

DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA DECISÃO: A RAZÃO PRÁTICA E SUAS IMPLICAÇÕES NA CONSTRUÇÃO DAS RESPOSTAS¹

CONSTITUTIONAL LAW AND DECISION THEORY: PRACTICAL REASONS AND THEIR IMPLICATIONS ON THE CONSTRUCTION OF ANSWERS

Jaci Rene Costa Garcia²

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa qualitativa que tem como tema a teoria da decisão presente nos casos submetidos ao controle concentrado de constitucionalidade após a Constituição de 1988, delimitado nos casos que envolvam a ética e o direito. O marco da pesquisa é a filosofia prática kantiana, eleito por vinculação expressa dos julgadores que aderem à perspectiva iluminista anunciada pela filosofia. Destaca-se no estudo que, no período pós-redemocratização, a interpretação constitucional no Brasil passou a ter influência de correntes hermenêuticas que privilegiam o caráter construtivo e indicam uma mudança paradigmática das respostas em direito, gerando um problema que envolve um nível de discricionariedade forte, ainda não experimentado, especialmente pelos limites encontrados em teorias positivistas. A investigação envolve a crise de relação entre os poderes, materializada na criação de direito via poder judiciário. Considerando que há correntes que defendem o poder criativo e/ou discricionário no âmbito do Supremo sustentado na razão prática de cariz kantiano, tem-se por objetivo verificar a plausibilidade das inferências realizadas a partir do rastreamento do conceito de vontade em Kant. Constata-se que em Kant não há uma cisão entre moral e direito, o que provisoriamente poderá indicar a razão prática como o ponto de partida para as teorias da decisão presentes na contemporaneidade. Nessa linha, a partir da conformação do conceito de razão prática, através do método dedutivo, foram analisadas as interpretações realizadas no Supremo Tribunal Federal que implicaram em criação de direito, bem como confrontada a compatibilidade com a filosofia de base.

Palavras-chave: Immanuel Kant, pós-positivismo, teoria do direito.

ABSTRACT

The theme of this qualitative research is the decision theory present in the cases under the concentrated control of constitutionality after the 1988 Brazilian Constitution, which is circumscribed to those cases regarding ethics and law. The framework of the research is the Kantian practical philosophy, chosen by the express linkage of the judges who join the enlightenment perspective announced by the philosophy of Immanuel Kant. In the post-redemocratization period, the constitutional interpretation in Brazil began to be influenced by hermeneutical currents that favor the constructive character and indicate a paradigmatic change of the answers in law, which generates a problem that involves a level of strong discretion, not yet tried, especially by the limits found in positivist theories. The investigation involves the crisis of relation among the powers, materialized in the creation of right through the judiciary. Considering that there are currents that defend the creative and / or discretionary

¹ Pesquisa relacionada ao Grupo de pesquisa Teoria Jurídica no novo milênio, Linha de pesquisa Direito Constitucional, gestão de pessoas e processos. Resultado parcial de projeto de pesquisa Direito, razão e poder: a perspectiva iluminista nas decisões do Supremo Tribunal Federal, envolvendo estudos contemporâneos de direito constitucional e dos limites da atividade jurisdicional.

² Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutor em Filosofia - UNISINOS. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. E-mail: garcia@garcias.com.br O trabalho contou com a colaboração do Professor Dr. Cristiano Becker Isaia e do Professor Dr. Márcio de Souza Bernardes, aos quais agradeço a leitura atenta e as importantes contribuições visando a continuidade da pesquisa.

power within the Federal Supreme Court, supported by Kantian practical reason, the objective is to verify the plausibility of the inferences made from tracing the concept of will in Kant. It can be seen that in Kant there is no division between morality and law, which can provisionally indicate practical reason as the starting point for contemporary decision theories. In this line, from the conformation of the concept of practical reason, through the deductive method, the interpretations of the Supreme Court that implied on the creation of law were analysed, as well as they were confronted with the supporting philosophy.

Keywords: Immanuel Kant, post-positivism, theory of law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma resposta ainda provisória a um projeto que pretende investigar, desde a razão prática kantiana, a perspectiva iluminista³ presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. O aspecto prático relevante da investigação é o de iluminar a teoria/filosofia por detrás das decisões e, ao descortinar, realizar um escrutínio acerca da filiação da atividade jurisdicional em tempos de neoconstitucionalismo⁴. Seguindo essa orientação, o projeto pretende investigar o alinhamento (ou não) com a filosofia de referência, bem como os reflexos na legitimidade das produções, além de apontar os riscos dessa concentração de poder (supremocracia).

Nessa linha, há uma pretensão de identificar os limites do exercício da razão numa instância de poder (STF), ao se desenhar na realidade brasileira uma perigosa concentração de poder no judiciário e a assunção de atividades típicas de outros poderes, como o ato de criar originalmente direitos. Tal situação será elucidada a partir do *corpus* teórico consubstanciado em artigos e casos que revelam o protagonismo judicial, um novo papel assumido pelo Judiciário brasileiro no qual há centralização do poder, refletindo em questões que envolvem a legitimidade, a representatividade e a democracia.

Casos paradigmáticos serão retratados a fim de demonstrar qualitativamente o que vem sendo construído no âmbito do Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988, denotando uma atividade jurisdicional pela qual a criação original do direito (típica do poder legislativo) e a função jurisdicional se confundem. Serão pinçados exemplos, em face da orientação qualitativa da pesquisa (BAUER, 2002), elegendo-se no presente artigo a súmula vinculante nº 13 que, ao tratar de nepotismo, envolveu substancialmente a relação entre direito e moral, prestando-se a dar conta de um objetivo a ser alcançado⁵: investigar a apropriação pela teoria jurídica contemporânea dos conceitos desenvolvidos pela razão prática kantiana.

³ O Iluminismo se apresenta como uma “linha filosófica caracterizada pelo empenho em estender a razão como crítica e guia a todos os campos da experiência humana” (ABBAGNANO, p. 618). Há um texto kantiano de 1783 que - de forma sintética - reproduz a essência do pensamento iluminista: Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (WA, AA 08).

