociedade, ambiguidade e imprecisão de palavras e/ou expressões, valoração das provas, preceitos sociais e religiosos, análise histórica do caso pelo juiz e até mesmo julgamentos feitos com discricionariedade pelo magistrado.

Quanto mais regulares forem as decisões no mesmo sentido a respeito de determinado tema, ter-se-á aí a formação de uma jurisprudência¹¹, que certamente influenciará no julgamento de casos análogos.

A função dos juízes é de suma importância, sendo que estes buscam solucionar os conflitos. Faz-se necessária, portanto, a compreensão pela análise de discurso que existe na posição juiz um pré construído, uma opinião já formada pelo sujeito.

[...] um dispositivo do ordenamento jurídico, apesar de claro, pode representar, num caso concreto, uma injustiça, que o intérprete aplicador deve evitar, utilizando-se de métodos exegéticos e dos princípios hermenêuticos para impedir a contradição no direito. Na verdade, se o direito, embora claro, aplicado gera a injustiça, não seria o caso de interpretá-lo, desde que razoavelmente, de acordo com seu último? É preciso, porém cuidado: o juiz julga segundo a lei, não julga a lei (POLETTI, 2010, p.306).

A interpretação, a ideologia e a historicidade (Orlandi, 2008, p.24) são as causas dos deslizamentos presentes na interpretação de um texto, por este motivo, o juiz, enquanto um analista de discurso não consegue distanciar dos deslizamentos, pois as causas dos deslizamentos se fazem presentes o tempo todo.

Uma vez interpelado em sujeito, pela ideologia, em um processo simbólico, o indivíduo, agora enquanto sujeito, determina-se pelo modo como, na história, terá dia forma individual (izada) concreta: no caso do capitalismo, que é o caso presente, a forma de um indivíduo livre de coerções e responsável, que deve assim responder, como sujeito jurídico (sujeito de direitos e deveres), frente ao Estado e aos outros homens (ORLANDI, 2008, p.107).

O analista deve avaliar todos os funcionamentos da interpretação e verificar a posição sujeito que faz sentido e que se ocupa. Conforme os ensinamentos de Eni Orlandi (2007, p.49), “o analista de discurso vai então trabalhar com os movimentos (gestos) de interpretação do sujeito (sua posição), na determinação da história, tomando o discurso como efeito de sentido entre locutores”.

¹¹ A jurisprudência possui algumas características assemelhadas ao costume. Este se forma no decorrer do tempo, quando uma sociedade, reiteradamente, aceita determinadas formas de procedimento devem ser estimuladas e outras proibidas. [...] A sentença reiterada, ou jurisprudência, como fonte formal da regra jurídica, tem algo assemelhado, pois é a forma como os juízes costumam decidir. Assim, como a aceitação reiterada de uma forma de conduta pelos integrantes de uma sociedade dá razão de ser ao costume, a aceitação reiterada de uma forma de decisão pelos encarregados dos processos de solução dos conflitos justifica a jurisprudência (MENDONÇA, 2010, p.76).

O legislador, enquanto editor dos textos da lei, pode eventualmente não conseguir redigir a lei da maneira que se pretendia. Tal fenômeno é chamado de antinomia, que no campo do direito é verificada quando leis e alguns princípios colidem.

Maria Helena Diniz entende que antinomia é:

[...] o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deve ser aplicada ao caso singular (DINIZ, 2003, p.471).

As falhas na técnica legislativa normalmente impedem que os intérpretes da lei a apliquem nos termos em que o legislador pretendia, ou seja, tinha a intencionalidade. Com efeito, a antinomia técnica gera conflitos na interpretação da lei.

Seja pela antinomia técnica ou pelas diversas maneiras de interpretação, é certo que nem sempre um mesmo texto legal é interpretado da mesma forma, até porque são inúmeras as variantes de interpretação e, com isso, abre espaço para as lacunas¹², brechas, ambiguidade o que resultará em soluções distintas para casos similares.

Logo, o aplicador da lei, ao executá-la, o faz de acordo com seus princípios, com sua consciência, da maneira que defina satisfatória. E, não se faz necessário alterar a lei, pois, na maioria das vezes, ocorrendo problemas das decisões, o STF poderá reverter a situação criando súmulas vinculantes¹³, que não entrem no mérito de questões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

¹²*Lacunae da Lei* são espaços juridicamente vazios em razão do silêncio do sistema legal. O comportamento humano, tais situações, não foi proibido nem autorizado nem ordenado, em tais situações, não foi proibido nem autorizado nem ordenado nem desaprovado. O termo, mais uma vez, é utilizado, em Direito, com significado metafórico, pois, a rigor, lacuna diria respeito a um vazio real dentro de um espaço preenchido. Lacuna não significa impossibilidade de julgamento, pois o julgamento nem só é possível como até é obrigatório, mas refere-se à inexistência de lei explícita aplicável ao caso a ser julgado. As lacunas existem, ou podem existir, como reconhece nossa legislação, e precisam ser supridas, em conformidade com regras estabelecidas no próprio sistema (MENDONÇA, 2010, p.117, grifo do autor).

¹³ As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço a ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois, os órgãos do poder judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária (MORAES, 2006, p. 515).

E, se porventura não existirem mecanismos dentro do próprio ordenamento jurídico para tentar corrigir a divergência de interpretação, restará ao juiz ajustar seu posicionamento de acordo com sua interpretação para atender de maneira condizente seu objetivo, diante do conflito que deva solucionar. Ressalta-se que havendo ou não mecanismos, a decisão do juiz será afetada pela ideologia.

Isso quer dizer que o estudo do Direito é calcado em interpretações e criações de expectativas de regramento jurídico com base nessas interpretações está fadado a produzir resultados inúteis ou incorretos sobre como as situações sociais reguladas pelo Direito de fato se dão (CABRAL *et al*, 2016, p.34).

O fato é que, com ou sem precedentes vinculantes, sempre haverá a necessidade de interpretar. Segundo Poletti (2010, p.322), “não prescindem eles de uma interpretação. Na verdade, o direito é também uma arte e os juristas são artistas que o interpretam”.

Se a interpretação é o “lugar próprio da ideologia”, pode-se dizer que o juiz interpreta e julga o processo afetado pelas condições de produção. Essas condições, segundo Orlandi (2005, p.30), “compreendem fundamentalmente os sujeitos e a situação. Também a memória faz parte da produção do discurso”.

Ainda de acordo com Orlandi (2007, p.18), “o gesto da interpretação se dá porque o espaço simbólico é marcado pela incompletude, pela relação com o silêncio”. Ao interpretar, o juiz aplica ao caso concreto o texto normativo, que é de caráter genérico. Interpretar a lei e trazê-la do plano do geral para o plano específico, ou seja, para o caso concreto.

É de suma importância saber de que maneira o judiciário produz decisões conflitantes em casos idênticos ou semelhantes, gerando divergência e insegurança em relação as decisões judiciais. Como processos idênticos são decididos de modo oposto e/ou divergente? Tal fenômeno surpreende não somente os operadores do direito, mas principalmente as partes envolvidas.

2.1 Sistema legal de objetivação dos julgados: um olhar discursivo

A questão da divergência de julgamentos é um problema tormentoso para o sistema de justiça. As decisões divergentes geram insegurança jurídica por parte dos jurisdicionados, estes, não conseguem compreender a razão pelo qual casos iguais foram julgados de maneira discrepante.

É uma questão que afeta a própria soberania do Estado, visto que a perda de confiança no judiciário poderia deflagrar nos cidadãos o desejo de fazer justiça com as próprias mãos.

Não se pode admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega à solução distinta. Daí a importância de os tribunais promoverem a uniformização de sua jurisprudência, de forma a zelar também pela estabilidade, integridade e coerência (DIDIER JÚNIOR 2015, p. 468).

Por óbvio que um problema desta magnitude não passou despercebido aos olhos do Estado e, sobretudo, dos legisladores. Além disso, muitas são as ferramentas e técnicas, dentro do ordenamento jurídico do Brasil, que têm o poder de estabelecer um sistema de objetivação dos julgamentos.

O cerne foi de criar o instituto jurídico, chamado de precedentes, das mais diversas naturezas, que sirvam como matrizes vinculantes, ou seja, casos já solucionados que servirão de precedentes para julgar casos análogos. Para Didier Júnior, o precedente nada mais é do que o julgamento de um caso concreto que servirá para eventuais decisões de casos similares:

Em sentido lato o precedente é a decisão judicial tomada a luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos [...] todo precedente é composto de duas partes distintas: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.441).

Na realidade, a expressão “precedente” é de natureza genérica, à medida que existem vários tipos diferentes de precedentes, tais como: súmulas vinculantes, julgamentos em recursos repetitivos, súmulas de tribunais, julgamentos em incidentes de demandas repetitivas e outros. Didier Júnior (2015), justifica a necessidade de existência de um sistema legal de precedentes ao argumento de que estes seriam indispensáveis à promoção da segurança jurídica visto que ensejam objetivação de julgados.

Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, não se mostra suficiente a assegurar aos jurisdicionados a mínima segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito. O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para as demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento da quantidade de demandas (DONIZETTI, 2016, p.1303).

Assim, na visão do direito, quanto mais espaço para sistemas legais de precedentes obrigatórios, menor pode (ria) ser autonomia dos juízes.

A interpretação de qualquer tipologia também não deve ser feita de forma automática. Isto é, os resultados da aplicação de uma tipologia devem ser referidos ao contexto sócio histórico do texto que foi objeto da análise, pois esses resultados não são evidentes por si (ORLANDI, 2011, p. 234).

Estes, ao invés de julgarem, teoricamente, com liberdade no domínio jurídico, terão de seguir posicionamentos previamente definidos. Estes vários posicionamentos, de acordo com Orlandi (1996), são considerados como “ilusão de conteúdo”, já que a questão da autonomia pode até diminuir, porém o trabalho da ideologia estará presente o tempo todo.

O conteúdo seria extraído do que estaria atrás da forma linguística, forma abstrata- ao mesmo tempo em que apaga a produção discursiva do referente, elidindo a construção imaginária do efeito de unidade, efeito literal, do sentido-um, já lá. Pelo trabalho da ideologia, o conteúdo se substitui à forma material (ORLANDI, 1998, p.74).

Mesmo com a criação destes sistemas legais, a “textualização vem de uma análise dos gestos de interpretação inscritos na materialidade do texto” (ORLANDI, 1998, p.74).

Apesar do problema em epígrafe ser antigo, as ferramentas para busca de julgados mais uniformes são recentes. Registra-se que o processo de objetivação dos julgados não é consenso dentro do mundo jurídico, na medida em que afeta a autonomia e liberdade dos juízes em julgar. Talvez, isso explique o porquê somente recentemente foram inseridos, dentro do ordenamento nacional, mecanismos de combate às divergências de julgamento. Sadek expõe o problema:

a *stare decisis*¹⁴ é vista por seus defensores como indispensável para garantir a segurança jurídica e evitar a multiplicação, considerada desnecessária, de processos em várias instâncias. Tal providência seria capaz de obrigar os juízes de primeira instância a cumprir as decisões dos tribunais superiores, mesmo que discordassem delas (SADEK, 2004, p.91).

O primeiro esforço de objetivação dos julgados se deu com o advento da Lei 11.417, de 2006. A referida lei criou o mecanismo das súmulas vinculantes. Uma súmula pode ser entendida com uma oração que expressa a posição majoritária de um determinado órgão jurisdicional, acerca de qual é a interpretação correta sobre um tema conflitante.

As súmulas não são novidade, existem há décadas no Brasil. A grande inovação trazida por esta lei é o chamado efeito vinculante. Na realidade, as súmulas apenas eram dotadas de caráter informativo, ou seja, os juízes podiam até se embasar nos entendimentos sumulados, porém, não estavam obrigados a segui-los. No entanto, se a súmula for vinculante, não possui mera natureza informativa, mas sim cogente, ou seja, surge de maneira que os julgadores obrigatoriamente deverão decidir de acordo com o que foi sumulado. A propósito, assim diz a Lei 11.417/2006:

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 (BRASIL, 2006, s.p.).

Como se depreende da redação do artigo retro, as súmulas vinculantes são expedidas exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e, somente têm como objeto matéria de natureza constitucional. Uma vez expedida uma súmula vinculante pelo STF, a interpretação de uma norma constitucional acaba se uniformizando através da súmula. Assim, todos os órgãos do judiciário e mesmo da administração pública, deverão seguir a diretriz da súmula vinculante.

O grande problema é que as súmulas vinculantes são limitadas à matéria constitucional, com efeito, não são a solução do problema. Primeiro porque estão limitadas a apenas um ramo do direito, qual seja: o direito constitucional. Ademais, em segundo lugar, até que uma súmula

¹⁴ *Stare decisis* consiste no sistema de precedentes dos países de direito anglo-saxão (Estados Unidos, Inglaterra). A teoria dos precedentes adotada no Direito Brasileiro foi inspirada no sistema da *stare decisis*.

vinculante seja publicada pelo STF sanando uma divergência de interpretação do texto constitucional, na certa que muita polêmica e julgados diferentes precederam à publicação do enunciado vinculante.

Assim, houve a necessidade de se ampliar as bases de objetivação dos julgados no direito brasileiro. Recentemente, a tentativa do legislador em resolver o problema da segurança jurídica ganhou uma ferramenta mais abrangente e agressiva, a saber: o sistema de precedentes da Lei 13.105 de 2015.

Esta lei aumentou demasiadamente o número de precedentes dentro do ordenamento jurídico, sem, contudo, deixar de lado o sistema das súmulas vinculantes. A Lei 13.105/15, em seu art. 927 trouxe um rol taxativo de precedentes obrigatórios.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II os enunciados de súmula vinculante;
III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015, s.p.).

Não cabe aqui, por não se tratar de um trabalho jurídico, esmiuçar e detalhar cada um dos precedentes acima. Para os fins a que se destina esta pesquisa, basta saber que qualquer decisão que emane de uma das espécies arroladas no artigo supra é de observância obrigatória aos julgadores. Não se trata de mero teor informativo, mas sim de caráter obrigatório, de modo que o julgador está vinculado aos precedentes judiciais:

Assim, havendo precedentes sobre a questão posta em julgamento, ao juiz não se dá a opção para escolher outro parâmetro de apreciação do direito. Somente lhe é lícito recorrer a lei ou ao arcabouço principiológico para valorar os fatos na ausência de precedentes. Pode-se até utilizar de tais espécies normativas para construir a fundamentação do ao decisório, mas jamais se poderá renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar (DONIZETTI, 2016, p.1317).

Nesta senda, impende verificar que a adoção de um sistema de precedentes não retira, de maneira alguma, o efeito de autonomia dos juízes no julgamento dos conflitos. Na realidade, ao aplicar o precedente o juiz também deverá interpretar para decidir, até porque, será preciso enquadrar o precedente dentro do caso concreto que se pretende julgar. Esta operação, puramente interpretativa é chamada de *distinguishing*. O instituto do *distinguishing* consiste em confrontar o caso concreto ao precedente, a fim de aferir se o precedente deverá ou não ser aplicado naquele caso.

É preciso, em poucas palavras, considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado. Essa comparação, na teoria dos precedentes recebe o nome de *distinguishing*, como é sempre recomendado o uso da língua pátria: distinção (DONIZETTI, 2016, p.1305).

Com efeito, não se pode achar que os juízes se transformaram em “robôs”, posto que, a adoção dos precedentes não lhes retira o dever de interpretar e nem a sua condição de sujeito na posição sujeito, mas apenas altera o objeto da interpretação. Outrora, se interpretava puramente a lei, agora dever-se-á interpretar tanto a lei quanto os precedentes.

Além do mais, é preciso ressaltar que não foi a intenção do legislador engessar o judiciário em um sistema rígido de precedentes. Se os precedentes fossem inquebrantáveis, o direito não evoluiria e os precedentes o calcificariam no tempo. Pensando nisso, a lei 13.105/2015 estabeleceu uma ferramenta de quebra de precedentes. Conforme disposto no art. 927, §4º.

§4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (BRASIL, 2015, s.p.).

Como se vê, o juiz poderá quebrar o precedente, substituindo-o por um novo ou simplesmente deixando de aplicar o antigo. No entanto, este procedimento requer a necessidade de que o juiz justifique e fundamente o porquê deixou de fazer uso do precedente vinculante. A

superação dos precedentes é essencial para que o direito se adeque as novas realidades sociais, a doutrina tem chamado tal procedimento de *overruling* e *overriding*.

3 Compreendendo a Interpretação no Direito

Interpretar o direito significa concretizar a lei, o intérprete¹⁵ do direito busca sentido a partir do texto normativo que lhe é exposto, como também deve colocar em prática a norma, são inúmeras fontes de interpretação, não existem decisões estruturadas para os problemas jurídicos.

A noção de interpretação passa por evidente quando, na realidade em cada teoria lhe dá um sentido diferente de acordo com os diferentes métodos praticados.

Partirei de três pressupostos:

A- Não há sentido sem interpretação;

B- A interpretação está presente em dois níveis: o de quem fala e o de quem analisa;

C- A finalidade do analista de discurso não é interpretar mas compreender como um texto funciona, ou seja, como um texto produz sentidos (ORLANDI, 2008, p.19).

Primeiramente, conforme exposto anteriormente, é sabido que a interpretação de um texto normativo significa que se interpreta e, a partir disso, produz-se sentido, uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada (GRAU, 2005 apud LARENZ, 1983).

A interpretação é dinâmica assim como o direito, que caminha e progride em seus inúmeros e novos sentidos.

A linguagem é até então a única possibilidade plausível entre os sujeitos participantes de um discurso. Ela assume a mediação entre a realidade objetiva e a interpretação. De fato, a linguagem nos desloca para um horizonte comum descoberto pelos participantes por ela mesma (SANTANA, 2014, p.101).

¹⁵ A palavra intérprete, adverte Fernando Coelho, “tem origem latina- *interpres*- que designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, o atributo do *interpres*, de que deriva para a palavra interpretar com o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência (MORAES, 2006, p.10, grifos do autor).

A interpretação se materializa na história por meio do trabalho da ideologia e a palavra significa no texto porque tem textualidade e é através do discurso que a interpretação terá realidade significativa. A interpretação tem multiplicidade de sentidos.

A análise do discurso considera que a linguagem não é transparente, sendo assim, não procura “verificar” o texto para encontrar sentido com a perspectiva de dar ênfase em vários sentidos possíveis.

Não há um centro, que é o sentido literal, e suas margens, que são os efeitos de sentido. Só há margens. Por definição, todos os sentidos são possíveis e, em certas condições de produção *há a dominância* de um deles. O sentido literal é efeito discursivo. O que existe, é um sentido dominante que se institucionaliza como produto da história: o ‘literal’. No processo que é interlocução, entretanto, os sentidos recolocam a cada momento, de forma múltipla e fragmentaria (ORLANDI, 1987, p.144, grifo da autora).

Não existe sentido sem a interpretação e não existe interpretação sem ideologia, sendo assim cada sujeito será afetado pela ideologia para que a interpretação produza o sentido, como expõe Orlandi, como se “já estivesse sempre lá”, portanto a ideologia produz evidências, pois intervém como funcionamento imaginário.

O sentido é determinado pelo sujeito, sendo determinado pela língua e pela história. Ou seja, a interpretação está ligada à língua, com a história e com os sentidos.

O juiz não conheceria o sentido correto da norma jurídica através de um método, mas de um ato de vontade, uma interpretação dentre as várias cabíveis na moldura normativa ou na literalidade da norma. Essa escolha seria feita pelo julgador em consonância com os seus valores pessoais (BARREIRA FILHO *et al*, 2001, p.55).

A forma-sujeito histórica demonstra que o sujeito vive em função da sociedade e deve representá-la, sendo um sujeito autônomo com total liberdade para dizer o que quiser, precisando somente saber da língua. A linguagem mostra também sua incompletude, pois fica sujeita a movimentos, deslocamentos e rupturas.

As condições de produção compreendem o sujeito e a situação, produzindo vários sentidos, as condições de produção variam de acordo com a posição sujeito. As condições vão determinar gênero textual, linguagem, estrutura, graus de subjetividade, entonação e outros fatores. As condições de produção também podem incluir mais fatos, como, o contexto sócio

histórico e ideológico, neste contexto são considerados os efeitos de sentido que derivam da sociedade, considerando a história a “produção de acontecimentos” (ORLANDI, 2005, p.31).

Sempre existirão modos diferentes de interpretar um texto devido às condições de produção em que se dão seus objetivos.

Portanto, as condições de produção terão suas variações devido aos interlocutores, à situação, à conjuntura histórico-social e ao ideológico.

Para a análise de discurso, língua, história e ideologia estão ligadas, portanto, a posição que o sujeito ocupa será determinada pela formação discursiva, estas formações são determinadas pelas posições ideológicas do sujeito em um processo sócio-histórico em que as palavras são produzidas. Portanto, a formação discursiva: “ Se define como aquilo que numa formação ideológica dada - ou seja - a partir de uma posição dada em uma conjuntura sócio-histórica dada - determina o que pode e deve ser dito” (ORLANDI, 2005, p.43).

Não existe sentido sem a interpretação, pois o sujeito é levado a interpretar o tempo todo. Desta forma, por mais que os métodos de interpretação do discurso jurídico criem um efeito de unicidade, buscando conduzir a uma interpretação x ou y, conforme a relevância para o entendimento do texto normativo, o sujeito sempre será interpelado por suas formações ideológicas. Portanto, como deve ser considerada a melhor forma de interpretação? Como definir se a pretensão do juiz foi de uma maneira e não de outra?