⁴ A expressão será explicitada no decorrer da exposição.

⁵ Os próximos trabalhos irão se debruçar sobre outros casos que envolvem a perspectiva posta pelo neoconstitucionalismo, recordando-se: [i] a posição sobre o aborto em casos de anencefalia fetal e [ii] a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, dentre outros. A decisão sobre o aborto excepcionou - de forma original - uma situação até então inexistente no ordenamento jurídico; a decisão sobre a prisão, produziu uma verdadeira mutação no texto constitucional. Tais questões estão no horizonte da pesquisa, porém serão tratadas *a posteriori*.

O artigo poderia olhar a questão a partir da teoria sistêmica (Luhmann) e produzir uma crítica sob essa lente privilegiada: poder-se-ia argumentar o direito como um sistema parcial da sociedade, autorreferente, não deveria resolver problemas típicos do poder político (criação de normas), sob pena de gerar disfuncionalidades que se manifestarão perversas no futuro. Como o direito é um sistema parcial da sociedade que regula expectativas comportamentais com respostas previamente estabelecidas, sem grande esforço, poder-se-ia concluir indevido o fato de o direito se travestir de outro sistema, especialmente pelas distinções e limites apontados pela Constituição aos sistemas político e jurídico.

A diferença apontada no parágrafo acima registra uma delimitação da pesquisa, alertando que não se pretende investigar a partir do modelo sistêmico por uma razão fundamental: percebe-se que o que conduz o processo decisional contemporâneo no Brasil (especificamente os ativismos), encontra suporte teórico/filosófico numa corrente que tem se denominado pós-positivismo⁶, que propõe um reencontro entre moral e direito. Segue-se, portanto, os fundamentos do pós-positivismo que não se encontram no modelo sistêmico. Nessa linha investigativa, no atual momento, busca-se rastrear no corpo das decisões e nos artigos produzidos a vinculação teórica dos ministros do Supremo Tribunal Federal que dão suporte a decisões invasivas de outros poderes, prospectando problemas decorrentes e, dentro do possível, indicando caminhos.

Partindo das premissas estruturadas, segue-se analisando: [ii] a transição do positivismo ao pós-positivismo: indicativos de um retorno à razão prática kantiana⁷; [ii] a súmula vinculante nº 13 e os indicativos de protagonismos na interpretação constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal; [iii] a relação da razão prática kantiana com os fundamentos do pos-positivismo: o que a edição da súmula 13 tem a ver com isso? Com isso, busca-se configurar os conceitos centrais da razão prática kantiana (liberdade, vontade e autonomia) e a sua apropriação pela teoria jurídica contemporânea (reconfiguração), um dos objetivos do projeto.

Como se trata de um projeto mais amplo, no atual momento a investigação se assenta na construção do conceito de razão prática em sede de filosofia kantiana, em face da importância da compreensão do conceito que possui função orientadora para a interpretação em tempos de pós-positivismo⁸.

⁶ Entende-se por pós-positivismo, na linha da imensa maioria dos pensadores contemporâneos, as teorias hermenêuticas desenvolvidas a partir da segunda metade do século XX. De se registrar, por honestidade intelectual, a existência de opositores a essa concepção, como as elaborados pelo Professor Lenio Streck (2013) que prefere a denominação de Constitucionalismo Contemporâneo, diagnosticando sérios problemas relacionados ao voluntarismo presente nas manifestações teóricas sob a égide do pós-positivismo.

⁷ As obras de Kant são citadas com a abreviatura recomendada pela Sociedade Kant brasileira. A KrV utilizada é traduzida por Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, tradução do original alemão intitulado *Kritik Der Reinen Vernunft* baseada na edição crítica de Raymund Schmidt, confrontada com a edição da Academia de Berlim e com a edição de Ernst Cassirera.

⁸ Em estudos anteriores o articulista pesquisou a hermenêutica desde Kant, tendo investigado a partir de leitura da obra *Ética Hermenêutica*, de Conill Sancho (2010), e das obras *Imaginação e interpretação em Kant* (1994) e *Orientação e julgamento em hermenêutica* (2015), ambas de Makkreel, as quais apresentam um Kant Hermenêutico, onde o papel da sensibilidade e da imaginação se tornam essenciais ao estudo. No presente artigo, partindo-se da razão prática, a faculdade do entendimento assume o primeiro plano e orienta a investigação.

PONTO DE PARTIDA: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Situa-se a pesquisa na nova interpretação constitucional que surge com a reconstitucionalização que passou a ocorrer na Europa (Constituição da Itália -1947, Alemanha - 1949, etc.) após a Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, alçando o texto constitucional a um *locus* privilegiado do qual passa a ser determinante sobre as instituições dos Estados. Ao possuir um papel importante no Estado Democrático de Direito que começa a surgir, o intérprete privilegiado da Constituição passa a experimentar um novo poder, uma vez que o direito se aproxima da moral.

Para Barroso (2007), historicamente as constituições do pós-guerra marcam o surgimento do que se tem denominado neoconstitucionalismo, ou seja, um novo olhar para a constituição que passa de um documento político (carta de intenções) para um documento normativo que afirma direitos que devem ser respeitados pelo Estado. O novo processo interpretativo que advém da perspectiva do novo constitucionalismo terá o pós-positivismo como marco filosófico. Impulsionado por uma nova filosofia, o neoconstitucionalismo traz como características⁹ o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a ideia de uma nova interpretação constitucional.

No contexto brasileiro, os aportes do neoconstitucionalismo europeu ganham força após a Constituição de 1988. Parte-se, então, da constatação que o Supremo Tribunal Federal, como corte constitucional, tem se afirmado como um lugar privilegiado de concentração de poder, transmutando-se num polo de captura da racionalidade jurídica, protegido por uma linguagem de difícil acesso e pela carga simbólica de respeitabilidade social que angariou ao longo do tempo. Tem-se, então, um órgão que pode oscilar entre exercer um poder sem limites ou respeitar os parâmetros constitucionais (permanecendo uma esfera de exercício de vontade que Hesse¹⁰ (1991) problematizou na relação vontade de poder *versus* vontade de constituição - que permanece sem solução e anima a presente pesquisa).

Na busca do *corpus*¹¹ se encontrou um artigo que registra em grande medida o pensamento presente no Supremo Tribunal Federal, expresso por Luís Roberto Barroso quando aponta que “para além

⁹ Para Dimoulis (2009), criticando Barroso, defende que a principal característica do que se vem denominando de neoconstitucionalismo residiria “na crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito”. Embora se reconheça as demais características apontadas por Barroso, concorda-se que o elemento fundante e a principal marca é a cooriginalidade entre moral e direito, questão que estaria no fundamento do pós-positivismo (marco filosófico do neoconstitucionalismo) e que pode ter a sua origem na filosofia prática kantiana. A investigação no presente artigo pretende indicar algo a respeito.

¹⁰ Uma das variáveis da pesquisa está relacionada ao ato de conversão da vontade de constituição em vontade de poder, deixando o STF de cumprir o papel de guardião da constituição para fazer “um pouco mais”- com todos os nefastos reflexos que haverão de surgir (ver Konrad Hesse). Sobre Hesse, há um texto importante que corresponde à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg em 1959. O texto, no original possui uma versão em língua portuguesa: A força normativa da Constituição, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

¹¹ Segundo Bauer e Aarts (2002), o corpus de um tema é composto pelos materiais identificados como fontes importantes para que o pesquisador possa fundamentar seu texto, no contexto acadêmico, corpus é o conjunto de documentos sobre determinado tema. Nesse sentido o artigo de Barroso é importante à pesquisa por trazer uma posição de vanguarda e referir decisões que se apresentam como exemplos da aplicação teórica no contexto do “neoconstitucionalismo à brasileira” (não se deve inferir sentido depreciativo ao termo).

do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra.” (BARROSO, 2015, p. 42)

No referido artigo, Barroso - já como Ministro do Supremo Tribunal Federal - produz uma defesa da necessidade de um protagonismo do Judiciário, pois identifica que “em alguns cenários, em razão das múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos”. (BARROSO, 2015, p. 41)

No seu ensaio sobre a força de uma razão iluminista presente no Supremo capaz de “empurrar a história”, sustenta que integra a democracia contemporânea, portanto, além de votos, direitos e razões, conceitos que orientam a defesa que Barroso elabora no sentido da construção do direito no âmbito do judiciário em face da inércia do Legislativo, consubstanciado em decisões do Supremo “empurrando a história” - decisões que serão objeto da pesquisa e também integrarão o *corpus* a ser analisado.

Também há de se registrar que [i] a investigação da legitimidade de tais decisões, [ii] a conflituosa relação entre os poderes no Brasil da atualidade e [iii] como se tem compreendido a nova aproximação entre moral e direito, são questões relevantes e atuais e que necessitam de exploração acadêmica.

Nota-se a forte presença da perspectiva kantiana, tratado por Torres como uma superação do positivismo, reforçada no cenário contemporâneo desde a publicação da Teoria da Justiça de Rawls,

a partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias” (LOBO, 2005, p. 41).

Levando em conta a reaproximação entre direito e moral na contemporaneidade, na chamada virada kantiana que tem influenciado a teoria e a prática em tempos de neoconstitucionalismo, investe-se na delimitação do conceito de razão prática a partir dos pressupostos encontrados na filosofia kantiana (tratados na quarta parte do artigo).

Barroso (2015) irá dizer que a doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, entendendo¹²: [i] a razão prática como um uso da razão voltado para o estabelecimento de padrões racionais para a ação humana; [ii] pela insuficiência do positivismo, pois relacionado apenas com a razão teórica; [iii] que as teorias positivistas do direito entendiam ser papel da ciência do direito apenas descrever o direito tal qual posto pelo Estado, não o de justificar normas, operação esta que não seria passível de racionalização metodológica (como em Kelsen, por exemplo); [iv] não caberia

¹² Em sentido oposto, leciona Streck (2013): Daí a minha convicção no sentido de somente pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegético-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discricionária. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionarietà judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais ser tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito, nem como cláusulas de abertura.

à ciência do direito dizer qual a melhor interpretação dentre as que são facultadas por determinado texto normativo. Nessa linha, Barroso defende que o pós-positivismo, ao reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica, propõe justamente a possibilidade de se definir racionalmente a norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, que não se limitam à mera atividade de conhecer textos normativos.

No âmbito da interpretação, irá afirmar que há um novo papel assumido pela norma e pelo juiz, sendo importante a citação:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida (BARROSO, 2007, p. 215).

A seguir, Barroso segue apontando a nova interpretação a partir do pós-positivismo que influenciou as novas teorias da interpretação que marcam o que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo:

(i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis (BARROSO, 2007, p. 215).

Orientado pela reflexão, a pesquisa buscará decisões que demonstram o modelo interpretativo que avança sobre os demais poderes, como exemplo, tem-se o caso da Súmula Vinculante nº 13, que tratou da proibição do nepotismo nos três Poderes, representando um alinhamento com as demandas da sociedade em matéria de moralidade administrativa. Ocorre que a tese vencida defendia a divisão dos poderes, entendendo que era atividade típica do legislador impor esse tipo de restrição. Por maioria, o Supremo, em nome de uma suposta vontade da maioria social, antecipa um processo legislativo emperrado por um poder que, em tese, já estaria a serviço da vontade da maioria. Tais questões são socialmente relevantes e estão na ordem do dia por envolverem as relações entre os Poderes e, ainda, pelo fato de o Estado Brasileiro ter se tornado um laboratório de ponta para esse tipo de investigação.