Mesmo o juiz tentando seguir à risca os métodos interpretativos ele será constituído pelo ideológico-discursivo.

Contudo, os doutrinadores informam que nenhum método de interpretação deve ser utilizado isoladamente e nem uns repelem os outros, recomendam que as várias técnicas de interpretação devem atuar conjuntamente, trazendo cada qual a sua contribuição para o entendimento da norma.

As regras gerais da interpretação valem também para o processo civil, não havendo peculiaridades que sejam dignas de nota. Mas é preciso ressaltar que o aplicador da lei processual não pode perder de vista o seu caráter instrumental.

CAPÍTULO 2

DISCURSO E SUJEITO DO/NO DIREITO

1 Sujeito de Direito

A ambiguidade se tornou um problema a partir do processo de interpretação e significação, sobretudo, no discurso jurídico, relacionando-se com o papel da ordem religiosa e com o papel jurídico, através do processo histórico do domínio social da igreja para o Estado e também com o surgimento do sujeito de direito.

No século XIII, ocorreu a crise “Averroísta”¹⁶ da “Dupla verdade”, da Universidade de Paris em 1270, provocada por uma contradição na ordem religiosa, que na época era a dominante, mas que gerou a contradição entre a fé (dogma) e a razão (saber).

Quando Averróis se expressa sobre as questões entre teologia e filosofia, no fundo, atravessa o problema das relações entre lei divina e lei humana. Pode o homem construir arbitrariamente a partir de sua vontade as leis do mundo? Pode o homem desprezar as leis divinas, na arquitetura da vida da cidade? Tem a palavra humana força revogatória dos decretos divinos e das leis da natureza? Todas estas questões são enfrentadas de modo direto ou indireto pelos textos de Averróis, mas, sobretudo seu desafio é mais conciliar do que superar a visão que ora propende para uma superestimação absolutista da visão da lei divina, ora para a superestimação da visão da liberdade humana; a visão de Averróis fica entre estes dois possíveis extremos, o que torna possível uma ambientação conciliadora dos lugares da fé e da razão, do divino e do humano, na vida cotidiana, e na organização política (BITTAR, 2012. p.245).

Neste período, buscava-se compreender se o saber tinha origem divina (texto e dogma) ou se tinha origem humana (razão), o que, conseqüentemente, passou a colocar em perigo a autoridade da igreja.

¹⁶ A teoria averroísta – Averróis - Filósofo Árabe “que exprime justamente a constatação do divórcio de fato entre a revelação e a razão conduz a ideia de que a submissão do indivíduo à religião não é indispensável para se chegar ao conhecimento” (HAROCHE, 1992, p.61).

As modificações das estruturas econômicas do século X ao século XII e as incidências ideológicas que elas puderam ter (em particular no século XIII) sobre o Direito levam a pensar que a crise da Dupla Verdade está fundamentalmente ligada ao enfraquecimento da Igreja no sistema feudal e à escala do jurídico- político, que se exprime em particular através das mudanças no processo jurídico. Estas vão se manifestar por um deslocamento nas formas de assujeitamento do indivíduo ao poder e modificar sensivelmente o estatuto do sujeito e a sua relação com o saber (HAROCHE, 1992, p.67).

Como se verifica a partir das palavras da autora, reconhecia-se a ambiguidade nos textos, inclusive nos textos sagrados da igreja, para formular uma teoria do conhecimento, com efeito na doutrina de uma verdade unívoca gerando diversos possíveis sentidos, gerando incertezas. De acordo com Orlandi (1998, p.15), “Por seu lado, a linguagem se mostra em sua ambiguidade: ou como instauradora (imitadora) de mundo, tendendo para a arte, ou como desveladora de mundo, como ponta de lança do saber, tendendo para a ciência”.

Na época, as autoridades religiosas apresentavam a teoria averroísta como algo absurdo e incoerente, enquanto o dogma cristão descartava a possibilidade de autonomia do sujeito, exigindo obediência à fé divina, e

[...] denunciam as teses averroístas para evitar que se coloque em causa o princípio de não contradição, para lutar, sobretudo contra a eventualidade de uma separação entre o sujeito religioso totalmente assujeitado e um sujeito “filósofo” que ameaça escapar, por um trabalho de reflexão, a um assujeitamento do qual ele teria então a possibilidade de contestar a natureza e os fundamentos: um sujeito, a partir do então, perigosamente (livre) pensador. (HAROCHE, 1992, p.63)

A ordem religiosa reconheceu a existência de um “sujeito religioso” submetido a uma “ideologia cristã”, com origem na palavra divina, de sentido único, e passou a apoiar o direito das pessoas e também do direito centrado nos problemas econômicos, porém este em menor proporção.

O sujeito passou a ser aquele que substituiu o sujeito religioso, chamado de “sujeito de exação”, considerado como sujeito que passa a ser livre, porém, em partes, pois o sujeito à exação é considerado também como aquele que têm direitos e deveres (relações interpessoais).

Pode-se compreender o sujeito como sendo “assujeitado”¹⁷ sempre por uma autoridade e que lhe dá a ideia de ser um sujeito que possui a liberdade.

O sujeito de Direito seria “signo imagem de a” (LACAN, 1992, p.342), que o Estado, como A, no esquema ótico de Lacan ([1960] 1998, p.653) oferece ao “assujeitamento do sujeito”. Nessa elaboração do Estado como espelho (A), o sujeito teria sua função preenchida pela imagem de sujeito de direito, daquele que “é para a Lei” (LAROCHE, 1992, p.58), à imagem e semelhança do Estado como o grande Outro (MONTE-SERRAT, 2009). Os referenciais do conhecimento espetacular não são da ordem visual. O sujeito advém do objeto do olhar de um outro (MONTE-SERRAT, 2011, p.83).

O progresso jurídico sobre o religioso será um problema de língua, primeiramente, com a promulgação do Édito de Villers-Cotterets¹⁸ e depois com as polêmicas entre jesuítas¹⁹ e jansenistas²⁰.

Existia uma apreciação sobre a língua considerada nobre, de corte, fechada, e as autoridades eclesiásticas eram contra a língua vulgar, ponderam que tanto a língua do Direito quanto a língua da liturgia deveriam ser línguas fechadas destinadas à massa dos sujeitos a quem interessassem a cada um desses poderes.

Segundo Orlandi (2009, p.8), “os motivos pelos quais eles se interessavam pela linguagem eram religiosos - estabelecer pela palavra uma relação íntima com Deus”. Nasce então a ideologia jurídica em que o sujeito tem deveres e direitos.

¹⁷ Movimento de interpelação dos indivíduos por uma ideologia, condição necessária para que o indivíduo torne-se sujeito do seu discurso ao, livremente, submeter-se às condições de produção impostas pela ordem superior estabelecida, embora tenha a ilusão de autonomia (FERREIRA, 2001, p.12).

¹⁸Villers-Cotteret (1539) exprime, de forma indireta e tácita, ideia de que a ambiguidade, propriedade do Discurso Divino, se torna sub-repticiamente propriedade específica do discurso jurídico", o último como derivado do primeiro, ou usando-o suplemento embaçador. [<http://www.webartigos.com/artigos/fazer-dizer-querer-dizer/71752/#ixzz45YgCEk9D>] acesso em 14 abr 2016.

¹⁹Jesuíta é um membro da Companhia de Jesus, que é uma ordem religiosa, fundada em 1534, por um grupo de estudantes da Universidade de Paris, liderados pelo basco Inácio de Loyola. É mundialmente conhecida por seu trabalho missionário e educacional. Os jesuítas chegaram ao Brasil em 1549, erguendo um colégio em Salvador, na Bahia. Foram expulsos em 1760, pelo marquês de Pombal; nesta época eram cerca de 670, distribuídos por todo o país. [<http://www.dicionarioinformal.com.br/jesu%C3%ADta/>] acesso em 14 abr 2016.

²⁰O jansenismo foi um movimento de caráter dogmático, moral e disciplinar, que assumiu também contornos políticos, que se desenvolveu principalmente na França e na Bélgica, nos séculos XVII e XVIII, em reação a certas doutrinas e práticas no seio da Igreja Católica. Tem esse nome por ter sua origem nas ideias do bispo de Ypres, Cornelius Jansen. [<https://pt.wikipedia.org/wiki/Jansenismo>] acesso em 14 abr 2016.

A crise da “Dupla verdade”, crise esta no poder de verdade da ideologia religiosa que está relacionada ao estatuto do sujeito, mais precisamente ao aparecimento de um sujeito jurídico, com responsabilidade sobre o seu dizer e as consequências de seu dizer. Neste momento, surge um processo que é a passagem da letra (escritura) às letras (contratos).

Enquanto significava signo, símbolo, a letra tende agora a significar julgamento e missiva: ela condiciona a própria possibilidade do contrato, da troca de mercadorias, permite a circulação monetária. Acompanha a livre circulação dos bens como indivíduos. Necessita por isso mesmo da ideia de reflexão e compreensão (HAROCHE, 1992, p.70).

O Édito de Villers-Cotterets foi publicado para dar clareza aos regulamentos, inclusive das leis, evidenciando a língua jurídica e língua judiciária, técnica da justiça, procurando assegurar a compreensão por todos, a descartar a ambiguidade e interpretações duvidosas, com intuito de evitar “duplo sentido” e “equivoco”, decretando que todos os “processos” serão redigidos em francês, e não mais em latim. No entanto, como o francês não era compreendido pela maioria suscitou a necessidade de intérpretes.

No século XVI, a língua judiciária se torna obscura, gerando a seguinte indagação de Haroche (1992, p.87), “como poderia uma linguagem tão comum, tão fácil para qualquer outro uso, tornar-se obscura e ininteligível em contrato e testamento? ”. Considerava-se, como nos mostra Haroche (Op., cit., p.87), que “Ninguém pode alegar ignorância diante da lei” e ainda que “Ninguém, entretanto pode alegar compreendê-la verdadeiramente”. Atualmente, ressalvado com o Artigo 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, observa-se o seguinte dizer: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

A língua do palácio não podia, na realidade, tornar-se a língua de uso, para as necessidades internas do funcionamento da ordem jurídica. Dar a todos o acesso ao conhecimento teria disso desconhecer a especificidade da língua jurídica. Pelo estabelecimento de jurisdições, leis, regulamentos, o poder real desenvolve o poder do aparelho de Estado: ele não pode, sob pena de renunciar a este estabelecimento, vulgarizar as significações da língua jurídica, que constitui, com efeito, sua melhor garantia (HAROCHE, 1992, p.87).

Contudo, as polêmicas religiosas constituíram uma crise em que os jesuítas viam na ambiguidade uma relação com o discurso divino e também suscetível de servir a “desígnios da política religiosa”, então, acreditavam que ora o sujeito era religioso, ora era sujeito político. Já

os jansenistas, consideravam o oposto, consideravam que a ambiguidade como onipotência, como um poder total, absoluto, ou seja, o sujeito é somente sujeito religioso, depois amplamente ideológico e logo jurídico político, considerando assim, o livre a questão de autonomia.

É através destas polêmicas que nascem o sujeito político e o sujeito jurídico, começa-se a relacionar o sujeito com a ambiguidade, conforme:

Com a constituição de um Estado centralizador e o progresso do jurídico, a questão da ambiguidade se desloca e vai contribuir para definir o sujeito de forma bem mais complexa. A ideologia jurídica vai se insinuar sub-repticiamente no sujeito para fazer dele alguém intercambiável, “qualquer um”, fazendo-o ou levando-o a crer, ao mesmo tempo, que lê é alguém singular. A ambiguidade que configura então sujeito, tanto do exterior como do interior, torna-se assim a marca paradoxal do próprio sujeito: o sujeito se vê como um ser único, mestre e responsável por si mesmo, podendo, entretanto, a qualquer momento soçobrar no anonimato de qualquer um (HAROCHE, 1992, p.59)

A ordem religiosa, então, torna-se fraca enquanto o Direito ganha forças e a ambiguidade deixa de ser a marca exclusiva da fala divina e torna-se um problema de língua.

No século XVII, concretizam-se mecanismos específicos de determinação de sentido, a fim de não haver ambiguidade e manter os sentidos claros, neste momento separa-se a língua e o pensamento, enquanto no século XVIII, a linguagem está ligada ao pensamento.

Em vários momentos, na França, o contexto era de chegar a uma forma de sujeito que fosse assujeitado por um poder exterior, para que pudesse resolver as ambiguidades, as contradições, os questionamentos, as lacunas, e como forma de resolução, pretendia-se regular e igualar o sujeito, seja por meio da religião ou por meio da razão.

E foi no século XIX, através do ecletismo de Cousin²¹, que se pensava no melhor modo de assujeitamento do sujeito a um poder exterior, assim conseguiriam resolver todos os questionamentos, transferindo o sujeito do poder religioso para o sujeito do poder do Estado.

O “ecletismo” escreve Cousin (em Haroche, 1984) representa a possibilidade de penetrar as inteligências e, sobretudo as almas, com as grandes verdades naturais,

21 Ecletismo é um método científico ou filosófico que busca a conciliação de teorias distintas. Na política e nas artes, ecletismo pode ser simplesmente a liberdade de escolha sobre aquilo que se julga melhor, sem a apegamento a uma determinada marca, estilo ou preconceito. Escola de Victor Cousin (1792-1867): o objetivo desta filosofia é, segundo o seu autor, "discernir entre o verdadeiro e o falso nas diversas doutrinas e, após um processo de depuração e separação através da análise e da dialética, reuni-las num todo legítimo, com vista à obtenção de uma doutrina melhor e mais vasta." [https://pt.wikipedia.org/wiki/Ecletismo] acesso em 28 mai 2016.

situadas acima de todos os sistemas, que não pertence a nenhuma escola, mas ao senso comum, e que compõem, de qualquer maneira, o patrimônio da razão humana, verdades sem as quais não há nenhuma relação possível, nem nenhuma sociedade, qualquer que ela seja, monarquia ou república, porque sem elas não poderia existir a verdadeira moral, nem pública nem privada (LAGAZZI, 1988, p.30).

Junto com o ecletismo surgiu um pensamento filosófico que foi o do senso comum e que teve grande importância. Contudo, o sujeito de direito é caracterizado por Haroche (1992, p.30), como quem “tem que responder por si, por seus atos, por seu comportamento, é preciso, tornar homem uniforme, regular, determinado, predizível, mensurável”.

[...] a noção de sujeito de direito é uma noção histórica, que só se concebe vinculada à noção de Estado. Ambas de sujeito de direito e Estado - surgiram concomitantes à fundamentação do poder jurídico que, por sua vez, foi (é) decorrência de modificações econômicas que, a partir do século X, ocasionaram a passagem gradual do feudalismo para o que se concretizaria, mais tarde, como capitalismo (LAGAZZI, 1988, p.39).

O Estado é constituído, então, pela relação de poder especificamente coercitiva. De acordo com Lagazzi (1998, p.16), “pensar uma sociedade sem desigualdade, onde as relações de poder possam se dar como não-coercitivas, é pensar uma sociedade sem Estado”. Em outras palavras:

o homem é um ser gregário por natureza, o que significa dizer que o mesmo tende a viver em grupos. Não restam dúvidas de que toda e qualquer sociedade se obriga a estabelecer um corpo de regras particulares capaz de regê-la. Assim sendo, presume-se que onde há sociedade deve existir também o direito, como bem asseveraram os romanos na irretocável máxima latina “ubi societas ibi jus”²² (PALMA, 2005, p.26).

Retomando um pouco da história do século XIII, marcado pelo enfraquecimento do poder religioso anverso ao poder do Estado, podemos observar que

as modificações econômicas que ocorreram a partir do século X, atingindo seu auge no século XIII, propiciaram o enfraquecimento da Igreja dentro do sistema feudal. De uma economia rural de subsistência, passou-se a uma economia artesanal e urbana que teve como decorrência a ideia de lucro. O comércio sedentarizou-se e trouxe o progresso da instrução e da comunicação escrita. Essa sedentarização inscreveu-se dentro do avanço do aparelho jurídico, já que os artesãos mercadores e camponeses, reivindicando seus direitos e liberdades, conduziram à fundamentação do poder

²²Onde está a sociedade aí está o Direito (tradução nossa).

jurídico, com as formações do “sujeito de direito” (HAROCHE, 1984) um sujeito responsável por suas ações, ao qual a história tensa de sua constituição foi atribuindo direitos e deveres (LAGAZZI, 1988, p.19).

O sujeito começa, então, a exercer suas próprias vontades, destacando-se também o Poder do Estado e avançando o poder Jurídico, constituindo assim, uma nova forma de assujeitamento do sujeito, que Pêcheux (1975b) denominou como “forma plenamente visível da autonomia”, o que era antes sujeito religioso passa a ser instituído como o sujeito de direito, sendo “que é a noção constitutiva de caráter humano da pessoa, do cidadão, sem o que não reconheceríamos socialmente²³”.

Em sua dinâmica, portanto, Direito é a relação entre, pelo menos duas pessoas humanas, que, enquanto termos dessa relação, são consideradas *sujeitos de direitos*—ativo e passivo, conforme estejam vinculados a uma faculdade, uma possibilidade (um direito subjetivo) ou uma obrigação, um dever (MENDONÇA, 2010, p.181, grifo do autor).

Considerando o exposto, fundamentados pelos pressupostos teóricos da Análise do Discurso, devemos compreender que os conflitos são determinados historicamente nas relações interpessoais, em que a relação de poder pode ser considerada pelo sujeito na sua relação com a linguagem e com a sociedade.

No século XX, com a desigualdade entre os homens, em consequência de vários problemas de cunho social, foi possível a percepção de que não seria possível a regulação de condutas humanas na sociedade sem um poder político. E deste poder político pode-se considerar uma passagem, o acesso à justiça.

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico- o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPELLETTI, 1988, p.8).

²³ *ibid.*, p.39.

Verifica-se que não se pretendia questionar qual poder regulamentaria a vida em sociedade, não era a existência do poder, mas a compreensão, o entendimento de como o poder influenciaria vários aspectos, seja de origem e/ou cultural.

Diante do exposto, é possível observar uma inquietação da sociedade, a saber, ela precisaria se tornar igualitária, sem desigualdades, já que estaria possivelmente ligada ao Estado capitalista jurídico, baseado estritamente no lucro e na ideia de valor. Nesse sentido:

[...] A ideologia jurídica instala uma ambiguidade no sujeito: ao mesmo tempo em que este se vê como um ser único, senhor e responsável de si mesmo, ele é intercambiável perante o Estado (HAROCHE, 1984), que se dirige a cidadãos e a todos ao mesmo tempo, a uma massa uniforme [...] que têm a ilusão da unicidade (LAGAZZY, 1988, 20-21).

Percebe-se, claramente, que o sujeito continua sendo afetado pelas condições de produção, pois em um momento é constituído por um sujeito considerado sujeito religioso que deve seguir sua fé (dogma) advinda de uma origem divina; e em outro momento é considerado como um sujeito de direito acatado como livre, conforme Lagazzy (1988, p.24), “O sujeito de direito, que se vê enquanto centro de decisão, centro de poder, reafirma o sujeito da linguagem, que necessita enxergar-se como origem de seu discurso para falar”.

A dogmática jurídica vê, historicamente, fornecendo modelos jurídicos importantes para o progresso do direito, como a isonomia, a irretroatividade da lei para prejudicar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito; o homem como sujeito de direitos (POLLETI, 2010, p.321).

A ambiguidade está ligada aí também, já que o sujeito mesmo em suas posições se torna suscetível de deveres, sendo considerado como sujeito assujeitado. As questões da ambiguidade “se constituem (técnica e politicamente) o núcleo de importantes problemas. [...] e que não deixa de ter efeitos desastrosos, tanto na linguística como em outros domínios (PÊCHEUX, 1995, p.89).

A relação com o senso comum, conforme mencionado acima teve grande importância

O “senso comum” é o conjunto das opiniões tão geralmente admitidas numa época e num meio de dados. Que as opiniões contrárias parecem como aberrações individuais

que será inútil refutar seriamente e das quais é melhor rir, se forem fúteis, mas que será melhor tratar se forem graves (LAGAZZI, 1988, p.30 e passim).

Considerando, desta forma, o senso comum, observa-se que “seria negar seu caráter social, ideológico e histórico”.²⁴

É ponto pacífico que a atividade científica não pode possuir o mesmo grau de incerteza que possui o senso comum. De fato, se o senso comum corresponde a um conjunto assistemático de conhecimentos de diversas naturezas, que corresponde à multiplicidade das informações recebidas e colhidas ao longo de determinado tempo de experiência humana, a ciência não poderá encontrar-se ao sabor das mesmas incertezas. A ciência, então, deverá representar o conhecimento sistematizado, especializado, testado, organizado, diluído, em uma trama de postulados metodológicos. Trata-se de uma prática racional da qual resultam conhecimentos mais rigorosamente testados que aqueles adquiridos informalmente. Assim é que se pode dizer que o grau de probabilidade e de certeza nas conclusões científicas é maior que no conhecimento vulgar (senso comum) (BITTAR, 2012, p.34).

O comportamento dos sujeitos que é denominado, por Lagazzi (1988, p.46), como “juridismo que se coloca no nível do não dito, do implícito”, significando em “flexibilidade entre direitos e deveres, responsabilidades, cobranças e justificativas no cotidiano”.

No caso do sujeito juiz é interessante entender que em sua enunciação não está pronta e que ele se constitui durante toda a interpretação do processo e também enquanto profere sua decisão.