Pinçando-se decisões em que juízos morais produzem criações normativas no âmbito da atividade jurisdicional (na pesquisa delimitada no STF e, por ora, no caso do nepotismo regulado pela Súmula 13), confrontar-se-á a decisão com a ideia de um acesso racional iluminado, típico do legado do *aufklärung*. Com uma argumentação coerente e legitimada pela maioria (e passível de aferição pelas novas tecnologias), o Tribunal tem se constituído num *locus* privilegiado de produção de discursos normativos que

transformaram o Judiciário Brasileiro, nessas últimas décadas, num superpoder, com reflexos na concepção tradicional de democracia. Embora sejam possíveis considerações críticas, na atual fase, restringe-se a investigação ao ato de confrontar a caso (nepotismo) com a filosofia de referência, podendo indicar alguns riscos dessa concentração de poder (supremocracia). Parte-se da normatização da súmula para, na sequência, trazer os aportes da filosofia kantiana.

A EDIÇÃO DA SÚMULA 13 COMO UM CASO DE PROTAGONISMO JUDICIAL: A RAZÃO ILUMINADA CRIANDO DIREITO¹³

Em busca de dado empírico à pesquisa, o processo de construção normativa no âmbito do Supremo Tribunal Federal da Súmula 13 revela um caso especial de ausência de lei formal e de um “empurrãozinho” na história, legitimado pelos seguintes fatores¹⁴: [i] pela aferição de uma possível vontade da maioria, [ii] pelo atendimento dessa vontade, [iii] pelo exercício de uma razão legisladora num reino dos fins (concepção kantiana), [iv] pela identificação de cooriginalidade entre direito e moral (também aferível na concepção de razão prática kantiana). Vamos ao caso.

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

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

¹³ O presente ponto leva em consideração os resultados da pesquisa publicada pelo autor em coautoria com a Professora Mariana da Silva Garcia, apresentado em 2012 no evento realizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), com o título: O processo a serviço da jurisdição constitucional: uma reflexão sobre o limite e a extensão da criação normativa no âmbito do processo.

¹⁴ A presente investigação visa compreender o processo de produção judicial no pós-positivismo, com fito de gradativamente elaborar suficientemente o material existente e identificar os fundamentos por detrás das decisões. se Nesse sentido, na atual fase da pesquisa o caráter crítico cede espaço ao investigativo.

podem ser citados a suposta violação ao princípio da independência dos Poderes, eis que a disciplina do preenchimento dos cargos em comissão estaria na órbita da economia interna de cada um e, a violação do art. 37, II da Constituição Federal já que a norma estabelece restrições ao cargo em comissão não previstas pelo dispositivo constitucional.

Em 12 de março de 1997, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de relatoria do Ministro Marco Aurélio, indeferiu a suspensão cautelar¹⁵ do §4º e §5º do art. 20 e do art. 32 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que tinham redação dada pela Emenda Constitucional nº 12/1995.

A constitucionalidade da vedação ao nepotismo foi novamente levada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF. Em 16 de fevereiro 2006, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na data com apenas três Ministros daqueles que julgaram a ADIN 1521-4 em 1997, concedeu liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF para suspender o julgamento de ações que questionassem a constitucionalidade da Resolução nº 07 do Conselho Nacional de Justiça. Em 20 de agosto de 2008a o Supremo Tribunal Federal referendou a Resolução, julgando procedente a ADC 12/DF e entendendo inconstitucional a prática do nepotismo.

A fim de demonstrar a posição já firmada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda no julgamento da liminar, cabe citar excerto da Ementa da decisão proferida, tendo como relator o Ministro Carlos Britto,

noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público (BRASIL, 2008a).

As manifestações do Supremo Tribunal Federal demonstram a posição que só veio ser consolidada em 2008b, com a edição da Súmula Vinculante 13: a Constituição Federal de 1988, através dos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, veda a prática do nepotismo.

¹⁵ Transcreve-se ementa da decisão proferida: Ementa CARGOS DE CONFIANÇA - PARENTESCO - NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO - PROIBIÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL - ADI - LIMINAR. A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado “nepotismo” tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consanguíneos e afins até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para cessação das situações existentes. CARGOS - EXTINÇÃO - INICIATIVA - ADI - LIMINAR. Ao primeiro exame, exsurge conflitante com a Carta Política da República, preceito que, embora de índole constitucional, implique extinção de cargos de confiança ocupados à margem das peculiaridades que lhes são próprias. Impõe-se, na espécie, a iniciativa de lei em tal sentido pelo Poder ou Órgão (MP) em que situados.

Na decisão da ADC12/DF outro ponto merece destaque: no julgamento o Supremo Tribunal Federal já alerta que apesar de não existir norma infraconstitucional que vedasse expressamente o nepotismo no âmbito do Poder Executivo e Legislativo, não é permitido a estes, em razão dos princípios consagrados no art. 37 da Constituição Federal, prover seus cargos em comissão com total liberdade. Cumpre reiterar que, conforme a argumentação apresentada, o ato normativo apenas explicita uma restrição que já era constitucionalmente imposta.

Ainda, cumpre analisar a decisão proferida no Recurso Extraordinário 579.951- 4/RN, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. O Recurso Extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra acórdão do Tribunal de Justiça que, julgando improcedente a ação declaratória de nulidade de ato administrativo, entendeu inexistir ilegalidade ou inconstitucionalidade na contratação de Elias Raimundo de Souza e Francisco de Souza do Nascimento para o exercício, respectivamente, dos cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e motorista, embora sejam, o primeiro, irmão do vereador, e, o segundo, do Vice-Prefeito do Município de Água Nova do Estado do Rio Grande do Norte. O Recorrente alegou que os incisos II e V do art. 37 da Constituição não poderiam ser interpretados de forma isolada, uma vez que se submetem aos princípios constitucionais consagrados no caput do mesmo dispositivo. Nas razões recursais, afirmou ainda que, conforme a decisão proferida pelo STF na ADC 12/DF, a vedação ao nepotismo não depende da existência de lei expressa, pois decorre diretamente do princípio constitucional da moralidade. Em contrapartida, o Recorrido sustentou que somente seria possível restringir a investidura de parentes em cargos de comissão através de lei específica e que a própria Constituição Federal permite o nepotismo na medida em que concede ao administrador público liberdade para ocupar parte dos cargos que tem à sua disposição com pessoas da sua confiança. A repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 19 de maio de 2008.

A sessão plenária de julgamento ocorreu em 20 de agosto de 2008 e proferiu decisão que restou assim ementada (Recurso Extraordinário 579.951- 4/RN):

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão (BRASIL, 2008b).

A partir da análise da ementa é possível constatar que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os princípios consagrados no art. 37 da Constituição Federal se prestam a fundamentar a vedação ao nepotismo. Porém, o diferencial do RE 579.951-4/RN é a ausência de legislação

específica que proibisse o nepotismo. Dessa forma, no julgamento do RE 579.951-4/RN, pela primeira vez, o STF sustenta a vedação unicamente nos princípios constitucionais contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal, ou seja, a proibição do nepotismo decorre diretamente desses princípios independente da existência de lei formal coibindo a sua prática.

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

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 (BRASIL, 2008b).

A edição da súmula (e o debate ocorrido até a sua edição) demonstram: de um lado, a inércia e o desinteresse do Poder Legislativo na produção de lei infraconstitucional para regular a questão no âmbito federal; de outro, uma atuação interpretativa forte do Poder Judiciário implementando restrições em matéria que envolve moralidade e direito. As diversas decisões que envolveram o caso até a edição da súmula contextualizam o problema: em que medida a interpretação que resulta na súmula vinculante nº 13 possui referência com a concepção de razão prática encontrada na filosofia kantiana?

Como identificar a razão iluminista empurrando a história no presente caso? Como restou evidente, no vazio legislativo, a súmula preenche o campo semântico do princípio da moralidade, construindo uma regra de alcance geral que permite que se fale em força normativa da constituição. Tais avanços em termos de interpretação construtiva vêm sendo observado no âmbito da interpretação constitucional, sendo objeto do artigo verificar a compatibilidade dessa perspectiva com a filosofia kantiana. O uso de uma razão esclarecida no âmbito do exercício de poder, desloca a investigação para a filosofia e induz explorar a relação entre moralidade e direito no campo da razão prática.

COMPREENDENDO O ILUMINISMO NA ORIGEM: A RAZÃO PRÁTICA E O RETORNO AO PENSAMENTO KANTIANO¹⁶

Em Kant há uma mesma razão: analiticamente, apenas para fins de exposição sistemática, traz a razão pura na primeira crítica, a prática na segunda crítica e a razão estética na terceira crítica. Pode-se dizer que a razão pura se torna prática no exercício da sua liberdade. Uma razão prática continua sendo uma razão. Uma razão legisladora que precisa admitir a liberdade, por isso o tratamento

¹⁶ De se registrar, inobstante já existir referência ao direito na primeira crítica (KrV), a filosofia jurídica kantiana propriamente dita teve o seu desenvolvimento com a *Metafísica dos Costumes* (MS), quando Kant efetivamente aprofunda o seu estudo jusfilosófico. Suas principais preocupações e, por conseguinte, contribuições, consubstanciam-se no desenvolvimento dos conceitos de Direito e Moral, delimitando seus campos e traçando suas características fundamentais.

da liberdade possui centralidade em Kant, por estar presente em todas as manifestações da razão enquanto vontade. Razão prática é vontade. Mas não se trata de qualquer vontade. Trata-se de uma vontade que é racional e também moral. Uma vontade geradora de autonomia e de uma razão potencialmente capaz de ser universalmente válida. Dessa questão se ocupa a investigação no ponto, uma vez que a teoria da decisão, na perspectiva pós-positivista, ancora-se na razão prática.

Nesse sentido, apropriado mostrar que desde a primeira crítica Kant já projeta a liberdade nos fundamentos do direito, quando diz:

Há muito já que se deseja - e não se sabe quando, mas talvez um dia se cumpra esta aspiração - poder encontrar, por fim, em vez da infinita multiplicidade das leis civis, os princípios dessas leis; só aí poderá residir o segredo de simplificar, como se diz, a legislação. Mas as leis são aqui apenas limitações da nossa liberdade que a restringem às condições que lhe permitem estar de acordo integralmente consigo mesma [...] (KrV, A 302).

Um pouco adiante, segue Kant apontado que uma

[...] constituição, que tenha por finalidade a máxima liberdade humana, segundo leis que permitam que a liberdade de cada um possa coexistir com a de todos os outros (não uma constituição da maior felicidade possível, pois esta será a natural consequência), é pelo menos uma ideia necessária, que deverá servir de fundamento não só a todo o primeiro projeto de constituição política, mas também a todas as leis [...] (KrV, A 316/B373).

Ora, se desde a primeira crítica a liberdade¹⁷ vem sendo tratada, cumpre trazer os aportes kantianos para uma compreensão do conceito, dada a sua extrema relevância tanto para o trato da autonomia da vontade, quanto para uma concepção de razão pública esclarecida (*Aufklärung*), com reflexos no direito e na moralidade.

Kant irá definir a liberdade transcendental a partir da consideração de que “um primeiro começo dinâmico de ação pressupõe um estado que não possui qualquer encadeamento de causalidade com o estado anterior da mesma causa, isto é, que de modo algum dele deriva” (KrV, A 447/B 475), afastando a liberdade do determinismo intrínseco à lei de causalidade.

No que diz respeito ao conceito prático de liberdade, ainda em sede da primeira crítica, percebe-se a estreita ligação com a ideia de liberdade transcendental, tendo sido definida por Kant como “a independência do arbítrio frente à coação dos impulsos da sensibilidade” (KrV, A 534/B 562), reconhecendo o poder de autodeterminação espontânea do homem. As duas definições kantianas se apresentam como definições negativas de liberdade, ou seja, definições que negam um determinismo causal, e se apresentam como a faculdade de iniciar espontaneamente um estado de coisas.

Observa-se que da definição negativa que se encontra na primeira crítica, irá se constituir uma definição positiva de liberdade a partir da própria ideia de causalidade. Assim, na *Fundamentação (GMS)*,

¹⁷ Não se pretende problematizar o emprego da liberdade no sistema crítico kantiano, apenas encontrar elementos comuns que permitam uma harmonização entre a liberdade transcendental e a liberdade no âmbito da razão prática para, após, realizar inferências acerca do problema da pesquisa.