O sujeito de direito, marcado pela passividade e intercambiabilidade, inserido no cotidiano das relações interpessoais orientadas pelo senso comum, opõe-se ao sujeito que resiste marcado pelo desejo. As relações de poder do cotidiano, o juridismo, têm seu respaldo no senso comum. É o consenso geral que nós cumparamos com os nossos deveres e reivindicamos os nossos direitos (LAGAZZI, 1988, p.35).

O Estado, enquanto organização, propõe a organização social através do Direito (LAGAZZI, 1988, p.41), mas “essas relações já se encontram organizadas em outro lugar: no modo de produção”. Ocorre, então, a “passagem” do jurídico para o juridismo.

Pensar no cotidiano sem o juridismo, pensar as relações interpessoais sem a tensão que esse juridismo imputa, é negar o sujeito frente ao histórico, ao social, ao ideológico, ou seja: é negar o próprio sujeito, já que numa organização social como a nossa, que se caracteriza enquanto uma sociedade de Estado, só é possível pensar o

²⁴ *ibid.*, p. 31.

sujeito enquanto sujeito de direito, centrado em responsabilidades, direitos e deveres, inserida na coerção que se faz constitutiva (LAGAZZI, 1998, p.95).

Neste compêndio, é preciso compreender a realidade histórica do sujeito de direito, para saber como foi no passado, entender os momentos que sucederam a história ao longo do tempo em seu seguimento temporal para assimilar os fatos atuais na perspectiva da evolução do pensamento jurídico.

Quanto aos objetivos da História do Direito, o intento é “fazer compreender como é que o Direito atual se formou e se desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos”. Igualmente, a meta é o “exame crítico das legislações passadas com o fim de expor as suas sucessivas transformações, salientando os modos por que estas se verificam, de acordo com as mudanças da consciência, das condições e necessidades sociais”. Em suma, a finalidade essencial da História do Direito é a interpretação crítico-dialética da formação e da evolução das fontes, ideias norteadoras, formas técnicas e instituições jurídicas, primando pela transformação presente do conteúdo legal instituído e buscando nova compreensão historicista do Direito num sentido social e humanizador (WOLKMER, 2012, p.20).

Faz-se necessário, portanto, o entendimento do passado para entender o presente. Em outras palavras, é preciso perceber o processo histórico e sua evolução:

É inegável o significado da retomada dos estudos históricos no âmbito do Direito, principalmente quando se tem em conta a necessidade de repensar e reordenar uma tradição normativa, objetivando depurar criticamente determinadas práticas sociais, fontes fundamentais e experiências culturais pretéritas que poderão, no presente, viabilizar o cenário para um processo de conscientizações emancipação (WOLKMER, 2012, p.15).

Após esta reflexão, pode-se perceber, através do trecho acima, que o sujeito de direito nasceu como uma nova forma de assujeitamento e que a essência parece continuar da mesma maneira, com o mesmo sentido que era antigamente. Isso resulta, assim, em uma forma sujeito histórica em que o indivíduo é um sujeito jurídico (sujeito de direitos e deveres) diante dos homens e também do Estado.

2 Posição Sujeito e Forma Sujeito

Refletir sobre a relação posição sujeito e forma sujeito²⁵ implica considerar, de imediato, que elas não são aqui tomadas como sinônimas. Faz-se necessário compreender suas diferenças de acordo com a Análise de Discurso.

Pêcheux (1995) define como posição-sujeito a “relação de identificação entre o sujeito enunciador e o sujeito do saber (forma-sujeito) ”.

Pêcheux (op. cit) diz que a forma sujeito é constituída através do sujeito de discurso baseado na formação discursiva²⁶ que o determina e o constitui enquanto sujeito. Segundo LAGAZZI (1988, p. 24 e passim), Pêcheux emprega a expressão “forma sujeito” para designar o “sujeito ideológico”, “o indivíduo interpelado-constituído em sujeito pela ideologia”.

Pêcheux (1975b) explica a formação ideológica “como um elemento suscetível de intervir como uma força confrontada a outras forças, dentro da conjuntura ideológica característica de uma formação social em um momento dado”. Determina a formação discursiva como um lugar de “reprodução” e também de “transformação”.

Com o apagamento da interpelação ideológica desaparece a maneira pela qual nossas palavras se inscrevem dentro de uma formação discursiva e não de outra.

Os esquecimentos são constitutivos da linguagem, e podem ser definidos de duas formas, o esquecimento N. 1 e esquecimento N.2.

O esquecimento N. 1 é definido como aquele em que o sujeito se constitui pelo esquecimento que o determina através da formação discursiva, que é chamado de esquecimento ideológico, do inconsciente, pela constituição do sujeito e do sentido. Segundo Orlandi (2001, p.34), “também chamado esquecimento ideológico: ele é da instância do inconsciente e resulta do modo pelo qual somos afetados pela ideologia”

O esquecimento N. 2 é aquele em que o sujeito esquece que tem outros sentidos possíveis, chamado de esquecimento enunciativo. E é por meio deste esquecimento, que de

²⁵ “Forma de existência histórica de qualquer indivíduo, agente das práticas sociais” em que há acobertamento “da causa do sujeito no próprio interior de seu efeito”. Esse modo o sujeito “não pode reconhecer sua subordinação, seu assujeitamento ao Outro, ou ao *Sujeito*, já que essa subordinação-assujeitamento se realiza precisamente no sujeito *sob a forma da autonomia*”, isto é, através da estrutura discursiva da forma sujeito” (PÊCHEUX, 1988, p.164, grifos do autor).

²⁶ A formação discursiva é, enfim, o lugar da constituição do sentido e da identificação do sujeito (ORLANDI, 1988, p.58).

acordo com Pêcheux apaga-se no interior da formação discursiva que constitui, a maneira pela qual se seleciona algumas palavras, algumas expressões e não outras.

No Direito, parece não existir o apagamento, sendo este considerado como algo objetivo, óbvio do jurídico onde existem as leis que regulam a vida em sociedade. Mas, sob o ponto de vista da análise de discurso, pode-se observar que não, já que existem apagamentos, uma vez que o direito embora o código de leis regulado necessite, em tese, de outros mecanismos para entendimentos, como livros doutrinários, súmulas, princípios, precedentes entre outros.

A evidência do sujeito, ou melhor, sua identidade, esconde que esta resulta de uma identificação, que é o que constitui sua interpelação. Essa interpelação – que se dá pela ideologia - produz o sujeito sob a forma de sujeito de direito (jurídico) que, historicamente, corresponde à forma-sujeito do capitalismo: sujeito ao mesmo tempo autônomo (e, logo, responsável) e determinado por condições externas (ORLANDI, 1988, p.57).

A posição sujeito considerada nesta pesquisa é a posição do juiz, sujeito julgador, que administra a força da lei e profere a sentença nos processos judiciais. Isto pode ser considerado por Rogério Cruz e Tucci (1987, p.7), sobre os modos de organização em um fechamento processual: “No desenrolar da atividade decisória do juiz no processo, a sentença- prestação jurisdicional ao pedido formulado pelo autor- constitui o ato mais relevante”.

É preciso levar em conta as condições de produção da enunciação produzidas pelo juiz tanto na conclusão como na fundamentação de sua sentença, assim, o juiz, constitui-se como/enquanto sujeito. Conforme, Maldidier (2005, p.23), “É impossível, afirma Pêcheux, analisar um discurso como um texto [...] é necessário referi-lo ao conjunto de discursos possíveis, a partir de um estado definido das condições de produção”.

A lei impõe ao sujeito juiz diversos deveres, por exemplo, conforme estabelecido no Código de Processo Penal, a saber,

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 2008, s.p.).

A posição sujeito ocupada pelo juiz de direito se constitui pela vontade de uma adequação social, incluindo também a posição do sujeito autor e réu, para a resolução de conflitos e neste caso o juiz é assujeitado ao universo jurídico, se constituindo, se determinando ali. Pois, conforme o Art. 155 “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação”, neste caso não seria pela ideologia?

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatado de que o dispositivo e o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do interprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o interprete constrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante caso concreto (AVILA, 2006, p.34).

Podemos observar o papel do juiz, inscrito no Poder Judiciário que irá trazer a percepção sobre o sujeito de direito.

Embora o juiz ocupe esta posição sujeito, ele também se deixa constituir por uma forma sujeito a qual parece que foi previamente estabelecido pelo Código de Ética da Magistratura Nacional.

Para Pêcheux (1988), a constituição do sentido e a constituição do sujeito juntam-se na figura da interpelação, em que ficam vinculados sujeito ideológico e sujeito de direito e, ao mesmo tempo, fica dissimulada a subordinação-assujeitamento ao grande outro (Estado) sob a forma de autonomia (estrutura discursiva da forma-sujeito) (MONTE-SERRAT, 2010, p.250).

Pode-se, então, perceber que na constituição de sentido aqui promovida pelo Código de Ética juntamente com a constituição, o sujeito juiz estabelece uma maneira de interpelação, pois precisam estar vinculados, já que o Código de Ética trata como uma subordinação do “dever ser” do juiz estabelecido pelo Estado, no entanto, de mesmo modo, busca não revelar que o sujeito juiz tem uma autonomia para aplicar as normas estabelecidas.

O Código de Ética procura estabelecer uma estrutura através do poder do Estado que demonstra conforme os pressupostos da análise de discurso que pode ser analisado como um mecanismo de defesa para o direito, na tentativa de estabelecer regulamentos a ponto de tentar

bloquear os diversos efeitos de sentido do juiz ao proferir a sentença. Portanto, o Código de Ética cria mecanismos de como o juiz deve (rá) exercer sua função.

Portanto, o direito impõe regras a serem cumpridas pelos juízes, tentando afastar do meio jurídico a posição sujeito juiz que é composto por diversos efeitos de sentido que podem na sentença significar mais do que a própria lei estabelecida no Código de Ética da Magistratura Nacional:

Considerando que a adoção de Código de Ética da Magistratura é **instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral**; Considerando que o Código de Ética da Magistratura traduz compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e, assim, **mecanismo para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário**; Considerando que é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais; Considerando que a Lei veda ao magistrado "procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções" e comete-lhe o dever de "manter conduta irrepreensível na vida pública e particular" (LC nº 35/79, arts. 35, inciso VIII, e 56, inciso II); e considerando a necessidade de minudenciar os princípios erigidos nas aludidas normas jurídicas; RESOLVE aprovar e editar o presente CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL, exortando todos os juízes brasileiros à sua fiel observância" (Conselho Nacional da Justiça, 2008, s.p., grifos meus).

Ressalta-se que o Código de Ética não é o único mecanismo que "tenta" regular o sujeito, é estabelecido também no novo Código de Processo Civil, no Capítulo IV, com o título: Do Juiz, dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz, fulcrado nos artigos 125 a 143.

Diante o exposto, observa-se que mesmo ocupando o lugar de posição sujeito de direito, o juiz também ocupa a forma sujeito de direito, pois são dados a este sujeito regulamentos, como exemplo, o Código de Ética que os impõe o "dever ser" de uma posição juiz. Cabe ressaltar que isso é próprio do sistema jurídico administrativo capitalista, pois o sujeito é sempre forma sujeito, isso não se apaga e o que se cobra a partir da efetação desse sistema é o que constitui a posição sujeito.

Para Pêcheux (GADET, 2010, p.9), "é impossível a Análise de Discurso sem sua ancoragem em uma teoria do sujeito, tema que também deve ser visto como um lugar problemático, que deve ser constituído".

Os sentidos se fazem presente no discurso do juiz, discurso este afetado pela ideologia e pela história.

O fato mesmo da interpretação, ou melhor, o fato de que não há sentido sem interpretação, atesta a presença da ideologia. Não há sentido sem interpretação e, além disso, diante de qualquer objeto simbólico o homem é levado a interpretar, colocando-se diante da questão: o que isto quer dizer? Nesse movimento da interpretação o sentido aprece-nos como evidência, como se ele estivesse já sempre lá. Interpreta-se e ao mesmo tempo nega-se a interpretação, colocando- a no grau zero. Naturaliza-se o que é produzido na relação do histórico do simbólico. Por esse mecanismo-ideológico- de apagamento da interpretação, há transposição de formas materiais em outras, construindo-se transparências – como se a linguagem e a história não tivessem sua espessura, sua opacidade- para serem interpretadas por determinações históricas que se apresentam como imutáveis, naturalizadas. Este é o trabalho da ideologia: produzir evidências, colocando o homem na relação imaginária com suas condições materiais de existência (ORLANDI, 2001, p.46).

O contexto sócio histórico, ideológico é considerado pelo Poder Judiciário, que impõe a lei como regulador da justiça, impedindo que o juiz trate uma decisão somente de acordo com sua concepção, no caso, o juiz de direito, embora intérprete²⁷ das leis, deve utilizar de sua autoridade não o que lhe convém para proferir sua decisão, mas o que lhe é ou pareça ser justo. Conforme Santana (2014, p.107), “Os intérpretes agem justamente com seus atos de fala, ao mundo da vida da mesma maneira que podem estabelecer frutos, normas ou vivência”.

Relata Didier Júnior (2005, p.319), o juiz tem o dever de fundamentar o “conteúdo da sua fundamentação; a organização de seu discurso é essencial para conformá-lo às exigências de racionalidade e de controlabilidade” de sua decisão, não existindo assim o silenciamento, de tal modo, a decisão judicial deve possuir técnica uma maneira de certificar sua sentença, ou seja, seu ato decisório.

3 Princípios e Direito

Geralmente, um campo do saber, incluindo-se aí o direito, é norteado por certos enunciados lógicos que servem para fundamentar e dar validade ao conhecimento produzido

²⁷ É que o intérprete- como o julgador, qual observa Nilo Barros de Brum [1980:85]- é condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua inserção sócio econômica e todos os demais fatores que forjaram e integram sua personalidade (GRAU, 2005, p.111).

dentro deste campo do saber. Com direito, não é diferente. Na ciência jurídica são inúmeros os enunciados lógicos que conferem legitimidade e coerência a todo conhecimento jurídico.

Tais enunciados lógicos são chamados de princípios²⁸. Os princípios, na realidade, são verdades amplamente aceitas e, muitas vezes pré-existentes ao próprio campo do saber, conforme explica Reale (2004, p.303): “Os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidos por serem evidentes ou por terem sido comprovados”.

Como explica Mendonça (2010, p.122), os princípios são um “recurso legal disponível pelo juiz para o suplemento lacunas do direito positivo”.

Os princípios são de grande importância no ramo do Direito, considerados como base teórica, tendo em vista que, quando a lei for considerada omissa, o juiz poderá decidir de acordo com analogias²⁹, costumes³⁰ e também em consonância com os princípios gerais do direito.

Embora o direito busque ser um sistema fechado, sem falhas, o legislador é o primeiro a reconhecer que as leis não conseguem cobrir todos os conflitos existentes, resultando em casos imprevisíveis, por este motivo, é possível recorrer aos princípios gerais do direito, inclusive em casos de lacunas.

Alguns princípios acabam por ser conferidos como força de lei, por exemplo, o princípio de isonomia (igualdade de todos perante a lei).

Assim sendo, é a luz dos princípios que devemos interpretar e aplicar modelos jurídicos, que estes se ajustem, ou não, total ou parcialmente, à relação social sobre cuja juridicidade cabe ao juiz decidir. Antes do juiz, aliás, são os juristas e os advogados que examinam as espécies ocorrentes, em confronto com as disposições legais, fixando diretrizes e formulando pretensões que orientam a função jurisdicional, pois, consoante já dissemos, são os modelos teóricos ou dogmáticos que dizem qual o significado pleno dos modelos jurídicos, sejam estes, legais, costumeiros, jurisprudenciais ou negociais (REALE, 2002, p.316).

²⁸ Não encontrando solução na analogia, nem nos costumes, para preenchimento da lacuna, o juiz deve buscá-la nos princípios gerais de direito. São estes constituídos de regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo não escritas (GONÇALVES, 2009, p.53).

²⁹ Duas coisas podem ser *idênticas*, *contraditórias*, ou possuírem pontos em comum, elementos coincidentes ou semelhantes - são *análogas*. A analogia consiste nessa proporcionalidade (MENDONÇA, 2010, p.120, grifos do autor).

³⁰ O segundo recurso que legalmente podem valer-se os juízes no preenchimento das lacunas são os *costumes*. As pessoas em sociedade relacionam-se sob determinada forma constante, ainda que inexista a lei a respeito. Esse *modus vivendi* é, ao mesmo tempo, um fato e uma regra, ou seja, é fato que as pessoas convivem de tal forma e a repetição desse fato ocorre porque ele é inspirado por uma regra implícita, acolhida pela maioria (MENDONÇA, 2010, p.121, grifos do autor).

São diversos os princípios, mas nem todos têm a mesma amplitude, são como “regiões jurídicas” que asseguram cada um de seus institutos, seja no Direito Penal, Direito Civil, Direito do trabalho, Direito Processual, entre outros.

Serão apresentados neste trabalho o Princípio da Segurança Jurídica e o Princípio da Confiança, pois estão associados. Com estes princípios, procura-se evitar a propagação de teses jurídicas desiguais acerca de contextos semelhantes.

O Direito busca ordem na sociedade e para a sociedade, nota-se o quão importante é o acesso à justiça, mas, se as decisões conflitantes permanecerem e o efeito de desigualdade ficar cada vez mais evidente, a justiça pode perder sua credibilidade diante a sociedade.

Os princípios assumem importância nos casos de controle de constitucionalidade da lei, de dúvida interpretativa e de ausência de regra. Porém, essa perspectiva constitui apenas uma parte do significado que os princípios possuem no constitucionalismo contemporâneo. Isso porque não se pode entender que a sua função é meramente complementar ou acessória- destinando-se simplesmente a auxiliar na atuação de regras -, ou mesmo pensar que os princípios são apenas “válvulas de escape” do ordenamento jurídico, que entram em ação quando as regras não são capazes de regular os casos concretos (MARINONI *et al*, 2013, p.48, grifo do autor).

Existem inúmeras questões a serem tratadas diante o tema, uma delas é sobre o Princípio da Segurança Jurídica que deve estar ligado à certeza do direito.

Entende-se por Segurança:

Ato ou efeito de segurar, qualidade do que é ou está seguro, conjunto das ações e dos recursos utilizados para proteger algo ou alguém, o que serve para diminuir os riscos ou os perigos, aquilo que serve de base ou que dá estabilidade ou apoio, [...], segurança social: sistema público de proteção dos cidadãos (AURELIO, 2008, s.p.).

A segurança jurídica não está expressa na Constituição Federal e não evidencia apenas a segurança física dos cidadãos, mas também a segurança político-institucional:

[...] o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança significam que “o cidadão deve poder confiar em que seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligamos efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas (COELHO, 2015, p.14).

O princípio da Segurança Jurídica versa sobre a estabilidade das relações jurídicas por meio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF)³¹ dotada de matéria estritamente constitucional sobre fundamentabilidade formal e material.

O princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança andam juntos, corrobora Didier Júnior (2015, p.470), “[...] do princípio da segurança jurídica, extrai-se o princípio da proteção da confiança, que repercute no Direito Processual, gerando os deveres de uniformizar a jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente” já que consideram a boa-fé dos cidadãos e acreditam que os atos praticados pelo Poder Público também sejam lícitos.

Outra questão, não menos importante, é brevemente relatar sobre o princípio da isonomia ou igualdade, pois todos merecem tratamento igualitário, estabelecido na Constituição Federal, em seu artigo 5º caput, e também no Código do Processo Civil em seu artigo 139, em seu inciso I, “[...] assegurar as partes igualdade no tratamento”.

Conforme Almeida (2009, p.71), “[...] devem saber que a Constituição não é um emaranhado confuso de leis, embora pareça, mas o projeto futuro de nossa nação”.

A expressão citada acima: “Todos os homens são iguais perante a lei” é o fundamento entre o direito e a justiça, que procura acreditar na imparcialidade das decisões jurídicas, ocasionando, em mesmos direitos e mesmos deveres, extinguindo os privilégios que possam ocorrer para uns e não para outros.

O Poder Judiciário busca em proporcionar justiça e, mais do que isso, a reivindicar os mesmos direitos e deveres para todos, como já dito anteriormente como um sujeito de direito.

A teoria do discurso acabava de receber um novo conceito: despojado de qualquer sentido lógico, o pré construído constitui a reformulação da pressuposição no novo terreno do discurso. Ele permite pensar e apreender o interdiscurso, mas sem dúvida o mais fundamental de toda a construção teórica de Michel Pêcheux (MALDIDIER, 2003, p.36).

³¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1998, s.p.).

Pode-se perceber a relevância da interpretação para a sociedade e também verificar a ligação entre análise do discurso e a interpretação, inclusive para entendimento dos textos jurídicos.

Percebe-se, ainda, que mesmo diante das divergências processuais, criam-se mecanismos de defesa, modelos jurídicos, unificação da jurisprudência, de modo que os impasses sejam resolvidos.

As súmulas de jurisprudência podem ser definidas como “enunciado laborado por um tribunal que representa a sua orientação” e constituem meio para uniformizar as decisões judiciais mediante entendimento consolidado. Apesar de não serem de seguimento obrigatório, essas súmulas estabilizam a jurisprudência, pois, via de regra, os juízes evitam se posicionar contrariamente ao entendimento firmado, sabendo que o Tribunal que editou a súmula muito provavelmente modificará a decisão (DIMOULIS *et al.*, 2014, p.321).

Porém, é certo que de nada valem os mecanismos de defesa se não forem aplicados para solucionar os problemas das decisões divergentes. Tem-se como um meio de defesa o Princípio da Segurança Jurídica que tem a concepção de garantir a harmonia dos julgados, evitando assim, consequências processuais negativas diante de decisões contraditórias.