Kant traz uma nova definição de liberdade, considerando que mesmo que a causalidade livre seja aquela independente das leis naturais, não é idêntico a dizer que não contenha leis, concluindo que toda causalidade livre implica uma lei fornecida pela própria vontade. Ora, se a vontade de um ser racional e livre é legisladora, a liberdade pode ser compreendida como faculdade de se dar a si mesmo a lei, resultando naquilo que Kant denomina autonomia¹⁸. Tal questão é fundamental: dar-se conta de que uma razão livre é uma razão legisladora (que atribui a si mesmo as leis universalmente válidas), faz do homem um ser digno de fazer uso de uma razão privada que também é pública (desfaz-se a tensão entre o particular e o universal). Razão prática é vontade.

Kant observa na primeira parte da *Metafísica dos Costumes* (MS) que existe uma dupla legislação atuando sobre o homem, enquanto consciente de sua própria existência e liberdade: uma legislação interna e uma legislação externa. A primeira diz respeito à Moral (ética no sentido estrito), obedecendo à lei do dever, de foro íntimo, enquanto a segunda revela o Direito, com leis que visam a regulação das ações externas.

A vontade, para Kant, constitui a própria razão pura prática e sendo ela a mola propulsora da ética, seus princípios são erigidos à categoria do universal. Em outras palavras, a moral que estava centrada no individual e subjetivo, agora expressa numa vontade, exteriorizada por uma conduta que encontra na razão a sua fonte, torna-se universal e objetiva. Com isso, os princípios desta moral partem do próprio sujeito, tratando-se de conceitos derivados da vontade pura ou “a priori” da razão. Ao agir sobre tal ordem o homem cria princípios universais que devem ser seguidos por todos, na concepção kantiana, torna-se um legislador universal. Diz-se, então, que agindo eticamente o homem não age por si próprio mas por toda a humanidade. Introduce, portanto, a existência do dever como uma forma “a priori” da razão, que se traduz no imperativo categórico.

Por seu turno, diferentemente da legislação moral que tem como princípio fundamental o imperativo categórico, enquanto postulado da razão pura prática, a norma jurídica tem como regra um dever exterior, império de uma autoridade investida de poder coativo. Nessa senda, a liberdade é fundamental para a concepção kantiana do direito, entendendo Kant que uma ação é “conforme o direito quando permite a liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal” (MS, § C, p. 39).

Observa-se que o princípio traz arbítrio e não vontade, o que necessita de um esclarecimento que coloca o direito na dimensão finalística¹⁹ da aplicação. O arbítrio é livre se estiver no exercício

¹⁸ Em ponto específico será demonstrado que o ser racional é concebido como fim em si mesmo, sendo, portanto, o autor da lei a que se submete por vontade própria. Assim, a autonomia apresenta-se como a unidade entre o plano particular e o plano universal, atribuindo sentido aos planos subjetivo e objetivo, numa espécie de correspondência virtuosa que garante [i] a autonomia da vontade, [ii] a síntese entre querer e dever e [iii] a causalidade voltada a consecução de fins livremente escolhidos.

¹⁹ Sobre finalismo, Abbagnano (2012, p. 532-535) em extenso verbete aponta o finalismo como doutrina na qual a explicação para um evento do mundo deve levar em consideração que o mundo está organizado finalisticamente. Diz que Kant acolhe essa perspectiva e o finalismo (juízo teleológico reflexionante) é recebido como princípio regulador em face dos limites da explicação mecânica do mundo (juízos determinantes), tendo o intelecto humano de recorrer a uma consideração complementar.

de uma vontade autônoma, porém sob as condições pragmáticas de realizar o diverso, ou seja, há necessidade de estar diante das contingências de um mundo que permita que se fale de uma vontade heterônoma. Estar diante da diferença é condição própria do arbítrio para o exercício da liberdade e para uma prática da moralidade. Por isso a antropologia tem uma função importante: se o arbítrio é que pode ser livre, então há que se ter uma pragmática da liberdade.

Nesse sentido, o fragmento abaixo é esclarecedor

A vontade não pode ser designada livre ou não-livre, no sentido de fazer ou deixar fazer, mas é por definição autônoma ou heterônoma. Ela não se volta para as ações, mas diretamente à legislação para a máxima das ações. Ao legislar sobre o agir a que se propõe, ela é incapaz de ser constrangida pelas máximas desta ou daquela ação. Sob este aspecto, ‘somente o arbítrio’, diz Kant, ‘pode, portanto, ser chamado livre’ (HECK, 2000, p. 45).

Constata-se, portanto, que o arbítrio é sempre uma ação endereçada a uma finalidade, uma faculdade da subjetividade humana propriamente dirigida a fins, nas palavras de Kant “na medida em que esta faculdade está unida à consciência de ser capaz de produzir o objeto mediante a ação”. (MS, 213, p. 16).

Importante referir que o paralelo entre moral e direito norteia toda a obra jurídica de Kant, tendo a liberdade como ponto nodal desta relação. Kant observa que o verdadeiro critério diferenciador entre moral e direito é o “motivo pelo qual a legislação é obedecida”. Afirma que a vontade do homem tomada como vontade conforme o dever jurídico de se comportar conforme a norma é heterônoma, posto que condicionada por fatores externos (caráter coativo da norma), enquanto que a vontade moral é autônoma, já que o móbil desta é o dever pelo dever (instância em que o querer e o dever se confundem). Dessa forma, a mera concordância com a norma, independente do móbil, encontra-se no plano jurídico da legalidade, enquanto que para o plano ético exige uma concordância com valores internos independente de inclinações.