O Direito Constitucional no Brasil sofre diversas mudanças e com isso as decisões tomadas pelos juízes acabam por seguir essas mudanças de acordo com a legislação, podendo gerar satisfação ou insatisfação daqueles que buscam uma solução para seu problema, pois, por muitas vezes, acabam por não proteger os direitos fundamentais. Portanto, este princípio se mostra como uma proteção tanto para a sociedade quanto para o Estado.

Entretanto, o Poder Judiciário, atualmente, enfrenta uma problemática: será que a Justiça acolhe num contorno satisfatório os interesses dos cidadãos? Nesse contexto, pode-se afirmar com exatidão que tal problemática se insere de forma negativa, visto que costumeiramente os cidadãos se deparam com a morosidade processual. Desse modo, o Judiciário e a sociedade civil brasileira têm buscado distintos métodos e formas que auxiliam na prestação jurisdicional, dando aos que dela se beneficiem a segurança jurídica e a certeza do direito com mais celeridade. É verdade que muito ainda tem que ser feito; todavia, o alerta inicial já ocorreu (BATISTA, 2010, p.23).

Muitos magistrados e juristas têm-se preocupado com o assunto abordado, já que no país são inúmeros os casos de conflitos na sociedade já que o direito se renova constantemente, caminhando na tentativa de resolução de conflitos.

Faz-se necessário manter a ordem jurídica, defender a segurança jurídica, pois se tem presenciado várias incertezas diante o sistema jurídico, por vezes, os cidadãos se veem no meio de ameaça, isso, por conta das inúmeras reclamações e questionamentos acerca de seus direitos, onde há de considerar uma revolução jurídica.

Muito se tem notado, algumas mudanças referentes a revolução jurídica, conforme Coêlho (2015, p.23), “exigindo o máximo de coerência, continuidade e transparência, para permitir a previsão e evitar o efeito surpresa”.

O ordenamento jurídico brasileiro precisa verificar a questão na uniformização, colocá-las em prática e tirá-las do papel, com o intuito de evitar incoerências nos tribunais e manter um equilíbrio contratual.

Conforme já dito, o princípio da confiança está subjetivamente ligado ao princípio da segurança jurídica, pois traduz um equilíbrio, sendo também uma questão ética e moral, que também possui relevância, já que é preciso viver em uma sociedade cuja confiança é necessária, os cidadãos veem na justiça uma fonte de veracidade. Faz-se necessário a união dos dois princípios para que possam atender de forma construtiva as necessidades da população, eliminando assim, a insegurança causada pelo sistema judiciário.

O Direito regula a vida em sociedade, tanto como direitos individuais como também na coletividade, e as garantias constitucionais praticados pelo Estado democrático de direito estão presentes em uma forma regulamentadora para a convivência em sociedade, que tem como finalidade assegurar os direitos da população, através de normas, jurisprudências e doutrinas.

CAPÍTULO 3

A LINGUAGEM E OS CONCEITOS JURÍDICOS

1 O Discurso do Direito em Análise

O poder judiciário é um dos três poderes clássicos, junto ao legislativo e executivo. Sua função básica consiste em julgar conflitos, eis que no Estado democrático de direito os seres humanos não podem fazer justiça com as próprias mãos. Na teoria dos três poderes coube exclusivamente ao judiciário a resolução dos conflitos e, para exercer tal mister, o judiciário conta com a garantia da independência e autonomia.

Ocorre que a sociedade moderna é por demais complexa, de maneira que o número de conflitos que surgem no mundo contemporâneo é dos mais variados tipos e assuntos, sendo necessário que o poder judiciário se subdivida em órgãos distintos, no afã de oferecer o tratamento adequado para cada tipo de litígio.

Segue abaixo a estrutura do poder judiciário, cuja divisão é feita pela própria Constituição Federal:

ORGANOGRAMA DO PODER JUDICIÁRIO

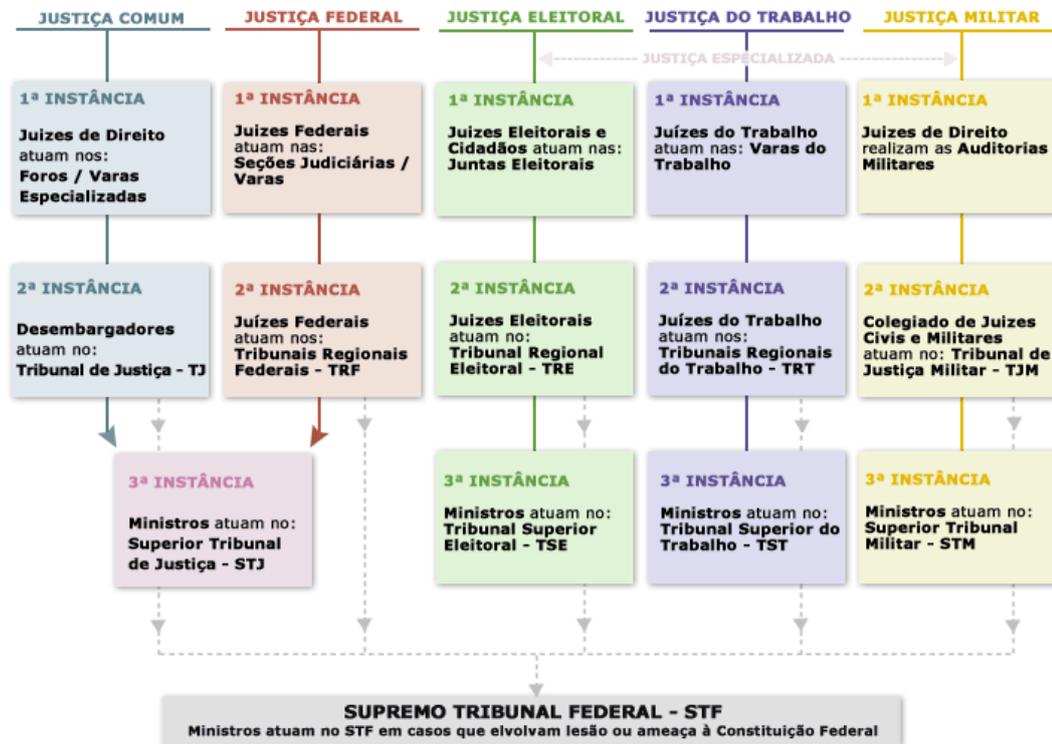


FIGURA 1- Organograma do Poder Judiciário ³²

Não cabe aqui descrever as atribuições e funções de cada um dos órgãos jurisdicionais ilustrados no quadro acima. Para este trabalho, basta saber que cada órgão do judiciário possui uma parcela de poder de julgamento, previamente definida na Constituição, a qual se denomina competência.

A competência, segundo Theodoro Júnior (2015, p.187), “é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”.

O caso que se irá analisar abaixo, consiste em duas demandas judiciais que foram ajuizadas na primeira Instância da Justiça Comum (órgão competente para julgá-las) e,

³² Fonte: Direito Aqui. Disponível em: <http://direitoaqui.blogspot.com.br/2011/03/organograma-do-poder-judiciario.html>. Acesso em 21 jul. 2016.

acabaram chegando ao Superior Tribunal de Justiça (órgão de terceira instância) através da interposição de recursos das partes que se sentiram lesadas pelo julgamento.

Verifica-se a questão da condição de produção ao analisar os recortes, o Recorte 1 refere-se à decisão de um juiz de 1ª Instância da Justiça Comum, conforme demonstra o organograma do Poder Judiciário, como houve divergência em mais de um processo o caso foi para julgamento no STJ.

Nas práticas discursivas há lugares que são construídos especialmente para este fim de propagação do enunciado, e que se tornam seus verdadeiros ícones, São eles: o templo, como lugar do enunciado religioso, o tribunal, como lugar do enunciado jurídico (PAYER, 2005, p.18).

Considerando o tribunal como lugar do enunciado jurídico, pode-se verificar que as decisões proferidas em órgão colegiado podem ser subdivididas em acórdãos³³ e decisões monocráticas. Portanto, o acórdão é a decisão de um órgão colegiado.

Por vezes, contudo, a lei ou mesmo o regimento interno do tribunal confere apenas um dos membros do colegiado a competência para a análise de determinadas questões. Nesses casos, é possível que apenas um dos membros do colegiado profira decisão sozinho. Tem-se aí a decisão monocrática, que é o pronunciamento do proferido por apenas um dos membros do órgão colegiado.

Para analisar o corpus é preciso partir de um recorte dos materiais de análise. Nesse recorte serão analisadas as condições de produção que se fazem presente na teoria do discurso, também serão considerados a ideologia, os princípios teóricos e metodológicos, entre outros; todos os quesitos levantados serão de extrema importância para o trabalho e possibilitarão uma leitura não subjetiva dos dados.

O corpus do presente trabalho resulta em dados colhidos em uma sentença³⁴ por juízes de direito.

33 Acórdão é o pronunciamento judicial com conteúdo decisório proferido por um órgão colegiado (art.202, CPC). O CPC fala em julgamento colegiado proferido pelos tribunais, mas não só os tribunais proferem julgamentos colegiados. As turmas recursais não são tribunais e, no entanto, são os órgãos colegiados das turmas recursais também recebem o nome de acórdãos (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.307).

34 “O titular do interesse em conflito (sujeito da lide) tem um direito subjetivo (direito de ação) à prestação jurisdicional, a que corresponde um dever do Estado- juiz (a declaração da vontade concreta da lei, para pôr fim a

O texto “sentença” será analisado então sob condições de produção determinadas por formações discursivas do discurso jurídico, baseando-se no sujeito, considerando a ideologia e os efeitos de sentidos.

O sujeito de discurso se constitui, conforme Monte Serrat (2008, p.20), “no seio de uma série de práticas, que dizem respeito aos saberes, ao poder e às técnicas de si. ”

Só podemos, pois, falar em corpus, a partir de um recorte dos dados, determinado pelas condições de produção, considerando-se um certo objetivo e os princípios teóricos e metodológicos que, orientando toda a análise, possibilitarão uma leitura não-subjetiva dos dados (LAGAZZY, 1988, p.59).

Como já dito anteriormente, e que se faz como base no presente estudo, é preciso compreender que, assim como em outros ramos, o direito não se faz como uma matéria certa, o direito está sujeito a falhas, a equívocos, mesmo buscando alcançar a exatidão.

Para melhor compreensão será analisado o seguinte recorte:

SÚMULA ANTINEPOTISMO X IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

STJ – 1ª TURMA

“Não configura improbidade administrativa a contratação, por agente político, de parentes e afins para cargos em comissão ocorrida em data anterior à lei ou ao ato administrativo do respectivo ente federado que a proibisse e à vigência da Súmula Vinculante nº 13 do STF” (REsp³⁵ 1.193.248/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24.04.2014).

Fonte: Recorte (1) do Livro Curso Didático de Direito Processual Civil de Elpídio Donizetti (2016, p.1313).

Primeiramente, para melhor entendimento, serão analisados tanto o tema acerca da matéria jurídica como também os efeitos de sentido que se encontram no recorte acima.

lide). É por meio da sentença que o Estado satisfaz esse direito e cumpre o dever contraído em razão do monopólio oficial da justiça” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.491).

³⁵ Recurso Especial.

Conforme destaca Orlandi (2008, p.17), nosso estudo tomará como ponto de partida o material bruto da análise e será direcionado ao objeto discursivo e, a partir dele, pretende-se alcançar o processo discursivo. Segundo Diniz (2014, p.200), “Todo discurso é uma discussão ou ação linguística dirigida a outrem, a ação linguística do jurista, na discussão - com dominada pelo escopo de conquistar a adesão da outra parte, buscando convencê-la, tendo em vista a verdade”.

O juiz, portanto, deverá relatar sua decisão de maneira convincente e condizente com as partes envolvidas no litígio, baseando-se nos termos da lei.

Não é mais admitido o favorecimento de parentes na nomeação de cargos de provimento em comissão ou função gratificada, exceto em situações em que a relação de parentesco não viole a impessoalidade administrativa, ou seja, o nepotismo³⁶ que está estritamente ligado pelo poder dos cargos e funções de administração e se configura com a nomeação ou contratação de um servidor por influência de agentes públicos ou de autoridades.

Destarte, a nomeação de servidores para as funções de cargos públicos ou nomeação de servidores configura o nepotismo, ou seja, um vício, já que fere a Constituição Federal.

A palavra improbidade tem origem do latim, “improbitate”, que significa desonradez, desonestidade, falta de probidade, que caminha contra a boa-fé, contra o bom caráter.

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público (MORAES, 2006, p.336).

Portanto, improbidade administrativa é constituída por atos ilícitos praticados por agentes públicos que agem sem observar a lei dos costumes e da moral, considerado pelo enriquecimento ilícito, conforme Art. 9º da Lei 8.429/92: “Auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandado, função, emprego ou atividade

³⁶Nepotismo é o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego. As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco. Nepotismo é prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público. O fundamento das ações de combate ao nepotismo é o fortalecimento da República e a resistência a ações de concentração de poder que privatizam o espaço público. (Conselho Nacional de Justiça-CNJ, [<http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>] acesso em 14 jul 2016).

nas entidades públicas. O ato de tentar ganhar algum tipo de vantagem patrimonial indevida em razão de sua função, mandato”.

Nos termos do Artigo 11, constitui ato de improbidade:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação (NEGRÃO *et al*, 2011, p.1556).

A súmula vinculante trata de uma decisão de norma que obriga todos do Judiciário e da Administração Pública a atuarem conforme seus parâmetros, conforme o Artigo 103-A da Constituição Federal, nestes termos:

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 (Incluído pela EC 45/2004). (BRASIL, 2006, s.p.).

Conforme destacado anteriormente, é necessário estabelecer elementos que fundamentem as decisões judiciais. De fato, não basta apenas que o sujeito juiz invoque a súmula ou que apenas siga os precedentes, faz-se necessário que ele identifique os fundamentos de sua decisão, explique o motivo pelo qual o deixou seguir.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, informar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (DONIZETTI, 2016, p.621).

Os quesitos do Artigo 489, do Código de Processo Civil parecem surgir como algo extremamente importante para os operadores do direito, já que se percebe que diariamente inúmeras decisões são proferidas como infundadas e inexplicáveis.

Até por dever de ofício, um juiz, por exemplo, tem que fundamentar sua sentença e dar à fundamentação uma coerência. Para isso, certamente faz uso de seus conhecimentos doutrinários. Não obstante, observa Kelsen, se houver um desequilíbrio entre o ato de vontade e o de conhecimento, prevalece aquele e não esse. Assim, se uma sentença não for clara ou o raciocínio interpretativo contiver enganos ou contradições havendo recurso para a autoridade superior, a redefinição do sentido antes interpretado é produto de um novo ato de vontade e não de raciocínio (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.218).

Neste contexto, é preciso entender o motivo porque tais fundamentações não são claras e objetivas.

Vale-se dizer: o parâmetro para aferição da fundamentação de uma decisão no Estado Constitucional, não é somente interno. Não basta que nela conste o esquema lógico-jurídico pelo qual o juiz chegou às suas conclusões, O critério é também externo: a adequada motivação deve ser aferida também em função da atividade das partes (MARINONI *et al*, 2010, p.129).

Conforme o Art.471 do Código de Processo Civil, nestes termos:

Art. 471- São requisitos essenciais da sentença:

I-o relatório que conterà os nomes das partes, a suma dos pedidos e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II-a motivação, em que o juiz analisará os fundamentos arguidos pelas partes para procedência ou improcedência do pedido;
III-o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem. (MARINONI *et al*, 2010, p.129)

Analisando o segundo inciso, pode-se notar a presença da palavra “motivação”, no caso a motivação “pode ser” considerada como uma resposta do juiz, o que motivou o juiz preferir sua sentença, ou seja, enquanto um analista, mesmo sem perceber, já que “Os efeitos se dão porque são sujeitos dentro de certas circunstâncias e afetados pelas suas memórias discursivas” (ORLANDI, p.15), e neste caso, as circunstâncias citadas podem ser consideradas como os fundamentos arguidos pelas partes.

A interpretação tem grande importância tanto no direito como também na análise de discurso e é com este intuito que o presente trabalho tenta expor a gravidade de uma interpretação divergente, embora se saiba que não exista uma interpretação correta, e que este desafio parece estar longe de ser resolvido, embora o sistema judiciário tente de várias formas uniformizar as decisões, já que na prática discursiva há uma ilusão de uniformização. Qual o motivo de tantas divergências processuais? Seria pelo grande crescimento de litígios? Seria por ineficiência do Estado? Pela mudança dos entendimentos? Pela falta de Segurança Jurídica? Para aumento da celeridade processual? Por que não querem ou não conseguem? Pelos julgamentos feitos pela ideologia? Pela influência da lei? Impossibilidade da justiça?

O direito é um mistério, o mistério do princípio e do fim da sociabilidade humana, suas raízes estão enterradas nesta força oculta que nos move a sentir remorso quando agimos indignamente e que se apodera de nós quando vemos alguém sofrer uma injustiça. Introduzir-se no estudo do Direito é, pois, entronizar-se num mundo fantástico de piedade e impiedade, de sublimação e perversão, pois o direito pode ser *sentido* como uma prática virtuosa que serve ao bom julgamento, mas também *usado* como instrumento para propósitos ocultos ou inconfessáveis (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.1, grifos do autor).

Não se sabe ao certo o que falta para que o sistema jurídico do Brasil resolva este conflito, é preciso acabar com a insatisfação que toma conta de todos, desburocratizando a justiça de modo que possa atender o Princípio da celeridade Processual.

Foi com este propósito que o Novo Código de Processo Civil buscou solução, por meio de uniformização. O Novo Código do Processo Civil entrou em vigor no dia 17 de março de 2016, dia em que a Lei n. 13.105/2015 foi aplicada efetivamente ao Processo Civil, conforme disciplina seu art. 1.046, resguardadas as disposições ali expressas.

O hábito brasileiro de tentar resolver estes conflitos é com a criação de novos mecanismos, mas isso parece estar longe de funcionar.

A finalidade do presente estudo busca compreender como as decisões divergentes de casos idênticos revelam-se como um problema a ser considerado e de que modo os efeitos de sentido estudados na disciplina de análise de discurso influenciam nestas decisões.

Entre dois julgamentos plausíveis, a escolha será feita levando-se em conta o resultado eficaz ou socialmente satisfatório da decisão. O juiz deve, portanto, representar mentalmente os efeitos de sua decisão, a fim de que possa encaminhar-se para a solução ótima. A interpretação também deve ser materialmente adequada, ou seja, deve ajustar-se ao segmento da realidade social que se inclui no âmbito da norma (MAGALHÃES FILHO *et al*, 2001, p.76)

O artigo 926, caput, do Novo CPC, dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, isto demonstra que existe a necessidade de compartilhar as decisões já proferidas e também a necessidade de atender o Princípio da Segurança Jurídica, evitando assim, os conflitos gerados com decisões distintas.

Desta forma, o legislador demonstra no Art. 896, uma grande preocupação, com intuito de uniformizar as decisões jurisdicionais:

Art.896.[...]

§3º Os Tribunais Regionais do Trabalho § 3o Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

§ 4o Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.

§ 5o A providência a que se refere o § 4o deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis.

§ 6o Após o julgamento do incidente a que se refere o § 3o, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não

conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência (BRASIL, 2014. s.p.).

A previsão legal poderá contribuir contra a propagação de teses jurídicas divergentes em processos semelhantes ou iguais.

Por conseguinte, percebemos, então, que os tribunais não poderão ser omissos nas divergências em um mesmo fato jurídico.

Antes de analisar os textos que fazem parte do corpus, é preciso destacar que a análise de discurso não procura uma forma correta de interpretação dos textos, mas sim de que maneira os efeitos de sentido estão funcionando neles.

É preciso tirar todas as consequências do fato de que aquilo que é analisado não existe em geral pelo desejo do analista, e o esclarecimento deste ponto parece ser uma das condições de existência de uma prática semiológica científica. As dificuldades metodológicas relativas à constituição do *corpus* encontram aqui sua origem; se, com efeito, o objeto da análise não está conceitualmente definido como o elemento de um processo do qual é preciso construir a estrutura, este objeto permanece como objeto de desejo, o que implica em duas consequências: a primeira é a de que a constituição do objeto depende daquilo que, no espírito do analista, o leva a colocá-lo; a segunda é a de que o analista finge encontrá-lo como um dado natural, o que o livra de sua responsabilidade (GADET, 2010, p.66, grifo da autora).

A 1ª Turma expõe que “não configura improbidade administrativa a contratação, por agente político, de parentes e afins para cargos em comissão ocorrida em data anterior à lei ou ao ato administrativo do respectivo ente federado que a proibisse e à vigência da Súmula Vinculante n. 13”.

Portanto, se alguém, mesmo que parente ou afim, estiver sido contratado para cargos em comissão ocorrida em data anterior à lei ou ato administrativo do respectivo ente federado que a proibisse e à vigência da Súmula Vinculante n.13 não configura crime contra a administração pública, sendo assim, a 1ª Turma do STJ entende que a Súmula Vinculante não estava vigente e, portanto, não configura crime.

Segue a fundamentação do Juiz de Primeiro Grau:

“Com efeito, **não verifico** qualquer impedimento, posto que somente o fato de ser parente de agente político os contratados, por si só, **a meu ver**, não induz em infração aos princípios constitucionais, o que pode ser caracterizado se contratados pelo único fato de serem parentes

e não tiverem nenhuma aptidão, que não é causa de pedir, rise-se, notadamente por inexistir lei ou norma administrativa proibindo referida contratação, como já ocorre em alguns órgãos.

[...] *em muitos casos pode até ser a melhor opção, já que em muitos cargos o principal valor a ser verificado no funcionário é a confiança*, a bem do interesse público, razão pela qual se justifica a existência pelo legislador. Dessa forma que **não entendo** o caso em tela. ” (Recurso Especial N. 1.193.248,2014, p.2)

Fonte: Recorte (2) do Recurso Especial N. 1.193.248, 2014, p.6) anexo - grifos meus.

Busca-se compreender os diversos sentidos no recorte acima, o trabalho que se apresenta enquanto analista de discurso é buscar os efeitos de sentido estabilizados pela ideologia (ORLANDI, p.20) “a ideologia é um ritual com falhas e a língua não funciona fechada sobre si mesma: abre para o equívoco”, considerando as formações discursivas e ideológicas que possivelmente revelará a formação social a que originou.

Desta forma, é importante notar que as expressões “não verifico”, “a meu ver”, “não entendo”, são palavras são de cunho extremamente particular (PAYER, 1995, p.38) aquele que (se) enuncia “eu” constitui-se como sujeito do e no discurso.

Por conseguinte, na frase **“em muitos casos pode até ser a melhor opção, já que em muitos cargos o principal valor a ser verificado no funcionário é a confiança”**, entende-se que o juiz não estava se referindo a um cargo de confiança e sim que o principal valor que um funcionário deve ter é a confiança, esquecendo de uma série de requisitos que o mesmo deve ter, nos termos do Artigo 20, da Lei 8.112/90:

Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores: (vide EMC nº 19)

I - assiduidade;

II - disciplina;

III - capacidade de iniciativa;

IV - produtividade;

V - responsabilidade (BRASIL, 1990, s.p.)

Observa-se que pelo discurso do juiz **“em muitos casos”** quer dizer que não seria a melhor opção em todos os casos, ~~que~~ em alguns casos pode (ria) dar certo e em outros casos

não. E, a expressão “**pode até ser a melhor opção**”, leva a compreender que talvez não seja a melhor opção, mas para resguardar sua decisão ele introduziu que na maioria das vezes não teria problema algum contratar parentes, expressões com ideologia determinada de que não vê nenhum problema.

Para melhor compreensão segue trecho do relatório:

[...] observou-se que o Prefeito de Serra da Salitre, nomeou, para a ocupação de cargo em comissão, sua esposa MARIA APARECIDA DO CARMO PAIVA COSTA, que passou a lotar o posto de “Chefe de Divisão” em uma “Creche Municipal”, com funções de “direção e assessoramento”, como se deduziu do documento apostado a fls.

Não satisfeito, nomeou para ocupação de cargos em comissão, parentes e afins de Vereadores de Serra da Salitre, a saber, DANILCE FRANCISCA NETA GUIMARÃES (irmã do vereador Darcélio Francisco Neto), RUTTE RODRIGUES SILVA (Cunhada do Vereador Lila) e LOURDES DE FÁTIMA GONÇALVES LEAL RODRIGUES (irmã do Vereador Sebastião). Todos os referidos passaram a ocupar o cargo denominado “supervisor de setor”, com função de “direção e assessoramento”, lotados os dois primeiros na “Administração” e a última numa “creche Municipal”.

Por fim, nomeou para cargos comissionários seu irmão VENÍCIO VITOR A COSTA e sua cunhada CARLA DE CASTRO RODRIGUES, passando o primeiro a ocupar o posto de “Diretor do Serviço de Transporte Escolar” e a segunda como “Diretora Escolar/FUNDEF” [...] (Fls 05/30).

Sem questionamentos quanto ao grau de parentesco do Senhor Prefeito, nomes, cargos e outros quesitos, será analisado apenas o quantitativo de contratações feitas, ou seja, 6 (seis) contratações que o juiz de primeira instância considera “normal” e até mesmo considera que pode ser uma melhor opção, inclusive ao bem público, considera-se este o primeiro entendimento.

O juiz demonstra em sua fundamentação que a palavra confiança tenta exprimir que ele não deve praticar crimes contra a Administração Pública, não praticando assim, todos os crimes, conforme dispostos no rol dos artigos 312 a 327 do Código Penal Brasileiro no qual não aprofundaremos na matéria que diz respeito às sanções que deverão ou que devem ser impostas nestes casos.

Ao expressar, o juiz considera a confiança como algo diferenciado em um cargo, não percebendo que a confiança é uma obrigação de um funcionário, pois não se deve pensar em confiança como expectativa e sim como um dever.

E ainda, pode-se observar que ele trata o parente como alguém mais confiante, insuspeitoso do que qualquer outra pessoa que não tenha grau de parentesco.

A decisão proferida pelo Juiz do Primeiro Grau parece ser fundada em percepções morais de um julgador, em aspecto ideológico, e não conforme os princípios norteadores da administração pública.

A ideologia, por sua vez, nesse modo de concebê-la, é vista como conjunto de representações, como visão de mundo ou como ocultação da realidade (Orlandi, 2001, p.48). Desta forma, o juiz poderá decidir conforme a ideologia, com uma visão de mundo que a possui, através de formação ideologia e ocultando a realidade do sistema jurídico.

Contudo, Fazzio Júnior (2000, p.49), “como está situado como um parágrafo do art.37 é lógico deduzir que dele depende. Este fixa os limites substanciais da atividade administrativa: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência”.

Conforme mencionado anteriormente, faz-se necessário destacar que na época não havia lei e nem mesmo súmula vinculante que pudesse resguardar este tipo de contradição, porém conforme citado logo acima, seria possível um julgamento com base nos Princípios da Administração Pública, deste modo, fica claro que as divergências processuais não ficam somente no texto da lei, o caso é bem mais abrangente, pois a interpretação pode interferir em qual “fonte” do direito deverá utilizar, a lei, princípios? A interpretação, portanto, vai além, as condições de produção afetam o sujeito de acordo com a situação da qual o sujeito está instalado e isso faz com que o contexto seja seguido por várias circunstâncias, sejam elas sócio-históricas e ideológicas.

O que se tem verificado, sem adentrar aqui na discussão acerca de sua constitucionalidade, é a existência de leis e normas administrativas editadas em algumas esferas de poder, em consonância com o princípio da autonomia, que impedem a prática do nepotismo em sua área de abrangência, como ocorre no Poder Judiciário (Recurso Especial N. 1.193.248, 2014, p.3).

Tanto evidenciou a tese defendida pelo Ministério Público, que resultou a aprovação do Enunciado a Súmula Vinculante N. 13 que dispõe:

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 (STF, 2016, s.p.).

Devido à grande demanda de processos fez-se necessário criar mecanismos que tornem o andamento processual mais célere face a segurança jurídica. A súmula vinculante é uma ferramenta facilitadora do Direito, criada pelo Supremo Tribunal Federal que expõem seus entendimentos, ideologias dominantes, que orientam sobre questões consideradas controversas na jurisprudência.

Diante de vários e divergentes posicionamentos conclui-se que as súmulas são estabelecidas visando à uniformização das decisões. Pode-se, então, verificar que a súmula é uma ferramenta que tenta minimizar as diferentes formas de interpretações, e, com isso estabelecer menor autonomia aos juízes.

Depois de se relatar a devida conduta imputada, e devidamente caracterizada pelo recorrente, no caso o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a consideração feita pelo Relator, Senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho foi: “nega-se provimento ao Recurso Especial do Ministério Público de Minas Gerais. É como voto”. Tem-se então, no primeiro caso, uma sentença, onde um Ministro seguiu o mesmo entendimento, como dizem os doutrinadores a mesma “corrente”, ou seja, seguiu a mesma tese do Juiz da primeira instância.

No mesmo recurso, consta mais votos, o do Senhor Ministro Sérgio Kukina e do Senhor Ministro Ari Pargendler. Considerar-se-á que a Turma consta com a participação de um relator e revisor, sendo assim, devendo ter três votos.

Das Atribuições do Presidente de Turma

Art. 25. Compete ao Presidente de Turma:

I - presidir as sessões de sua Turma, onde terá participação também na condição de relator, revisor ou vogal;

II - manter a ordem nas sessões;

III - convocar as sessões extraordinárias;

IV - mandar incluir em pauta os processos da respectiva Turma e assinar as atas das sessões;

V - assinar os ofícios executórios e quaisquer comunicações referentes aos processos julgados pela respectiva Turma (STJ, 2016, s.p.).

Pode-se perceber, conforme exposto no Artigo 13, que já foi analisado que a interpretação divergente é um caso a ser resolvido e com isso fica estabelecido que, neste caso,

competem às Turmas julgar em recurso especial, como foi o caso, já que houve anteriormente divergências nas decisões.

Art. 13. Compete às Turmas:

I - processar e julgar, originariamente: a) os habeas corpus, quando for coator Governador de Estado e do Distrito Federal, Desembargador dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membro dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União que officie perante Tribunais; b) os habeas corpus, quando o coator for Tribunal cujos atos estejam diretamente subordinados à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça.

II - julgar em recurso ordinário: a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

III - julgar as apelações e os agravos nas causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

IV - julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) **der à lei federal interpretação divergente** da que lhe haja atribuído outro Tribunal (STJ, 2016, s.p.)

Segue o voto do segundo Ministro, o Senhor Sérgio Kukina, que informou (fls 21/30):

Ainda no tocante ao mérito, o órgão ministerial a forma que foram violados os art.11, caput, §8º, e 21, I, da Lei nº 8.429/92, porque a conduta imputada ao réu na ação civil pública contrariou os “princípios da impessoalidade, moralidade, igualdade e eficiência, constantes não apenas do artigo 37, caput da Constituição Federal, como também no art.11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, que faz referência genérica aos “princípios da administração pública (fl.286)”. (Fls 21/30).

Portanto, viabilizou o regular processamento da subjacente ação de improbidade, ou seja, o voto deste Ministro foi avesso ao voto do Senhor Relator Ministro Napoleão Nunes Maia, considerando, então, que o Senhor Ministro Sérgio Kukina votou que foi sim ação de improbidade administrativa, nos moldes dos Princípios da Administração Pública, devendo portanto prosseguir com a ação. Neste caso, observa-se que a análise do Senhor Ministro foi outro, ele interpretou o caso com fundamentação na aplicação dos diversos princípios do Direito.

Duas ou mais leis podem dispor sobre a mesma situação de fato de forma aparentemente contraditória. Ao juiz não cabe aplicar as duas nem lhe é permitido deixar de aplicar alguma delas a seu talante. Deve partir, porém, da certeza, de que o sistema jurídico não tolera essa contradição e de que apenas uma das normas é aplicável e exigível. Deve, então, preliminarmente, solucionar esse impasse, ainda que aparente, isto é, superar aquilo que se denomina uma antinomia, manifestada pela multiplicidade contraditória de leis (MENDONÇA, 2010, p.116, grifo do autor).

Segue-se, com a votação do terceiro Ministro, o Senhor Ari Pargendler que proferiu a seguinte sentença das folhas 29 do Recurso Especial N. 1.193.248: “Tanto o juiz de Direito quanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiram que, à míngua de legislação não constituía, à época dos fatos, ato de improbidade”. Acompanhando por tanto o voto do relator.

Observa-se que o voto do terceiro Ministro foi que não houve o ato de improbidade: “Acontece que a compreensão do texto da reforma constitucional, neste ponto, só veio a ser desvelada muito tempo depois de sua vigência”. Ele quer dizer que se não existia a Súmula Vinculante antes a decisão desta sentença não há o que se falar de nepotismo, portanto, o terceiro Ministro não considerou crime.

O sujeito pragmático³⁷- isto é, cada um de nós, os “simples particulares” face às diversas urgências de sua vida- tem por si mesmo uma imperiosa necessidade de homogeneidade lógica: isto se marca pela existência dessa multiplicidade de pequenos sistemas lógicos portáteis que vão da gestão cotidiana da existência [...] grandes decisões da vida social e afetiva (eu decido fazer isto e não aquilo, de responder a X e não a Y. (ORLANDI, 2015, p.33).

Nota-se que houve entendimentos diferentes sobre o mesmo caso em uma mesma Turma Recursal, no caso a 1ª Turma, não significa que os votos devem ser os mesmos por se tratar de uma mesma Turma.

Assim, fazem-se presentes decisões diferentes em todos os momentos, pois a interpretação e a análise não são lineares, a forma sujeito será a mesma, mas a posição sujeito será ou poderá ser diferente, alterando os efeitos de sentido entre os julgadores.

³⁷ O Sujeito Pragmático- que necessita (se imagina) viver em um mundo semanticamente normal, com coisas a saber que lhe dão as suas garantias- tem necessidade de administrar sua relação com a incompletude da linguagem (ORLANDI, 2008, p.93).

STJ - 2ª Turma

“A prática de nepotismo configura grave ofensa aos princípios da administração pública, em especial aos princípios da moralidade e da Isonomia, enquadrando-se dessa maneira, no art.11 da Lei n. 8.429/92.

A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula Vinculante nº 13, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, sendo despcienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição” (AgRg³⁸ no REsp 1.386.255/PB, Rel. Min. Humberto Martins, j. 24-04-2014).

Fonte: Recorte (3) do Livro Curso Didático de Direito Processual Civil de Elpídio Donizetti (2016, p.1313).

Já a 2ª Turma do STJ, composto apenas pelo Relator Senhor Ministro Humberto Martins definiu através de decisão monocrática que:

A prática de nepotismo configura grave ofensa aos princípios da administração pública, em especial aos princípios da moralidade e da Isonomia, enquadrando-se dessa maneira, no art.11 da Lei n. 8.429/92. A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula Vinculante n. 13, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, sendo despcienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição (Resp.N.1.386.255 p.6/10).

Logo, a 2ª Turma, através do Senhor Ministro Humberto Martins entende que mesmo sendo antes da Súmula Vinculante, considera-se a existência de improbidade administrativa.

Outra interpretação está por vir através do enunciado do Senhor Ministro Humberto Martins, que definiu no Recurso Especial N. 1.386.255:

O Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante 13, apenas consolidou entendimento há muito pacificado naquela Corte, segundo o qual a nomeação de parentes para ocupar caro em comissão viola a Constituição Federal, em especial os princípios da administração pública. Não houve a criação de novo tipo administrativo de improbidade, apenas esclarecimentos acerca de circunstâncias caracterizadoras do nepotismo (Resp. N.1.386.255 p.6/10).

³⁸ AgRg: Agravo Regimental.

O entendimento dele foi que pelos princípios da administração pública era de se saber que o caso se tratava de improbidade administrativa, já que estava contra os princípios, e que a Súmula Vinculante N. 13 não havia sido criada para dar vigência no momento do processo, mas sim para completar, dar fundamento, esclarecer, o entendimento que já estava exposto nos termos do art.11 da Lei N. 8.429/92, conforme supracitado.

As condições de produção desta análise será a mesma, pois, através dos recortes pode-se perceber que as duas sentenças foram proferidas no mesmo dia, em 24.04.2014, ou seja, a interpretação trabalha no sujeito, acarretando em dissensos, em diversas formas de ideologia.

Analisando os recortes é possível notar uma decisão da 1ª Turma do STJ (recorte 1) - Superior Tribunal de Justiça³⁹ que entre os Ministros desta mesma instância já houve desentendimento de decisões e outra da 2ª Turma do STJ (Recorte 3).

Conforme as análises desenvolvidas até o momento, podemos compreender que, de fato, para uma mesma sentença podem existir várias interpretações e fundamentações divergentes, gerando inúmeros conflitos em um mesmo processo que norteia a pesquisa deste estudo mediante análise de discurso no que diz respeito às diversas interpretações.

³⁹O Poder Judiciário é o ramo do Estado responsável pela solução de conflitos da sociedade e garantia de direitos dos cidadãos. No Brasil, é dirigido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Criado pela Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es > Acesso em 20 ago. 2016

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, a proposta foi expor matérias importantes acerca de dois ramos: A Análise de Discurso e o Direito, embora distintos em seus gêneros pode-se observar pelo presente trabalho que a Análise de Discurso permite pensar sobre todos os ramos do conhecimento e inclusive o Direito.

O trabalho passou necessariamente pela compreensão de três assuntos de extrema importância para conseguir responder o problema de pesquisa: discurso, interpretação e segurança jurídica. Tais temas foram de suma importância para se compreender o porquê casos análogos são julgados de maneira divergente pelo poder judiciário.

Considerando que a interpretação abre lugar para a produção de deslize de sentidos, do equívoco, da ambiguidade e também das chamadas lacunas jurídicas, desta forma, o trabalho procura explicar o surgimento da ambiguidade e do sujeito de direito, sendo uma base na constituição de um sujeito com direitos e deveres, e em contrapartida também o Poder do Estado. Segundo Pêcheux (2010, p.46), “Desfazer a ambiguidade supõe aceitar a evidência, segundo a qual é um ou outro, e, principalmente, não os dois ao mesmo tempo ou outra coisa completamente diferente: a língua não pode tolerar o incerto, ou dizer duas coisas ao mesmo tempo”.

É de suma importância compreender o processo histórico da ambiguidade já que este faz parte da interpretação. Esta ambiguidade gera um processo, um trabalho ideológico, segundo Orlandi (2001, p.49), que “é um trabalho da memória e do esquecimento pois é só quando passa para o anonimato que o dizer produz seu efeito de literalidade, a impressão do sentido lá”, pois constitui diversos sentidos o tempo todo. Conforme relata a autora (2008, p.10) “Pois, não esqueçamos, o sujeito é determinado pela exterioridade, mas, na forma-sujeito histórica que é a do capitalismo, ele se constitui por esta ambiguidade de, ao mesmo tempo, determinar o que diz”, ocupando uma posição sujeito x.

É preciso compreender que a interpretação não é exata como pensam e buscam os operadores do direito, daí o grande problema que permeia não só a área jurídica, mas também diversas áreas, já que a comunicação está presente em todas e em tudo, pois todas as manifestações são possíveis de interpretação, gestos, falas, textos, cada pessoa interpreta de

acordo com sua experiência de vida, para a análise de discurso através de condições de produção, das formações discursivas.

Saber como funciona a linguagem não apenas para produzir textos, mas também para entendê-los. E, em se falando de interpretações não apropriadas, o leitor já pode ter contato com inúmeras delas. Como são frequentes interpretações duvidosas ou falhas, de jornalistas, sociólogos, psicólogos, enfim de profissionais de todas as áreas, simplesmente por desconhecimento de como se produz o sentido! O profissional do Direito, no entanto, deve primar pela capacidade de entender os mais variados tipos de textos e interpretá-los com segurança (MEDEIROS *et al*, 2013, p.2).

As leis não conseguem ser exatas, não possuem sentido, apenas existe uma presunção de que a lei consegue abordar de forma eficiente uma resolução para um conflito, porém, como já relatado, não parece ser possível, até mesmo em ciências de interpretação como, por exemplo, da hermenêutica jurídica.

Leis são complicados instrumentos de comunicação, porque seu objeto é um comando. Como em qualquer outro instrumento desta natureza, o legislador precisa utilizar palavras e relações entre palavras. Palavras são símbolos que possuem determinado significado, neste caso, são utilizados para comunicar um comando. São símbolos que representam ideias. É necessário, então, que o significado do dispositivo legal, a partir das palavras nele utilizadas, tanto consideradas isoladamente quando em seu conjunto, seja o mesmo significado recebido por seus destinatários. Ora, como ocorre com os demais meios de comunicação, nem sempre as palavras são recebidas por seus destinatários com conteúdo significativo idêntico ao pretendido por quem as enunciou. Surge daí a necessidade da interpretação (MENDONÇA, 2010, p.110).

A lei é considerada como enunciado, um discurso, entretanto, ao fazer a leitura, este texto será interpretado, o resultado desta interpretação é chamado de norma, ou seja, para o direito existe uma divergência entre texto e norma, pois a norma é o texto interpretado, enquanto a lei é o texto a interpretar.

Na análise de discurso, as condições de produção regulam a relação da materialidade linguística através do sujeito e da situação, o que resulta em diversas posições sujeito. As condições históricas também determinam sua produção, diante da análise é possível verificar os diversos pontos de vista em um mesmo tema abordado, no caso, a sentença.

Já que a interpretação abre espaço para os diversos efeitos de sentido, o Direito criou um mecanismo que pode ser visto como uma defesa para tentar evitar os diversos tipos de interpretação diante de um mesmo texto jurídico, os precedentes.

Diante as várias situações apresentadas sobre os precedentes verificam-se que mesmo o juiz aplicando os precedentes, ainda será necessário interpretar em quais casos deverão ser ou não aplicados.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, G. A; Christmann, M. O. **Ética e Direito**: Uma Perspectiva Integrada. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à Justiça**: Instrumentos Viabilizadores. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, A. A. **Curso de Filosofia de Direito**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RDES BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 06 ago. 2015.

BRASIL. **LEI 8.112/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm> Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. **LEI 8.429/92**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. **LEI 11.417/16**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm> Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. **Lei 11.690/2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 09 ago. 2016.

BRASIL. **LEI 13.015/15**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113015.htm> Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45/2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n.º13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>> Acesso em: 08 ago. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal da Justiça**. Atribuições. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es> Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal da Justiça**. Das atribuições do Presidente de Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/228>> Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal da Justiça**. Seção V. Da competência das Turmas. Disponível em <[ttp://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/214/2937](http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/214/2937)> Acesso em: 16 ago. 2016.

CABRAL, Ana Lúcia Tinoco et al. **LINGUAGEM E DIREITO: Perspectivas Teóricas e práticas**. São Paulo: Editora Contexto, 2016.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

COELHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>> Acesso em 08 ago. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CAMPANHAS**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>> Acesso em: 14 jul. 2016.