Há que se concordar com Heck quando diz que “Kant aplica, na Doutrina do direito, os princípios da filosofia moral a uma legislação exterior” (HECK, 2000, p. 46), chamando a atenção para o fato de que o conceito moral de direito em Kant é a uma aquisição dependente do critério universal de legislação da razão jurídica, formulado por Kant e já referido pelo trabalho como o conjunto de condições sob as quais os arbítrios se harmonizam de acordo com uma lei universal. Como citado, Heck adverte que o “objeto das condições normativo-universais do direito não é a liberdade da vontade autônoma, ao ser lei para si mesma, mas sim o arbítrio como liberdade de ação independente do arbítrio de outro agir ou não agir” (HECK, 2000, p. 46). Demonstra que o direito está condicionado às escolhas dos arbítrios humanos numa relação em sociedade, condicionado às escolhas individuais, afirmando que “o arbítrio, por sua vez, só é racional como *ratio cognoscendi* de minha liberdade de ação porque tenho a capacidade de fazer ou deixar de fazer o que quero”. (HECK, 2000, p. 47).

Não se deve esquecer que para Kant dever moral e dever jurídico não se diferenciam pela substância. Para a ação moral o homem age por dever e para o Direito conforme o dever e para ambos

os casos o dever só é cumprido porque derivada da vontade como razão pura prática, sob o imperativo categórico da razão.

Na busca do conceito de Direito, Kant afirma a impossibilidade de encontrá-lo pela via empírica, apenas com a observação do direito positivo. Para ele o grande erro dos juristas de até então foi a procura do conceito na manifestação do Direito, enquanto legislação positiva, quando a procura deveria ser feita nos princípios “a priori” da razão pura prática²⁰.

Em Kant são três os elementos que compõe o conceito de Direito (MS, 232, § E, p. 41): em primeiro lugar, este conceito diz respeito somente à relação externa e, certamente, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações como fatos possam influenciar-se reciprocamente; em segundo lugar, o conceito do Direito não significa a relação do arbítrio como o desejo de outrem, portanto com a mera necessidade (*Bedürfnis*), como nas ações benéficas ou cruéis, mas tão só com o arbítrio do outro; em terceiro lugar, nesta relação recíproca do arbítrio, ao fim de que cada qual se propõe com o objeto que quer, mas apenas perguntam-se pela forma na relação do arbítrio de ambas as partes, na medida em que se considera unicamente como livre e se, com isso, ação de um poder conciliar-se com a liberdade do outro segundo uma lei universal.

A unificação de direito e moral pode ser construído na ideia de liberdade que se encontra como supedâneo de ambos. Nessa linha, cabe registrar o encontro da doutrina de Kant e o Direito Natural. Kant, ao determinar que o direito atua externamente de tal modo que o livre uso do teu arbítrio possa harmonizar-se com o livre uso do arbítrio dos outros, segundo uma lei universal da liberdade, busca uma fundamentação última - no plano ético - para as leis da liberdade.

Extrai-se de seu fundamento a ideia de vontade livre em relação intersubjetiva que quer se harmonizar respeitando, portanto, as leis externas que, por sua vez, regulam essas condutas e objetivam a liberdade possível nas inter-relações dos sujeitos: pacificando os conflitos de interesses e, ao mesmo tempo, fornecendo os elementos para as soluções de tais conflitos.

Kant nitidamente tem um conceito moral de direito e um princípio jusnaturalista de direito. Na ciência kantiana do direito, o conceito moral de direito equivale ao critério de saber o que é justo e injusto, de modo que não apenas o direito positivo, mas também o princípio jusnaturalista encontra-se sob o domínio da moral. As relações entre moral e direito compõem uma relação de reciprocidade entre o a priori sintético moral e o a priori sintético de direito. Por ser genuinamente prático, o primeiro exerce um papel crítico-normativo sobre o segundo, sendo lícito concluir que as possibilidades das obrigações jurídicas decorrem, em Kant, do fato de haver para o homem uma efetiva obrigatoriedade moral.

O breve percurso na filosofia kantiana elucidada o desenvolvimento da pesquisa em busca dos objetivos propostos: delinear os conceitos kantianos que foram apropriados pela filosofia do direito

²⁰ Para Kant o fato de a “faculdade da razão pura ser para si mesma prática” (MS, 214, p. 17) significa a expressão de um dever, equivalente ao conceito positivo da liberdade, sobre o qual se fundamentam leis práticas incondicionadas, denominadas morais. Obrigatoriedade é, para Kant, um conceito moral definido como “necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão” (MS, 222, p. 28).

contemporâneo e que influenciam as posições do judiciário brasileiro, em especial as decisões com fortes implicações políticas e morais. Nessa linha, a regulação do nepotismo é uma decisão que encontra supedâneo numa razão prática aos moldes kantianos, em face do encontro entre dever moral e jurídico presente na decisão e envolto pelo princípio constitucional da moralidade.

CONCLUSÃO

Se no item que antecede a conclusão foi exposto o conceito de razão prática, como é possível responder a pergunta que orienta a presente investigação: o que é a razão prática e como se dá a apropriação pela teoria jurídica contemporânea dos conceitos desenvolvidos pela razão prática kantiana?

Como se disse, razão prática é vontade. A pesquisa envolve razão, poder e direito e encontra uma defesa substancial do exercício da vontade (individual ou colegiada) no âmbito das decisões emanadas pela Suprema Corte Brasileira. A vontade invariavelmente se torna promíscua no exercício do poder, em razão disso as inúmeras críticas que são endereçadas ao protagonismo do Judiciário, exemplificado com a edição da Súmula 13.

Na filosofia crítica de matiz kantiana a vontade - mesmo livre por força do esclarecimento racional (iluminismo) - torna-se livremente responsável por suas ações no mundo, ou seja, quando o homem moral kantiano age reflete na sua ação a humanidade. A ação moral é singular e o homem/mulher que age no campo do direito não se afasta de preceitos morais universais.

A questão prática que envolveu a decisão sobre o nepotismo é peculiar: demonstra que o Supremo ultrapassa o modelo positivista que postula uma regra como antecedente da resposta, ou seja, da existência de uma moldura que permita a inferência válida enquanto resposta jurisdicional. Nessa linha, o pós-positivismo, numa filiação kantiana como acenado por Barroso, permitiria uma resposta a partir de um padrão (dever) de moralidade que é cooriginal ao dever jurídico, estando, no caso específico, cristalizado normativamente no princípio da moralidade (art. 37 da Constituição). Nessa linha, percebe-se que a vontade expressa na decisão do Tribunal buscou apoio normativo num princípio constitucional para especificar situações não compatíveis com a moralidade, trazendo a Súmula 13 “[...] a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive [...] viola a Constituição Federal.” (BRASIL, 2008)

A utilização do cargo público em proveito próprio direto ou indireto revela uma ação reprovável e incompatível com a ideia de exercício de cargo público, isto é, o público requer altruísmo e, nesse passo, o comportamento vedado pela Súmula revela egoísmo (um proveito exclusivamente privado do agente público). Trata-se de uma espécie de antinomia da razão que revela imoral a possibilidade de pensar a conduta como correta (na fórmula kantiana da moral, não seria universalizável um comportamento egoísta típico daquele inferido da prática do nepotismo, pois não seria crível que todos os que estão no exercício de cargos públicos empregassem os seus familiares). Nessa perspectiva, uma teoria

da decisão que aplicasse diretamente princípios como se encontra no pós-positivismo (e que aparece na vedação ao nepotismo) é um caso que guardaria alguma relação com a razão prática kantiana.

A resposta da questão parece que vai ganhando alguns contornos, porém a investigação deve avançar. Embora o caso do nepotismo nos traga alguma esperança, não é seguro afirmar que o pós-positivismo é fruto da razão prática kantiana na sua concepção original sem severos ajustes ainda não esclarecidos, por algumas razões que já se pode antever na presente investigação:

1º A razão prática kantiana é uma aposta otimista na responsabilidade moral de toda a humanidade, com reflexos diretos nas instituições, o que não se realizou nos dois séculos seguintes a sua formulação;

2º A razão prática aposta na liberdade da vontade que se submete livremente a regras (sujeito moral como um legislador universal), sendo preocupante o exercício dessa razão prática na contemporaneidade em espaços de poder, especialmente pelo fato de a humanidade não ter caminhado na direção apontada pela ética kantiana;

3º Se as teorias contemporâneas que integram o que se denomina pós-positivismo têm a pretensão de se afastar de um direito natural racional, acolhendo como válida a existência de uma margem discricionária forte ao intérprete, afastam-se da concepção kantiana de razão prática, uma vez que há uma fundamentação racional no campo dos deveres (imperativo categórico e o princípio do direito) unificando os sistemas que passam a operar observando critérios de correção racional;

4º A vontade (razão prática) não é um arbítrio. A vontade está identificada pela razão: voltando ao caso do nepotismo, identificando a força normativa do princípio da moralidade, pode-se concluir que as especificações do que foi sumulado no âmbito da interpretação é a expressão de uma vontade (entendendo-se vontade como um juízo racional nos limites da filosofia kantiana).

O principal legado do iluminismo (*Aufklärung*) é o uso da razão pública, uma espécie de processo emancipatório que faz com que o ser humano supere as suas limitações e faça um uso livre do seu entendimento em todas as situações. Trazendo para o direito, não se pode realizar uma importação direta sem o filtro da razão prática como vontade racional (livre e moral). O grande cuidado exigível é o de estar consciente que a expressão da vontade racional no exercício da jurisdição implica numa moderação, em face das restrições impostas ao conjunto da sociedade pelo alcance das decisões judiciais (poder normativo).

A análise do caso *anima*, porém ainda é insuficiente para responder em definitivo o problema da pesquisa. Provisoriamente, pode-se afirmar que a decisão examinada acolhe indicativos da razão prática compatíveis com a nova interpretação constitucional. Fica sempre o alerta da existência de um nível de responsabilidade moral na produção de respostas que - em diálogo com o conceito de democracia experimentado pelos Estados Constitucionais - exigem muita moderação na aplicação do direito. Portanto, a perspectiva pós-positivista acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, quando pautado em amplitude interpretativa e discricionabilidade, passa a ter sérios problemas em se afirmar na filosofia kantiana (razão prática). Tal questão ainda será objeto de investigação futura a partir de novos casos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BARROSO, L. Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 203-249.

Barroso, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

BAUER, Martin W.; AARTS, Bas. A construção do corpus: um princípio para a coleta de dados qualitativos. *In*: BAUER, Martin; GASKELL, George (org.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. Petrópolis: Vozes, 2002.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 579.951-4 do Rio Grande do Norte. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e município de Água Nova e outros. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 20 de agosto de 2008a. Disponível em: <<https://bit.ly/2FzVCCI>>. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante 13. 21 de agosto de 2008b. Disponível em: <<https://bit.ly/2VamGiF>>. Acesso em: 09 out. 2018.

CONILL SANCHO, Jesús. **Ética hermenéutica: crítica desde la facticidad**. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225.

GARCIA, M. S.; GARCIA, J. R. C. O processo a serviço da jurisdição constitucional: uma reflexão sobre o limite e a extensão da criação normativa no âmbito do processo. *In*: XXI ENCONTRO DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - XXI CONPEDI, 2012, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 12478-12507.

HECK, José Nicolau. **Direito e moral**: duas lições sobre Kant. Goiânia: UCG; UFG, 2000.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Tradução do original alemão intitulado Kritik Der Reinen Vernunft baseada na edição crítica de Raymund Schmidt, confrontada com a edição da Academia de Berlim e com a edição de Ernst Cassirer. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Ed. bilíngue. São Paulo: Barcarolla, 2009.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Traduzido por Adela Cortina Orts y Jesus Conill Sancho. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

KANT, Immanuel. Resposta à questão: que é iluminismo? *In*: KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1993.

MAKKREEL, Rudolf A. **Imagination and interpretation in Kant**: the hermeneutical import of the Critique of judgment. Chicago: Chicago Press, 1994.

MAKKREEL, Rudolf A. **Orientation and judgment in hermeneutics**. Chicago: Chicago Press, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. Emenda Constitucional nº 12 de 14 de dezembro de 1995. **DOE nº 243, de 20 de dezembro de 1995**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/2YAyOeB>>. Acesso em: 27 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O Constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo **não supera o positivismo**. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 11-28, dez. 2013

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. São Paulo: Saraiva, 2005.