CONTEÚDO aberto. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Jansenismo>> Acesso em 14 abr. 2016.

CONTEÚDO aberto. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Ecletismo>> Acesso em 28 mai. 2016.

DAMIÃO. R. T.; HENRIQUES, A. **Curso de Português Jurídico**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/seguranca>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

DICIONÁRIO INFORMAL. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/jesu%C3%ADta/>> Acesso em: 15 mai. 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. São Paulo: Jus Podium, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V. II.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19ª ed. rev. e aum. Conforme o novo CPC - Lei 13.105. São Paulo: Atlas, 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

FERREIRA, Maria Cristina Leandro. **Glossário de Termos do Discurso**. Porto Alegre: UFRGS. Instituto de letras, 2001.

FILHO, Magalhães; BARREIRA, Glauco. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

GADET, Françoise; PÊCHEUX, Michel. **A Língua Inatingível: O discurso na História da Linguística**. 2ª ed. Campinas: RG, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação**. Aplicação do Direito. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HAROCHE, Claudine. **Fazer Dizer, Querer Dizer**. Tradução de Eni P. Orlandi. São Paulo: Hucitec, 1992.

JÚNIOR, Ferraz et al. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 8ªed. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGAZZI, Suzy. **O desafio de dizer não**. Campinas: Ed. Pontes, 1988.

MALDIDIER, Denise. **A inquietação do discurso- (Re) ler Michel Pêcheux Hoje**. Tradução Eni P. Orlandi. Campinas: Pontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria Geral do Processo: Curso do Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação: Ensaios de Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MEDEIROS, João Bosco; TOMASI, Carolina. **Português Forense.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **Introdução ao Estudo do Direito.** 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2010.

MONTE-SERRAT, Dionéia Motta. **Letramento e Discurso Jurídico: Tese de Doutorado.** Ribeirão Preto, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência positiva de direito.** Campinas: Bookseller, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do direito.** 15ª ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEGRÃO, Theotônio et al. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor.** 43ª ed. atual. e refor. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos.** 3ª ed. São Paulo: Pontes, 2001.

_____. **A Linguagem e seu Funcionamento: As formas do Discurso.** 6ª ed. São Paulo: Pontes, 2011.

_____. et al. **Texto e Discurso.** São Paulo: Unicamp, 1994.

_____. **Discurso e Argumentação: Um observatório Político.** Campinas: Fórum Linguístico, 1998.

_____. **Discurso e Leitura.** 5ª ed. São Paulo: Unicamp, 1988.

_____. **Discurso e Texto: Formulação e Circulação dos Sentidos.** São Paulo: Pontes, 2008.

_____. **Interpretação: Autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico.** São Paulo: Pontes, 2007.

_____. **O que é linguística.** Coleção Primeiros Passos. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2009.

_____. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos.** 6ª ed. Campinas, São Paulo, 2005.

PALMA, Rodrigo Freitas. **A História do Direito.** Brasília: Fortium, 2005.

PAYER, Maria Onice. **Educação Popular e linguagem: reprodução, confrontos e deslocamentos de sentido.** 2ª ed. Campinas: Unicamp, 1995.

_____. **Linguagem e Sociedade Contemporânea - Sujeito, Mídia, Mercado.** Revista Rua. Campinas: Unicamp, 2005.

PÊCHEUX, Michel. **Por uma análise automática do discurso.** Tradução de Bethania S. Mariani. [et al]. 4ª ed. Campinas: Unicamp, 2010.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao Direito.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas.** USP- Estudos Avançados, v. 18, nº 51, p. 91-92, maio/agosto. 2004.

SANTANA, Zionel. **O pensamento de Nietzsche no Projeto Habermasiano de Superação da Filosofia do Sujeito.** São Caetano do Sul: Lura, 2014.

SANTOS, Boaventura Sousa. **O discurso e o poder.** Ensaios sobre a sociologia retórica jurídica. Porto Alegre: SAFE, 1988. p.7-99.

SOARES, Thiago B. Artigo: **Fazer Dizer, Querer Dizer.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/fazer-dizer-querer-dizer/71752/#ixzz45YgCEk9D>> Acesso em: 05 mai. 2016.

TOMAS, Teo. **DIREITO ACADÊMICO: Organograma do Poder Judiciário.** Disponível em:< <http://direitoaqui.blogspot.com.br/2011/03/organograma-do-poder-judiciario.html>> Acesso em: 30 ago. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1987.

VÁZQUEZ, Adolfo Sanches. **Ética.** 23ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ANEXOS

ANEXO A - Recurso Especial N. 1.193.248 MG (2010/0084042-2)

ANEXO B – Recurso Especial N.1.386.255- PB (2013/0172703-3)

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.248 - MG (2010/0084042-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS
ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO AGENTE. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO PROVIMENTO DO APELO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS DESPROVIDO, NO ENTANTO.

1. A alegada violação ao art. 535, II do CPC não ocorreu, pois a lide foi fundamentadamente resolvida nos limites propostos. As questões suscitadas foram decididas, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração. Ademais, o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada, de forma que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, todos os questionamentos das partes, mormente se notório seu caráter infringente.

2. A primeira e mais urgente função preparatória da aceitação da petição inicial da Ação por Ato de Improbidade Administrativa é a de extremar o ato apontado de ímprobo da configuração da mera ilegalidade (dada a inegável afinidade formal entre as duas entidades), para verificar se o ato tido como ímprobo não estará apenas no nível da mera ilegalidade, ou seja, não se alça ao nível da improbidade; essa atividade é relevante porque especializa a cognição judicial no objeto específico da ação em apreço, evitando que a sua energia seja drenada para outras áreas afins, ou desperdiçada em movimentos processuais improdutivos.

3. Dessa atuação malsã do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º. da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92).

4. A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, admite-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

5. *In casu*, as instâncias de origem julgaram improcedente o pedido por reconhecerem que não configurada ato de improbidade administrativa a prática de nepotismo.

Superior Tribunal de Justiça

6. A conduta imputada ao recorrente mostra-se gravemente culposa, mas não revela o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, requisitos indispensáveis à infração dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa, especialmente considerando que à época em que ocorreram as citadas contratações (nos anos de 2005 e 2006), não havia lei vedando o nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal, sendo anteriores, ainda, à aprovação do Enunciado da Súmula Vinculante 13 do STF (DJe 29.8.2008).

7. A inicial da ação não tipificou a conduta dos imputados, mas apenas a descreveu com minúcias; a tipificação seria necessária, até porque as figuras infracionais dos arts. 9º., 10 e 11 da Lei 8.429/92 não guardam entre si a possibilidade de intercâmbio indiferente, ou seja, não se pode empregar umas por outras.

8. A tipificação da conduta do agente, que é uma exigência tradicional na denúncia criminal (art. 41 do CPP), diz respeito à sua função viabilizadora, em primeiro lugar, da definição da competência jurisdicional e, em segundo lugar, da amplitude da defesa, como salienta EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (Curso de Processo Penal, Belo Horizonte, DelRey, 2006, p. 154); o Professor GUILHERME DE SOUZA NUCCI faz observação semelhante (Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, RT, 2008, p. 156); essas lições são proveitosamente aplicáveis à formulação da Ação de Improbidade Administrativa.

9. No exercício da atividade punitiva a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais, por isso que se submete à observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo, onde não encontram abrigo as posturas autoritárias, arbitrárias ou desvinculadas dos valores da cultura.

10. Contudo, esse aspecto (de extrema relevância) não foi objeto de alegações da defesa, nem (obviamente) de decisão nas instâncias anteriores, por isso que não será também incluído como mote desta decisão, mas ficam estas breves observações apenas como *obiter dictu* deste voto.

11. Recurso Especial do Ministério Público de Minas Gerais desprovido.

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

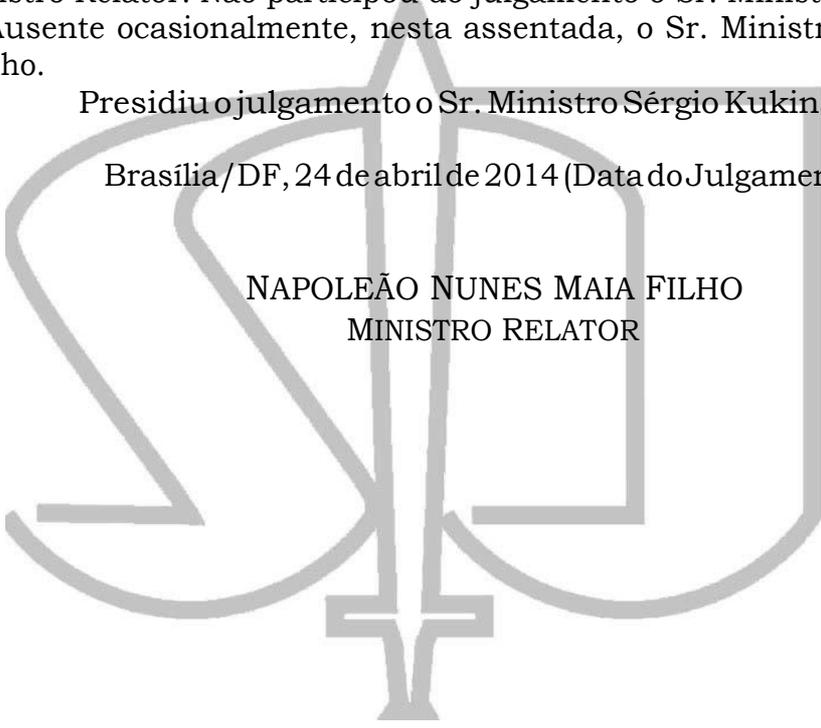
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sérgio Kukina, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Ausente ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Brasília/DF, 24 de abril de 2014 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0084042-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.193.248 / MG

Números Origem: 10481070697224001 10481070697224003 17300200916 21989200916
494216200811

PAUTA: 01/10/2013

JULGADO: 01/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **GILDA PEREIRA DE CARVALHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS

ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.248 - MG (2010/0084042-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS
ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

1. A conduta imputada ao ora recorrido, e havida pelo MP como caracterizadora de ato de improbidade, está tipificada nos arts. 9, 10 e 11 da Lei 8.429/92, e assim descrita na inicial da ação:

Aportou na 3ª Promotoria de Justiça de Patrocínio representação firmada por sua Excelência, o Promotor de Justiça Doutor Geraldo Ferreira da Silva, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa do Patrimônio Público (CAOPP/PGJMG), datada de 23 de outubro de 2006 (fls. 06/07), solicitando providências no sentido de se averiguar a existência de ocupação de cargos ou o exercício de funções em comissão de modo a se ferirem os princípios da moralidade e impessoalidade administrativas, nos termos do art. 37 da Constituição da República, evitando-se o nepotismo ou os apadrinhamentos que maculam o ordenamento pátrio.

Instaurado o Inquérito Civil Público nº 003/2006 e realizadas diligências (fls. 13/16), observou-se que o Prefeito de Serra do Salitre, o médico Dr. WALTER MÚCIO COSTA, abusou de seu poder administrativo e nomeou, para a ocupação de cargo em comissão, sua esposa MARIA APARECIDA DO CARMO PAIVA COSTA, que passou a lotar o posto de "Chefe de Divisão" em uma "Creche Municipal", com funções de "direção e assessoramento", como se deduz do documento aposto a fls.

Não satisfeito, nomeou, para ocupação de cargos em comissão, parentes e afins de Vereadores de Serra do Salitre, a saber, DANILCE FRANCISCA NETA GUIMARÃES (irmã do Vereador Darcélio Francisco Neto), RUTTE RODRIGUES SILVA (cunhada do Vereador Lula) e LOURDES DE FÁTIMA GONÇALVES LEAL RODRIGUES (irmã do Vereador Sebastião). Todos os referidos passaram a ocupar o cargo denominado "supervisor de setor", com função de "direção e assessoramento", lotados os dois primeiros na "Administração" e a última numa "creche municipal".

Por fim, nomeou para cargos comissionários seu irmão VENÍCIO VÍTOR DA COSTA e sua cunhada CARLA DE CASTRO RODRIGUES, passando o primeiro a ocupar o posto de "Diretor do Serviço de Transporte

Superior Tribunal de Justiça

Escolar" e a segunda a de "Diretora Escolar/FUNDEF", como se depreende de fls. 16 (fls. 13/14).

2. Na percepção do Juiz de Primeiro Grau, esse dito ato merece a seguinte consideração:

Uma das formas legais de acesso a cargo público é a designação para cargo comissionado, de livre nomeação e exoneração, ou mesmo mediante contrato administrativo temporário. Porém, esse aspecto, natureza da contratação, não é objeto desse feito, pois combate-se as nomeações pelo fato de parentesco com agentes políticos.

Com efeito, não verifico qualquer impedimento, posto que somente o fato de ser parente de agente político os contratados, por si só, a meu ver, não induz em infração aos princípios constitucionais, o que pode ser caracterizado se contratados pelo único fato de serem parentes e não tiverem nenhuma aptidão, que não é causa de pedir, rise-se, notadamente por inexistir lei ou norma administrativa proibindo referida contratação, como já ocorre em alguns órgãos.

Ora, não pode ser considerada ilegal uma contratação de parente de agente político só por ser parente, principalmente se não há lei proibitiva, pois seria uma discriminação às avessas, pois tal parente teria restrições ao trabalho por ser parente de agentes políticos, mesmo sendo plenamente capaz de exercer o cargo como qualquer outro, que em muitos casos pode ser até melhor opção, já que em muitos cargos o principal valor a ser verificado no funcionário é a confiança, a bem do interesse público, razão pela qual se justifica a existência de cargos comissionados, quando, estes sim, devem ser reduzidos pelo legislador. Dessa forma que não entendo o caso em tela, já que não há nada na petição inicial que diga respeito ao não trabalho ou à ineficiência dos requeridos para o trabalho, como sendo ato viciado de imoralidade ou de improbidade administrativa (fls. 147/148).

3. O Tribunal de origem assim se posicionou a respeito desse mesmo fato:

O que se discute, nos autos, é se a contratação de servidores, para trabalharem em cargos comissionados na Prefeitura Municipal de Serra do Salitre, configurou ato de improbidade, causando dano ao erário público ou se, de outra forma, acarretou enriquecimento indevido aos apelados.

Com efeito, tal indagação foi bem enfrentada pelo d. Magistrado, no

Superior Tribunal de Justiça

sentido de que a contratação de parentes e afins para cargo comissionado, sem que se submetessem a concurso público, não configura, por si só, violação a princípios norteadores da Administração Pública, de sorte a atrair qualquer penalidade atentatória à sua proibidade e retidão. É que, na legislação vigente na data do ajuizamento da presente ação constitucional, não existia qualquer vedação a este respeito, sobretudo se os cargos para os quais foram nomeados os ditos 'parentes' eram comissionados, os quais, segundo a própria Constituição, são de livre nomeação e exoneração da Autoridade.

O que se tem verificado, sem adentrar aqui na discussão acerca de sua constitucionalidade, é a existência de leis e normas administrativas editadas em algumas esferas de poder, em consonância com o princípio da autonomia, que impedem a prática do nepotismo em sua área de abrangência, como ocorre no Poder Judiciário.

No caso em tela não se verifica a existência de qualquer lei ou norma administrativa municipal proibindo a referida contratação, não restando configurada ilegalidade do ato do Sr. Prefeito, bem como dos Vereadores Municipais.

Por outro lado, não há se falar em enriquecimento ilícito por parte dos apelados, pelo simples e primordial fato de que, pela análise dos autos, não se questiona a respeito da efetiva e regular prestação de serviços ao Município. Em função disto, justo se mostrou o recebimento da devida remuneração em contrapartida do serviço prestado, o que, por si só, afasta qualquer alegação de prejuízo ao erário, capaz de atrair a pretendida restituição.

De outro ponto, deve-se ressaltar, corroborando com a inexistência da transgressão aos princípios constitucionais, que não se alegou qualquer defesa ou proteção a apadrinhados e parentes dos apelados, de maneira a se concluir, sem dúvida, que a pessoalidade e moralidade do ato administrativo em comento foram atendidos (fls. 243/244).

4. A inconformação recursal da parte recorrente concretiza-se sobretudo na seguinte argumentação:

Ora, a lesão ao patrimônio público não está restrita aos aspectos materiais (perdas e danos), porquanto a Constituição de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, elegeu também valores imateriais (lesão aos princípios da administração pública)

Superior Tribunal de Justiça

como tuteláveis judicialmente por meio de uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criando sistema de tutela dos interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública.

Recentíssimos julgados, proferidos após os acórdãos ora recorridos, encerraram a discussão acerca da contratação de parentes em qualquer Poder ou unidade da Federação:

(...).

Assim, equívoco cometido na data de prolação dos v. acórdãos recorridos não mais se justifica, evidenciando-se a tese desde o princípio defendida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais nos presentes autos.

Ressalte-se que de tal julgamento resultou a aprovação do Enunciado da Súmula Vinculante n° 13, nestes termos: "A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º 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."

Quanto à sua eficácia e aplicabilidade, são imediatas, como determina o art. 4º da Lei 11.417/2006, que regulamenta a matéria. Haja vista tratar-se de Súmula Vinculante, o disposto em seu enunciado vincula não apenas a Administração Pública, como os demais órgãos do Poder Judiciário (artigo 103-A da Constituição Federal), não havendo outra solução ao presente recurso senão a sua procedência (fls. 288/294).

5. Este é o brevíssimo relatório, no qual frisei apenas os pontos da demanda e da argumentação jurídica que me pareceram essenciais.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.248 - MG (2010/0084042-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS
ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

VOTO

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535, II DO CPC. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO AGENTE. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO PROVIMENTO DO APELO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS DESPROVIDO, NO ENTANTO.

1. *A alegada violação ao art. 535, II do CPC não ocorreu, pois a lide foi fundamentadamente resolvida nos limites propostos. As questões suscitadas foram decididas, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração. Ademais, o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada, de forma que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, todos os questionamentos das partes, mormente se notório seu caráter infringente.*

2. *A primeira e mais urgente função preparatória da aceitação da petição inicial da Ação por Ato de Improbidade Administrativa é a de extremar o ato apontado de ímprobo da configuração da mera ilegalidade (dada a inegável afinidade formal entre as duas entidades), para verificar se o ato tido como ímprobo não estará apenas no nível da mera ilegalidade, ou seja, não se alça ao nível da improbidade; essa atividade é relevante porque especializa a cognição judicial no objeto específico da ação em apreço, evitando que a sua energia seja drenada para outras áreas afins, ou desperdiçada em movimentos processuais improdutivos.*

3. *Dessa atuação malsão do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92).*

4. *A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei*

Superior Tribunal de Justiça

8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas sem nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

5. *In casu*, as instâncias de origem julgaram improcedente o pedido por reconhecerem que não configura ato de improbidade administrativa a prática de nepotismo.

6. A conduta imputada ao recorrente mostra-se gravemente culposa, mas não revela o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, requisitos indispensáveis à infração dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa, especialmente considerando que à época em que ocorreram as citadas contratações (nos anos de 2005 e 2006), não havia lei vedando o nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal, sendo anteriores, ainda, à aprovação do Enunciado da Súmula Vinculante 13 do STF (DJe 29.8.2008).

7. A inicial da ação não tipificou a conduta dos imputados, mas apenas a descreveu com minúcias; ao meu ver, a tipificação seria necessária, até porque as figuras infracionais dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 não guardam entre si a possibilidade de intercâmbio indiferente, ou seja, não se pode empregar umas por outras.

8. A tipificação da conduta do agente é uma exigência tradicional na denúncia criminal (art. 41 do CPP), enfatizando os autores a sua função viabilizadora, em primeiro lugar, da definição da competência jurisdicional e, em segundo lugar, da amplitude da defesa, como salienta EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (Curso de Processo Penal, Belo Horizonte, DelRey, 2006, p. 154); o Professor GUILHERME DE SOUZA NUCCI faz observação semelhante (Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, RT, 2008, p. 156); entendo que essas lições sejam proveitosamente aplicáveis à formulação da Ação de Improbidade Administrativa.

9. No exercício da atividade punitiva a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais, por isso que se submete à observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo, onde não encontram abrigo as posturas autoritárias, arbitrárias ou desvinculadas dos valores da cultura.

10. Contudo, esse aspecto (para mim de extrema relevância) não foi objeto de alegações da defesa, nem (obviamente) de decisão nas

Superior Tribunal de Justiça

instâncias anteriores, por isso que não será também incluído como mote desta decisão, mas ficam estas breves observações apenas como obiter dictu deste voto.

11. Recurso Especial do Ministério Público de Minas Gerais desprovido.

1. A primeira e mais urgente função preparatória da aceitação da petição inicial da Ação por Ato de Improbidade Administrativa é a de *extremar* o ato apontado de *ímprobo* da configuração da *mera ilegalidade* (dada a inegável afinidade formal entre as duas entidades), para verificar se o ato tido como ímprobo não estará apenas no nível da mera ilegalidade, ou seja, não se alça ao nível da improbidade; essa atividade é relevante porque especializa a cognição judicial no objeto específico da ação em apreço, evitando que a sua energia seja drenada para outras áreas afins, ou desperdiçada em movimentos processuais improdutos.

2. Sabe-se que é muito antiga - e remonta aos tempos iniciais das formulações teóricas dos institutos e das práticas judiciais do Direito Sancionador, cuja matriz histórica é o Direito Penal moderno - a sempre aguda contraposição conceitual entre a ilegalidade e a ilicitude ímproba dos atos humanos ou, em outras palavras (pondo-se aquela dicotomia no preciso espaço jurídico das sanções), a distinção (necessária distinção) entre a conduta ilegal e a conduta ímproba imputada ao agente (público ou privado) autor da ação ofensiva então submetida ao crivo judicial, para o efeito de sancionamento.

3. A confusão entre esses conceitos (e, por extensão, a confusão entre quaisquer outros conceitos) sempre leva a reflexão jurídica (ainda que bem intencionada) a resultados nefastos; conduz inevitavelmente o raciocínio a impasses lógicos e também éticos, cuja solução desafia a cognição dos atos em análise sem as pré-concepções comuns (ou vulgares) quanto às suas estruturas e aos seus significados; ainda que a linguagem usual empregue um termo (ilegal) por outro (ímprobo), o julgamento judicial há de fazer (sempre) a devida distinção entre

Superior Tribunal de Justiça

ambos.

4. Essa proposta nada tem de vanguardista e nem de garantismo jurídico radical: ela (a proposta) resulta da observação da tendência - aliás inexplicavelmente bastante generalizada - de se considerar, automaticamente, como ímprobos as condutas ilegais e, assim, aplicar-se aos seus agentes (aos agentes das condutas ilegais) as sanções (ásperas sanções) da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade).

5. É bem provável, sem dúvida, que a confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade provenha do *caput* do art. 11 dessa Lei, porquanto ali está apontada como ímproba a conduta (qualquer conduta) ofendente dos princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o famoso princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), como se sabe há muito tempo.

6. A aplicação cega e surda desse dispositivo (art. 11 da Lei 8.429/92, *caput*) leva, sem dúvida alguma, à conclusão judicial (e mesmo quase à certeza ou à convicção judicial) de que toda ilegalidade é ímproba e, portanto, o seu autor (da ilegalidade) sujeita-se às sanções previstas para essa conduta.

7. Mas há um grave engano (ou uma brutal simplificação) nessa percepção, pois somente o *decisionismo* pode inspirar tal assertiva: se fosse consistente a postura de identificar a improbidade na ilegalidade, toda vez que se concedesse uma ordem de *habeas corpus* ou um mandado de segurança, por exemplo, a autoridade impetrada (num e noutro caso), deveria responder por improbidade (pois a ilegalidade de seu ato achava-se indubitosa), o que seria - convenhamos - um rematado absurdo jurídico.

8. Portanto, a ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, não são - situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, dest'arte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia,

Superior Tribunal de Justiça

dolo ou culpa grave.

9. Ademais, dessa atuação malsão do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92).

10. Observe-se, ainda, que a conduta do agente, nos casos dos arts. 9º., 10 e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre *dolosa*, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser *culposa*, mas sem nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

11. Quando não se faz a distinção (necessária distinção) conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação (perigosa aproximação) da sempre temível responsabilidade objetiva por infrações, embora às vezes alguém nem se dê conta disso; a jurisprudência do STJ, na esteira das lições dos doutrinadores, assenta essa distinção: AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 28.09.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. Luiz Fuz, DJe 03.08.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 11.12.2012; REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 12.11.2010; REsp. 414.697/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.09.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 02.02.2010.

12. Feitas tais considerações, passa-se à análise do caso concreto.

13. Inicialmente, constata-se que o recorrente não demonstrou em que consiste a ofensa ao art. 535 do CPC, tendo se limitado a alegar de forma genérica a existência de supostas omissões no aresto recorrido, sem a indicação específica dos pontos sobre os quais o julgador deveria ter se manifestado, inviabilizando a compreensão da controvérsia. Inafastável, portanto, a aplicação do óbice previsto na Súmula 284/STF.

Superior Tribunal de Justiça

14. Como antes relatado, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ingressou com Ação Civil Pública em face do MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE, seu Prefeito e outros, com fundamento na prática de nepotismo.

15. O pedido foi julgado improcedente pelas instâncias de origem, o que ensejou a interposição do presente Recurso Especial.

16. Convém registrar, primeiramente, que a inicial da ação *não tipificou a conduta dos imputados*, mas apenas a descreveu com minúcias; ao meu ver, a tipificação seria necessária, até porque as figuras infracionais dos arts. 9o., 10 e 11 da Lei 8.429/92 não guardam entre si a possibilidade de *intercâmbio indiferente*, ou seja, não se pode empregar umas por outras, *pois algumas delas somente podem ser identificadas quando houver dolo na conduta do agente* (apesar de se poder discutir interminavelmente se esse dolo deverá ser o específico, ou se bastará o chamado dolo genérico, tão próximo da culpa grave, como se sabe) e/ou dano no seu resultado.

17. Assinalo que a tipificação da conduta do agente é uma exigência tradicional na denúncia criminal (art. 41 do CPP), enfatizando os autores a sua função viabilizadora, em primeiro lugar, da definição da competência jurisdicional e, em segundo lugar, da amplitude da defesa, como salienta EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (Curso de Processo Penal, Belo Horizonte, DelRey, 2006, p. 154); o Professor GUILHERME DE SOUZANUCCI faz observação semelhante (Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, RT, 2008, p. 156); entendo que essas lições sejam proveitosamente aplicáveis à formulação da Ação de Improbidade Administrativa.

18. Contudo, esse aspecto (para mim de extrema relevância) não foi objeto de alegações da defesa, nem (obviamente) de decisão nas instâncias anteriores, por isso que não será também incluído como mote desta decisão, mas ficam estas breves observações apenas como *obiter dictu* deste voto.

19. Daleitura dos trechos transcritos no relatório da presente minuta, constata-se que, de fato, a conduta imputada ao recorrente mostra grave culpa;

Superior Tribunal de Justiça

entretanto, não evidencia que tenha agido com *dolo específico* de lesar os cofres públicos, ou de obter vantagem indevida, que são os bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa; na seara das infrações, dizem as lições dos especialistas, *mais vale perquirir as motivações das condutas, do que analisar e descrever a sua dinâmica e os seus resultados*; esse é o ponto de vista do douto Ministro CESAR ASFOR ROCHA (Breves Reflexões Críticas Sobre a Ação de Improbidade, Ribeirão Preto, Migalhas, 2012).

20. Ressalte-se, ainda, que à época em que ocorreram as citadas contratações (nos anos de 2005 e 2006), não havia lei vedando o nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal, sendo anteriores, ainda, à aprovação do Enunciado da Súmula Vinculante 13 do STF (DJe 29.8.2008).

21. Assim, não tendo sido demonstrado que à conduta do recorrente associou-se o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.

22. Com base nessas considerações, nega-se provimento ao Recurso Especial do Ministério Público de Minas Gerais. É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0084042-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.193.248 / MG

Números Origem: 10481070697224001 10481070697224003 17300200916 21989200916
494216200811

PAUTA: 01/10/2013

JULGADO: 03/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITOBELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS

ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Ari Pargendler, pediu vista o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0084042-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.193.248 / MG

Números Origem: 10481070697224001 10481070697224003 17300200916 21989200916
494216200811

PAUTA: 03/12/2013

JULGADO: 03/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **GILDA PEREIRA DE CARVALHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS

ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Sérgio Kukina."

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0084042-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.193.248 / MG

Números Origem: 10481070697224001 10481070697224003 17300200916 21989200916
494216200811

PAUTA: 03/12/2013

JULGADO: 05/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITOBELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS

ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Sérgio Kukina."

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0084042-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.193.248 / MG

Números Origem: 10481070697224001 10481070697224003 17300200916 21989200916
494216200811

PAUTA: 17/12/2013

JULGADO: 17/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS

ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Sérgio Kukina."

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.248 - MG (2010/0084042-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS
ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Cuida-se, na origem, de ação civil pública por atos de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Serra do Salitre, Walter Múcio Costa (ex-Prefeito Municipal) e outros.

De acordo com a exordial, o então Chefe do Poder Executivo Municipal nomeou para ocuparem cargos em comissão os seguintes servidores: (I) Maria Aparecida do Carmo Paiva Costa, sua esposa; Venício Vítor da Costa, seu irmão; Carla de Castro Rodrigues, sua cunhada; (II) Danilce Francisca Neta Guimarães, "*irmã do Vereador Darcélio Francisco Neto*"; Rutte Rodrigues Silva, "*cunhada do Vereador Lula*"; e Lourdes de Fátima Gonçalves Leal Rodrigues, "*irmã do Vereador Sebastião*" (**sic**, fl. 14). Tais nomeações, no entender do autor da ação civil pública, caracterizam "*inconteste prática de ato de improbidade administrativa*". Daí requerer o **Parquet** a condenação dos réus às "*sanções descritas no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.429/92 [...], com destaque à reparação do erário*", bem como a declaração de nulidade das referidas nomeações.

O Juízo de primeiro grau, "considerando não restar configurado o fato narrado na inicial [...] como ato de improbidade administrativa", rejeitou a inicial, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92.

Na sequência, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais desproveu a apelação interposta pelo órgão ministerial, mediante acórdão assim ementado (fl. 240):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NEPOTISMO -CARGO COMISSIONADO. Não configura ato de improbidade a contratação de parentes para ocupar cargos em comissão se inexistir lei ou norma administrativa no âmbito da administração pública municipal vedando o nepotismo.

Superior Tribunal de Justiça

Contra esse acórdão, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal. Ao fazê-lo, sustentando, preliminarmente, a nulidade do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração, por violação ao art. 535, II, do CPC, pois, no seu entender, o Tribunal de origem se negou a suprir as relevantes omissões apontadas.

No mérito, aduz que, ao manter a decisão que deixou de receber a exordial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a Corte mineira violou os arts. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85 e 295, I e parágrafo único, do CPC, isso porque: (I) "*a inicial rejeitada não trata apenas de improbidade administrativa, mas, também, da declaração de nulidade de atos administrativos*" (fl. 283); (II) a exordial apenas não deve ser recebida "*se apresentar defeitos que a tornem inteiramente inábil para atingir os fins a que se propõe*" (fl. 284), o que não ocorre no caso em exame; (III) "*não se há que falar em impossibilidade jurídica do pedido em face da inexistência de regra expressa que vede o nepotismo*" (fl. 286).

Ainda no tocante ao mérito, o órgão ministerial afirma que foram violados os arts. 11, **caput**, 17, § 8º, e 21, I, da Lei nº 8.429/92, porque a conduta imputada ao réu na ação civil pública contrariou os "*princípios da impessoalidade, moralidade, igualdade e eficiência, constantes não apenas do artigo 37, caput, da Constituição Federal, como também no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, que faz referência genérica aos 'princípios da administração pública'*" (fl. 286).

Em contrarrazões, Walter Múcio Costa, Prefeito Municipal de Serra do Salitre/MG à época dos fatos, afirma que (**sic**, fls.355/357) : (I) "*não há qualquer evidência da suposta improbidade alegada pelo MP, vez que o próprio apelante, já desde a sua inicial, não levantou sequer questionamento sobre dano ao erário, ou enriquecimento ilícito de quem quer que seja, não restando justificada sua alegação*"; (II) "*não existia na data de ajuizamento da ação, diga-se, de natureza eminentemente constitucional, qualquer vedação à contratação de parentes para exercício de cargos eminentemente de confiança, sobretudo registrando-se que os ditos 'parentes' foram nomeados para cargos comissionados, os quais segundo a própria constituição são de livre nomeação e exoneração*"; (III) "*não existia qualquer lei ou norma administrativa municipal proibindo a referida contratação, não restando configurada qualquer ilegalidade do apelado*"; (IV) "*a inicial não questionou em nenhum momento e sequer trouxe aos autos qualquer indício da ausência da efetiva e regular*

Superior Tribunal de Justiça

prestação dos serviços dos contratados ao município contratante, o que por si só afasta qualquer prejuízo ao erário, requisito para a pretendida restituição "; (V) a Súmula Vinculante 13 não pode ser aplicada ao caso em exame, em homenagem ao "princípio da irretroatividade " (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal); (VI) "por mais absurda que seja a hipótese, ao admitirmos que uma súmula vinculante seja capaz de desconstituir atos administrativos ocorridos antes da sua edição, teríamos que analisar no caso concreto a incidência da regra decadencial prevista no art. 54 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que limitou em cinco anos o prazo para a Administração anular seus atos".

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo nobre.

Levado o especial a julgamento, o eminente relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, votou pelo desprovimento do recurso, assentando o seguinte: não ocorreu violação ao art. 535, II, do CPC, porquanto a lide foi fundamentadamente resolvida nos limites propostos; a conduta imputada ao ex-Prefeito Municipal "*mostra-se gravemente culposa, mas não revela o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, requisitos indispensáveis à infração dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa, especialmente considerando que à época em que ocorreram as citadas contratações (nos anos de 2005 e 2006), não havia lei vedando o nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal, sendo anteriores, ainda, à aprovação do Enunciado da Súmula Vinculante 13 do STF (Dje 29.8.2008) "*

No transcorrer dos debates, o Ministro relator acrescentou que nenhum ato normativo - nem mesmo a Súmula Vinculante 13 - chegou a definir a prática do nepotismo como improbidade. No entender de Sua Excelência, portanto, ante a falta de tipicidade, o nepotismo se configuraria como ato ilegal, não se alçando, contudo, ao nível da improbidade.

O Ministro Ari Pargendler, ao acompanhar o relator, afirmou, em acréscimo, que o princípio da impessoalidade, previsto na Constituição (art. 37), não consta do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Nessa esteira, o Ministro Benedito Gonçalves também votou pelo desprovimento do recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

Foi então que pedi vista dos autos, para uma melhor reflexão sobre a matéria.

Feito esse breve relato, passo a proferir o voto-vista.

Estou, com as mais respeitosas vênias, **discordando**, em parte, da diretriz proposta pelo culto e sempre festejado Ministro Relator.

Volta-se o *Parquet* recorrente contra decisão que, a seu ver, de forma indevida e precoce, bloqueou o desenrolar de ação civil pública, na qual se alega a realização de atos de improbidade decorrentes da prática de nepotismo pelo alcaide municipal.

No sentir do Colegiado local, a inexistência de legislação ordinária vedando a contratação de parentes seria suficiente para desqualificar a pretendida conduta ímproba, fazendo inibir a perquirição de tal prática em juízo.

Já para o eminente Relator do especial, Ministro Napoleão Maia Nunes Filho, a pretensão ministerial também esbarraria na falta de revelação de dolo específico direcionado a causar prejuízo ao erário municipal ou a propiciar vantagem patrimonial para o agente público contratante, tudo isso somado ao fato de que as condutas descritas na peça exordial teriam ocorrido em momento anterior à edição da Súmula Vinculante nº 13 (pub. no DJ de 29/8/2008).

À saída, faço coro com o douto Relator, no passo em que não vislumbrou a pretendida ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. E assim compreendo porque o recorrente, em rigor, limitou-se a alegar possível negativa de prestação jurisdicional, incorporando doutrina e jurisprudência sobre o tema (e-STJ Fls. 278/282), mas tudo isso sem apontar, com efetividade, em que momento e de que modo, no caso concreto, ter-se-ia consumado a insinuada violação à regra de regência. Logo, considerações meramente genéricas e difusas fazem, no ponto, atrair a incidência da Súmula 284/STF.

Quanto à questão de fundo, propriamente dita, aí reside minha discordância em relação ao encaminhamento sinalizado por Sua Excelência o relator.

No âmago da controvérsia, convém transcrever o trecho que revela a essência do raciocínio trilhado pelo acórdão recorrido, no sentido de que, **verbis**:

"...a contratação de parentes e afins para cargo comissionado, sem que se submetessem a concurso público, não configura, por si só, violação a princípios norteadores da Administração Pública, de sorte a atrair qualquer penalidade atentatória à sua probidade e retidão. É

Superior Tribunal de Justiça

que, na legislação vigente na data do ajuizamento da presente ação constitucional, não existia qualquer vedação a este respeito, sobretudo se os cargos para os quais foram nomeados os ditos 'parentes' eram comissionados, os quais, segundo a própria Constituição, são de livre nomeação e exoneração da Autoridade." (e-STJ Fl. 243)

Por sua vez, do corpo da petição inicial, extrai-se o seguinte excerto (fls. 14/16), **verbis**:

"Instaurado o Inquérito Civil Público n' 003/2006 e realizadas diligências (fls. 13/16), observou-se que o Prefeito de Serra do Salitre, o médico Dr. WALTER MÚCIO COSTA, abusou de seu poder administrativo e nomeou, para a ocupação de cargo em comissão, sua esposa MARIA APARECIDA DO CARMO PAIVA COSTA, que passou a lotar o posto de "Chefe de Divisão" em uma "Creche Municipal", com funções de "direção e assessoramento", como se deduz do documento apostado a fls. 16.

Não satisfeito, nomeou, para ocupação de cargos em comissão, parentes e afins de Vereadores de Serra do Salitre, a saber, DANILCE FRANCISCA NETA GUIMARÃES (irmã do Vereador Darcélio Francisco Neto), RUTTE RODRIGUES SILVA (cunhada do Vereador Lula) e LOURDES DE FÁTIMA GOLÇALVES LEAL RODRIGUES (irmã do Vereador Sebastião). Todos os referidos passaram a ocupar o cargo denominado "supervisor de setor", com função de "direção e assessoramento", lotados os dois primeiros na "Administração" e a última numa "creche municipal".

Por fim, nomeou para cargos comissionários seu irmão VENÍCIO VÍTOR DA COSTA e sua cunhada CARLA DE CASTRO RODRIGUES, passando o primeiro a ocupar o posto de "Diretor do Serviço de Transporte Escolar" e a segunda a de "Diretora Escolar/FEJNDEF", como se depreende de fls. 16.

No tangente à contratação de sua esposa, o Prefeito extrapolou qualquer senso de razoabilidade, ferindo frontalmente a Lei Fundamental brasileira ao criar um verdadeiro "cabide de emprego" lastreado em nepotismo. Note. Note-se ser a esposa do Prefeito pessoa completamente estranha ao quadro de servidores, apenas ingressando no mesmo por meio do "apadrinhamento" de seu marido, não restando, pois, dúvida quanto à ilicitude perpetrada.

No que concerne aos parentes e afins de Vereadores, há também de se aplicar o princípio da moralidade, porquanto outras pessoas capazes poderiam ter sido contratadas para ocupação dos cargos citados, sem quaisquer empecilhos jurídicos, não o fazendo o Alcaide qualificado por "favor político" a seus correligionários ou apoiadores na Casa do Povo.

Outrossim, no que se refere ao irmão e cunhada do Prefeito WALTER MÚCIO, muito embora sejam os referidos servidores públicos concursados para outros cargos, sujeitam-se às mesmas limitações

Superior Tribunal de Justiça

impostas aos demais parentes seus, anotando-se o seguinte:

1. CARLA DE CASTRO RODRIGUES fora aprovada para o cargo de Professora Municipal, tomando posse em 1o de fevereiro de 2006 (fls. 43) . Contudo, antes mesmo de sua posse como professora, já havia sido nomeada para ocupar o cargo de Diretora Escolar/FUNDEF em 18 de janeiro de 2005 -fls. 16. Assim, sequer chegara a exercer sua função natural, simplesmente permanecendo a ocupar o cargo comissionado que já detinha. Destarte, dois enfoques a serem desenhados: num primeiro plano, sua contratação anterior era ilegal per se, pois sequer como concursada se qualificava; num segundo prisma, mesmo que se considere como função comissionada (não cargo comissionado) a de Direção Escolar, também nesta seara incide o princípio da moralidade, na medida em que outros profissionais poderiam ter sido escolhidos, caso não se optasse por um concurso interno, forma dotada de maior legitimidade para hipóteses desta natureza;

2. VENÍCIO VÍTOR DA COSTA, por sua vez, fora nomeado para ocupar cargo em comissão (Diretor de Transporte Escolar) em 18 de outubro de 2005 (fls. 16), sendo que apenas em 14 de março de 2006 tomou posse como concursado no cargo de "técnico em administração". Assim, flagrante a ilegalidade no período de outubro de 2005 a março de 2006, pois sequer fazia VENÍCIO parte dos quadros de servidores públicos. Igualmente límpida a ilegalidade perpetrada a posteriori, na medida em que não assumira seu cargo próprio, permanecendo a exercer função discrepante daquela para a qual fora aprovado em concurso (de técnico administrativo)."

Ora, como deixa ver esse quadrante da exordial, que retrata quadro fático **incontroverso**, o então prefeito e réu Walter Múcio Costa, no biênio 2005/6, empreendeu grande número de contratações, desde esposa e parentes seus (irmão e cunhada) até parentes e afins de vereadores, todos passando a ocupar cargos em comissão no pequeno município de Serra do Salitre-MG.

O nepotismo assim desenhado, entretanto, não se revelou suficiente para que a ação de improbidade patrocinada pelo Ministério Público tivesse seu regular curso, visto que, nas duas instâncias ordinárias já percorridas, a ação foi precocemente rejeitada, com lastro no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92 - LIA, ao central argumento de que, ao tempo das indigitadas contratações, inexistia lei ou ato normativo municipal que vedassem a prática do nepotismo.

Tal fundamento, entretanto, **não** se sustenta, já que, nos termos da jurisprudência da Excelsa Corte e deste STJ, a vedação ao nepotismo no serviço público deflui dos próprios princípios assentados no art. 37 da Constituição Federal, sendo, por isso,

Superior Tribunal de Justiça

desinfluyente a eventual ausência de legislação doméstica referendando tal proibição.

De fato, no julgamento da **ADC nº 12/DF** (que tinha por objeto a Resolução nº 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, a qual vedava a prática do chamado nepotismo no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário), Rel. Ministro Ayres Britto, a Suprema Corte assentou que as restrições a essa prática “*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*”.

Nesse mesmo sentido, por ocasião do julgamento do **Recurso Extraordinário 579.951/RN** (sob o mecanismo da repercussão geral), em que Relator o ministro Ricardo Lewandowski, firmado restou que “a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática”, por se tratar de “proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal” (pub. 24.10.2008, DJe 202).

Ainda, decidindo a **ADI 1521/RS**, tendo por tema de fundo a prática de nepotismo, o mesmo Supremo Tribunal Federal, em decisão recentíssima, teve ensejo de ratificar sua compreensão de que “A vedação a que cônjuges ou companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau, de titulares de cargo público ocupem cargos em comissão visa a assegurar, sobretudo, cumprimento ao princípio constitucional da isonomia, bem assim fazer valer os princípios da impessoalidade e moralidade na Administração Pública” (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, pub. 13.08.2013, DJe-157).

Verifica-se que essa alta exegese jurisprudencial, emanada do Guardião da Constituição, vem extraída diretamente do art. 37 da Lei Maior, sendo certo, então, que o repúdio ao nepotismo no serviço público se configura como diretriz principiológica imposta aos governantes desde 5 de outubro de 1988, data de vigência da Constituição, independentemente, portanto, da edição de qualquer lei ou regulamento posterior.

Por essa ótica, descabe enxergar na Súmula Vinculante 13, do STF (que rechaça o nepotismo), pretenso marco divisor a partir do qual, e somente então, a prática do nepotismo no serviço público teria sido guindada ao plano da ilicitude. Na mão inversa, exsurge igualmente equivocado o viés de que essa mesma Súmula 13 não poderia alcançar fatos anteriores a ela. Com efeito, tal discussão de cunho cronológico se mostra inócua, uma vez que, como anteriormente pontuado, a força vedatória do nepotismo sempre decorreu da tão-só letra do art. 37 da CF e antes mesmo da edição do sobredito verbete vinculante (em

Superior Tribunal de Justiça

2008), que teve papel não mais que declaratório sobre o tema.

Logo, **não** aproveita, no caso em exame, a justificativa de que, ao tempo das contratações narradas na peça proemial, inexistia lei doméstica vedando o nepotismo, isto porque, repita-se, já existia e vigorava plenamente o reportado art. 37 da Constituição.

Nesse rumo de ideias, convém esclarecer que o fato de o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa não fazer menção expressa ao princípio da impessoalidade não torna a prática do nepotismo imune às disposições da Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, como visto, **em diversas oportunidades e de forma peremptória**, esclareceu que a prática do nepotismo viola não apenas o princípio da impessoalidade, mas também os postulados da isonomia ou igualdade, da moralidade e da eficiência. Não é só. Assentou, ainda, a Suprema Corte que a nomeação de parentes para cargos públicos é ato que se reveste de finalidade contrária ao interesse público, por isso inválido, mercê de violação ao princípio da moralidade administrativa.

Este Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, **também** conta com numerosos precedentes, todos convergindo no sentido de que a prática do nepotismo induz violação a princípios da Administração Pública, dentre eles o da moralidade, em ordem a ensejar a tipificação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, sendo mesmo desnecessária a ocorrência de dano material ao erário.

Nesse sentido, no **REsp 1.286.631** (DJe 22/08/2013), em que relator o Ministro Castro Meira, asseverado restou que o "*nepotismo caracteriza ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, sendo atentatório ao princípio administrativo da moralidade*".

Da mesma sorte, no **REsp 1.009.926/SC** (DJe 10/02/2010), em que relatora a Ministra Eliana Calmon, alinhavou-se que a "*prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992*". Este último precedente recebeu literal aquiescência no **AgRg no REsp 1.204.965/MT** (DJe 14/12/2010), em que relator o Ministro Humberto Martins.

Em tal cenário, penso, **não** havia espaço para que o acórdão recorrido, referendando a decisão de primeiro grau, desde logo abortasse o regular desenvolvimento da

Superior Tribunal de Justiça

presente ação civil pública de improbidade, em cuja exordial noticia grave a prática de comportamentos configuradores, em tese, de nepotismo no serviço público municipal de Serra Salitre-MG. A precoce extinção da lide, na espécie, implicou em desatenção ao art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/98, pois, a toda evidência, descabia reconhecer, de pronto, a *inexistência do ato de improbidade*, tanto mais porque se estava ao início da demanda e, por isso mesmo, ausente maior robustez probatória.

Ante o exposto e em compasso com o pronunciamento do *Parquet* federal, peço vênha ao eminente relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, bem como aos preclaros Ministros Ari Pargendler e Benedito Gonçalves, que já o acompanharam, para **inaugurar divergência** e, com isso, **dar provimento** ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para o fim de que seja recebida a petição inicial de fls. 6/27-STJ (cf. art. 17, § 8º da Lei nº 8.429/92), viabilizando o regular processamento da subjacente ação de improbidade, o que deverá, no entanto, ocorrer **apenas em relação ao réu Walter Múcio Costa**, devendo a lide, em relação a **todos** os demais réus (exceção feita ao Município de Serra do Salitre), prosseguir apenas para o fim de obtenção de eventual reparação ao erário, conforme anteriormente requerido pelo próprio MP autor, por meio da petição de f. 145-STJ, cuja manifestação de vontade, nos termos do art. 158 do CPC, desde então resultou irretratável.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.248 - MG (2010/0084042-2)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER

Tanto o Juiz de Direito quanto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiram que, à míngua de legislação proibitiva, a nomeação de parentes para cargos em comissão não constituía, à época dos fatos, ato de improbidade.

Quid, se a proibição do nepotismo tem sede na Constituição Federal, e acerca dela o Supremo Tribunal Federal estipulou a Súmula Vinculante nº 3 ?

Acontece que a compreensão do texto da reforma constitucional, neste ponto, só veio a ser desvelada muito tempo depois de sua vigência.

Antes disso o nepotismo vicejava livremente nas três esferas de governo, como se permitido fosse, não sendo possível identificar, então, ato de improbidade.

Acompanho, por esse fundamento, o voto do relator.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0084042-2

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1193248 / MG

Números Origem: 10481070697224001
494216200811

10481070697224003

17300200916

21989200916

PAUTA: 24/04/2014

JULGADO: 24/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITOBELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SERRA DO SALITRE E OUTROS

ADVOGADO : CARLOS FLÁVIO TEIXEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sérgio Kukina, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Ausente ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.386.255 - PB (2013/0172703-3)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : FREDERICO ANTÔNIO RAULINO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : NEWTON NOBEL S VITA E OUTRO(S)
AGRIPINO CAVALCANTI DE OLIVEIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA
PARAÍBA

EMENTA

ADMINISTRATIVO.

IMPROBI

DADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO DE PARENTES PARA OCUPAR CARGOS EM COMISSÃO ANTES DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13/STF. DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. DOLO GENÉRICO CONFIGURADO. ART. 12 DA LEI N. 8.429/1993. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de recurso especial interposto por FREDERICO ANTÔNIO RAULINO DE OLIVEIRA, com fundamento no artigo 105, inciso

Superior Tribunal de Justiça

III, alíneas "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

O Acórdão que negou provimento ao recurso de apelação do recorrido traz a seguinte ementa (fl. 183, e-STJ):

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NEPOTISMO - SENTENÇA CONDENATÓRIA - APELAÇÃO - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEIÇÃO - EFETIVA CARACTERIZAÇÃO DE NEPOTISMO - DESPROVIMENTO DO RECURSO.

- Na linha de entendimento doutrinário e jurisprudencial. consolidou-se a exegese de que a nomeação de parentes para o exercício de função pública sem a indispensável aprovação em certame específico para esse fim é matéria que interessa à toda a sociedade. alcançando. 110 momento atual. stants de prioridade por parte de todas as Instituições e Poderes que compõem a República Brasileira. sendo irrelevante para configuração da

Superior Tribunal de Justiça

prática de nepotismo. a ausência de lei local proibindo essa prática. já que aludida vedação encontra previsão na norma constitucional."

Sem embargos de declaração.

No recurso especial, o recorrente alega que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos artigos 11 e 12, parágrafo único, ambos da Lei n. 8.429/92.

Sustenta, em síntese, que "o ar. 11, da Lei n.º. 8429/92 não indica como ato de improbidade administrativa a prática de nepotismo. Na verdade, apenas a partir da Súmula n.º 13 do Supremo Tribunal Federal é que se estabeleceu o fim do nepotismo no Poder Judiciário brasileiro, posição que se estendeu para os demais Poderes da nação. Antes, não havia impedimento legal, até a Jurisprudência Pátria era pacífica ao enfatizar que só ocorria improbidade administrativa no âmbito da administração pública na vigência de lei ou norma na seara respectiva da administração" (fl. 195, e-STJ).

Alega, ainda, que "o juiz deve orientar se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que as sanções previstas na lei de improbidade devem guardar correlação entre a natureza da conduta e o autor do fato, adotando-se, como parâmetros da dosimetria, a extensão do dano causado, o proveito patrimonial obtido pelo agente, a intensidade de seu dolo e as circunstâncias do fato. No caso, o recorrente ousa dizer que tais princípios - proporcionalidade e razoabilidade não foram seguidos, frente as sanções impostas." (fl. 199, e-STJ).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 308/318, e-STJ), sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fls. 331/334, e-STJ).

Este Relator houve por bem dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar a subida do presente recurso especial (fls. 343/344, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

Discute-se nos autos a ocorrência de ato de improbidade administrativa nos casos de nepotismo anteriores à Súmula vinculante 13 do STF.

DO ATO DE IMPROBIDADE.

Nos termos da jurisprudência do STJ, a prática de nepotismo

Superior Tribunal de Justiça

configura grave ofensa aos princípios da Administração Pública, em especial aos princípios da moralidade e da isonomia, enquadrando-se, dessa maneira, no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXTINÇÃO DA AÇÃO. ART. 17, §§ 7º E 8º, DA LIA. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS PARA JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. *Em se tratando de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o magistrado não fica adstrito aos pedidos formulados pelo autor.*

2. *Conforme entende a jurisprudência, basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente. Essa é a exata compreensão dos princípios do Direito Romano jura novit curia e da mihi factum dabo tibi ius, em que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes lhe apresentem os fatos. (REsp 1.192.583/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.8.2010, DJe 8.9.2010.)*

3. *Se a petição contiver a narrativa dos fatos configuradores, em tese, da improbidade administrativa, não se configura inépcia da inicial. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, sobretudo quando a descrição dos fatos é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. (Nesse sentido: REsp 964.920/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 13.3.2009.)*

4. *Hipótese em que o Tribunal a quo reconheceu a existência de nomeação de servidor por juíza, sua esposa, para efetuar os serviços de segurança para ela.*

5. *O ato de favorecimento do marido pela Juíza importa, necessariamente, em violação do princípio da impessoalidade – já que privilegiados interesses individuais em detrimento do interesse coletivo. É*

Superior Tribunal de Justiça

também dissonante com o princípio da moralidade administrativa, pois fere o senso comum imaginar que a Administração Pública possa ser transformada em um negócio de família. (Nesse sentido: GARCIA, Emerson. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 págs. 401-407).

Superior Tribunal de Justiça

6. "A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992." (REsp 1.009.926/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 10.2.2010).

7. In casu, verifica-se a contrariedade aos artigos 17, §§ 7º e 8º, da Lei n. 8.429/92, porque há, em tese, a realização de conduta violadora de princípios da administração pública a ser apurada no âmago do processo, sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1204965/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010.)

"ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar desse da mesma Câmara Municipal.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário.

3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com 'dedicação e eficiência'.

4. O Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF, ajuizada em defesa do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (Resolução 7/2005), se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública.

Superior Tribunal de Justiça

5. O fato de a Resolução 7/2005 - CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito do Poder Judiciário, não impede – e nem deveria – que toda a Administração Pública respeite os mesmos princípios constitucionais norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo.

Superior Tribunal de Justiça

6. *A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992.*

7. *Recurso especial provido."*

(REsp 1009926/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 10/02/2010.)

O Tribunal de origem ao analisar a matéria assim se manifestou (fls. 185/186, e-STJ):

"No presente caso, pelos dados constantes dos autos, verifica-se que a nomeações realizadas (com exceção aos cargos políticos) e indicadas às fis. 24/25 pelo próprio apelante, indevidamente acabaram por violar a moralidade do ente municipal, não havendo que se falar acerca da capacidade, ou não dos parentes em desempenhar as funções atinentes ao cargo, tendo em vista que o que está em liça não é o trabalho desempenhado pelos apontados servidores, mas o contexto do provimento dos cargos por eles ocupados.

No mais, conforme registrado pelo douto parecer ministerial, a simples alegação de que à época dos acontecimentos inexistia lei municipal vedando a prática do nepotismo ou que a Súmula Vinculante n. 13 do STF ainda não havia sido editada não merece guarida. Ora, como acima exposto, a nomeação de parentes viola a própria essência dos princípios constitucionais, sendo, por isso, vedada a todo momento.

Assim, tanto o Prefeito Municipal, como os demais agentes públicos ocupantes de cargo de chefia, direção ou assessoramento, no uso de suas atribuições administrativas e de ordenador de despesas, possuem não só o dever, mas a obrigação de pautar-se por uma conduta leal, confiável, e velar pela estrita observância dos princípios constitucionais (art. 37, CF) cuja conduta deve ser determinante para o Poder Público e indicativo para os particulares, independente da consolidação de entendimento culminada na elaboração da já mencionada súmula.

Ainda, é importante destacar que a nomeação de parentes para o exercício de função pública sem a indispensável aprovação em certame específico para esse fim é matéria que interessa à sociedade alcançando no

Superior Tribunal de Justiça

momento atual status de prioridade por parte de todas as Instituições e Poderes que compõem a República Brasileira, sendo irrelevante para configuração da prática de nepotismo. a ausência de lei local proibindo essa prática. já que aludida vedação encontra previsão na norma constitucional'.

Superior Tribunal de Justiça

O acórdão não merece reforma, pois a nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula vinculante 13, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, sendo despicienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição.

O Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula vinculante 13, apenas consolidou entendimento há muito já pacificado naquela Corte, segundo o qual a nomeação de parentes para ocupar cargo em comissão viola a Constituição Federal, em especial os princípios da Administração Pública. Não houve a criação de novo tipo administrativo de improbidade, apenas esclarecimento acerca das circunstâncias caracterizadoras do nepotismo.

Observa-se, ainda, que a jurisprudência do STJ dispensa o dolo específico para a configuração de improbidade por atentado aos princípios administrativos (Art. 11 da Lei n. 8.429/1992), considerando bastante o dolo genérico.

Confira-se:

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 11 E 12 DA LEI 8.429/1992. PROMOÇÃO PESSOAL VIA SITE DE ÓRGÃO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO.

1. *Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública contra ex-Presidente da Câmara Municipal de Frutal, que teria se valido de site do órgão para promoção pessoal.*

2. *A jurisprudência do STJ dispensa o dolo específico para a configuração de improbidade por atentado aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.429/1992), considerando bastante o dolo genérico.*

3. *Na hipótese específica dos autos, não caracterizado o dolo do Vereador, dado que as notícias claramente têm caráter informativo - a respeito das atividades desenvolvidas pela Câmara Municipal local em atos de natureza política - e foram disponibilizadas pela assessoria de comunicação do órgão.*

4. *Recurso Especial provido para julgar a Ação Civil Pública improcedente."*

(REsp 1278946/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em

Superior Tribunal de Justiça

24/04/2012, DJe 05/11/2012.)

No presente caso, encontra-se caracterizado o dolo genérico, pois o dever de obediência aos princípios da administração pública é imposto pela

Superior Tribunal de Justiça

própria Constituição Federal e pelo art. 4º da Lei n. 8.429/92, configurando, dessa maneira, a prática do ato de improbidade administrativa, devendo ser sancionado pelas instâncias ordinárias nos termos do art. 12, inciso III, da Lei de improbidade administrativa.

DA DOSIMETRIA DA PENA.

A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 exige que o magistrado considere, em cada caso, "*a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente*", conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo. Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. Precedente: AgRg no REsp 1.242.939/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.5.2011, DJe 30.5.2011.

No caso dos autos, o Tribunal de origem assim se manifestou (fls. 186, e-STJ):

"No tocante à dosimetria da penalidade. ponderamos que a insurgência não rende acolhida. Com efeito. sustenta o apelante que não cometeu ato ímprobo. daí porque. no seu entendimento, não lhe são aplicáveis as sanções do art. 12 da Lei 8.492/92. Ora, ao contrário do que afirma o apelante. restou caracterizada a prática de ato ímprobo com a contratação em descompasso com os princípios constitucionais. Efetivamente, o apelante não indica o que entende por ato ímprobo. sendo certo, ad argumenta/ui:ui,. que. para sua caracterização, é dispensável a ocorrência do dano patrimonial ao erário ou de enriquecimento ilícito.

Na realidade, como bem observado pelo parecer ministerial, a existência de prejuízos ao Erário e de enriquecimento ilícito determinarão a adoção de medidas outras que, embora tenham sido referidas como penas, no art. 12. da Lei 8.429/92. não têm exatamente esse caráter. mas finalidade de ressarcimento ou de reposição das coisas ao status quo ante. De fato, assim já se encontra disposto nos art. 5º e 6º da referida Lei, não havendo necessidade de nova disposição no art. 11 conforme consigna a mais autorizada doutrina (neste sentido: Maria Sylvia Zanella de Pietro. Direito Administrativo, 1.3ª edição, atlas, p. 677). O que se conclui, portanto. é que a aplicação das penas. como se deu, não está condicionada à existência de prejuízo ou enriquecimento indevido. A existência destes irá, na realidade, determinar o ressarcimento ou a perda de bens, conforme o caso."

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, considerando-se os fatos apontados, entende-se que a aplicação das sanções ocorreu de forma fundamentada e razoável, incidindo, no caso, a Súmula 7 desta Corte.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA.

1. *Cuida-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, consistente no fato de a agravante, à época em que era Prefeita Municipal, ter participado de concurso público para provimento de cargo efetivo de médico do município da qual era gestora, tendo sido aprovada em primeiro lugar no certame.*

2. *O Tribunal de origem analisou o conjunto de provas constante dos autos para embasar a sua decisão, sendo desnecessário fazer expressa remissão a provas específicas e determinadas, se já encontrou fundamentos suficientes à compreensão dos fatos e ao seu enquadramento nas hipóteses normativas pertinentes.*

3. *A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido exsurge a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente.*

4. *O recurso não pode ser conhecido pela alínea "c" do permissivo constitucional, tendo em vista que o aresto desta Corte colacionado como paradigmático encontra-se superado, ante as mais recentes decisões deste Tribunal sobre o assunto.*

Agravo regimental improvido."

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no REsp 1.284.916/MG, Rel. Ministro
HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado
em 24.4.2012, DJe 2.5.2012.)

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REVISÃO DAS
SANÇÕES COMINADAS. REEXAME DAS PROVAS.
INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA
DO STJ. DISSÍDIO

Superior Tribunal de Justiça

JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.
AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO."

(AgRg nos EDcl no AREsp 47.351/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20.3.2012, DJe 30.3.2012.)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ART. 12 DA LEI 8.429/1993. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

SÚMULA 7/STJ.

1. *Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público contra José Vivaldo Diniz e Kissio Emmanuel Conçalves Felinto - ex-prefeito e ex-tesoureiro do Município de Lastro/PB, respectivamente -, imputando-lhes conduta ímproba consubstanciada na emissão de nota promissória, em nome do ente municipal, como garantia de dívida de empréstimo pessoal contraído no valor de R\$ 67.500,00 (sessenta e sete mil e quinhentos reais).*

2. *O Tribunal de Justiça julgou procedente o pedido do Parquet, com fulcro no art. 11 da Lei 8.429/1992, e condenou os réus às seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos por 4 (quatro) anos; proibição de contratar e receber incentivos do Poder Público por 3 (três) anos; e multa civil correspondente a 40 (quarenta) vezes o valor da remuneração por eles percebida à época dos fatos.*

3. *A configuração de improbidade administrativa não é questionada pelos recorrentes, os quais se limitam a sustentar a desproporcionalidade das sanções e a conseqüente violação do art. 12 da Lei 8.429/1992.*

4. *A Corte local fundamentou a imposição das sanções na avaliação dos elementos fático-probatórios e na constatação de que a conduta comprovada nos autos "é extremamente reprovável, notadamente pela tentativa de tirar proveito econômico dos cofres públicos, com a transferência para o ente municipal do pagamento de empréstimo que contraíram enquanto pessoas físicas".*

5. *É incontroverso nos autos que a dívida somente foi paga pelos réus quando o credor ajuizou execução da nota promissória contra o Município.*

6. *A ausência de concretização de dano e de enriquecimento ilícito não afasta a improbidade configurada no momento da emissão indevida do título*

Superior Tribunal de Justiça

de crédito em nome do Município - o que, aliás, nem sequer foi questionado nas razões recursais -, mas cabe ser ponderado na dosimetria. Tal fato foi devidamente observado no acórdão recorrido para fins de fixação das sanções

, III, da LIA.

a
q
u
é
m
d
o

7. Estando a condenação apoiada nas peculiaridades do caso concreto e não havendo desproporcionalidade flagrante que evidencie desrespeito ao mencionado dispositivo legal, a alteração do acórdão recorrido esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

p
a
t
a
m

8. *Recurso Especial não conhecido.*"

(REsp 1.253.128/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18.8.2011, DJe 8.9.2011.)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do CPC, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento.

m
á
x
i
m
o

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de junho de 2013.

p
r
e
v
i
s
t
o

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

n
o

a
r
t
.

1
2