



São Paulo, 13 de novembro de 2015

Ao Exmo. Sr. Bruno Covas
Deputado Federal

O **Movimento de Defesa da Advocacia - MDA**, associação civil fundada no ano de 2003 na Capital do Estado de São Paulo e que trabalha em cooperação com a Ordem dos Advogados do Brasil e demais entidades irmãs representativas da Advocacia, composta por um Conselho de que fazem parte 66 Conselheiros, todos advogados, e mais de 1.000 advogados associados em todo território nacional, vem, respeitosamente, à presença de V.Exa., em colaboração ao exercício do mandato desse nobre Parlamentar, apresentar rápidas considerações sobre a Emenda apresentada no âmbito da discussão do projeto de lei que trata do “Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária de recursos, bens ou direitos de origem lícita não declarados, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no país e dá outras providências” (Projeto de Lei nº 2.960/2015, do Poder Executivo).

Nos termos da Emenda parlamentar apresentada por V.Exa. (Emenda nº 23), estariam excluídos do âmbito de aplicação da regra relativa à anistia da prática de crimes pessoas que exerçam “*cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas*” bem como “*respectivo cônjuge e parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção*”, justamente para evitar que agentes públicos ou até mesmo parlamentares estivessem a legislar em causa própria, circunstância que resvalaria em nítida afronta a princípios republicanos dentro dos quais o princípio da moralidade administrativa e o princípio da vedação ao nepotismo.

Por seu turno, a distinção ora apresentada poderia estar, segundo o raciocínio de alguns, a violar o princípio da isonomia insculpido no artigo 5º, inciso I da Constituição, segundo o qual “*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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

Este raciocínio, contudo, não se mostra válido sob o aspecto jurídico por duas distintas razões : a primeira, como decorrência da aplicação concreta do próprio princípio da isonomia (ou da igualdade); e a segunda, como decorrência direta da observância ao princípio da moralidade administrativa (inclusive a vedação ao nepotismo) e a circunstância de ser vedado legislar-se em causa própria.

Vejamos.

Sobre o Princípio da Igualdade

Quanto à primeira razão, esclareça-se que a essência do princípio da igualdade está no tratamento desigual entre os desiguais, a fim de que se obtenha a verdadeira igualdade. Lembra IVES GANDRA MARTINS, ao comentar o princípio da igualdade em seu “Exercício de Cidadania”, editora LEX, 2007, São Paulo, pág. 262, que *“Cálicles, no diálogo Górgias de Platão, não admitia como justo, ao dizer que a lei que, ao dar força ao mais fraco, vai sempre contra o direito natural. Este sugeria que o forte tinha direito à sua fortaleza e o fraco à sua fraqueza. Sócrates, entretanto, rebateu, no referido diálogo, dizendo que a lei, ao dar força ao mais fraco, fortalece-o perante o mais forte, sem enfraquecer o mais forte, suprimindo as desigualdades e gerando uma igualdade mais ampla”*.

Daí porque tratar-se desigualmente os desiguais configura a própria e última *ratio* do princípio da igualdade.

Dando concretude a tal princípio e buscando propor um método para verificar se determinada norma jurídica, ao estabelecer um critério de *discrimen*, atende ao princípio da isonomia, são lapidares os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em seu clássico “Conteúdo Jurídico do



Princípio da Igualdade”, 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores 1995, págs. 41 e 42.

Para BANDEIRA DE MELLO, nem toda especificação ou diferenciação feita por lei é compatível com o sistema jurídico. Considerando que um dos princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro é exatamente o princípio da isonomia, somente são com ele compatíveis as discriminações que preenchem determinados requisitos:

“Para que um discrimen legal seja conveniente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- (a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo;*
- (b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;*
- (c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;*
- (d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra referido seja permanente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.*

O último elemento encarece a circunstância de que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexos entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos,



compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.”

Aplicando-se tal metodologia à diferenciação apresentada pela Emenda parlamentar em questão (no sentido de que estariam excluídos do âmbito de aplicação da regra relativa à anistia da prática de crimes pessoas que exerçam “*cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas*” bem como “*respectivo cônjuge e parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção*”), verifica-se claramente que o critério de *discrimen* atende, integralmente, os quatro requisitos acima mencionados e extraídos da lição lapidar do Professor BANDEIRA DE MELLO:

(i) A desequiparação não atinge de modo atual e absoluto um só indivíduo, mas sim um conjunto de indivíduos; **(ii)** Ainda, as situações ou pessoas desequiparadas de fato e de direito são distintas entre si, ou seja, possuem características e traços efetivamente diferenciados; **(iii)** Por outro lado, existe em abstrato nítida correlação lógica entre os fatores diferenciados existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica, na medida em que as pessoas excetuadas da sua aplicação são justamente pessoas que poderiam, na condição de detentores de cargos eletivos e de dirigentes de cargos públicos ou eletivos, valer-se de sua condição para legislar em causa própria, em franco desrespeito ao próprio princípio da igualdade e ao princípio da moralidade administrativa (inclusive a vedação ao nepotismo), conforme se verá adiante; **(iv)** Por fim, o vínculo de correlação supra referido é permanente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, vale dizer, resulta efetivamente em diferenciação de tratamento jurídico fundado em razão valiosa para o bem público : princípio da moralidade administrativa e vedação ao nepotismo.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito consagra a circunstância de que, havendo um critério de *discrimen* pertinente na norma jurídica, tal norma jurídica observará o princípio da isonomia e será considerada válida perante o sistema jurídico:

“CONCURSO PÚBLICO – ISONOMIA – Não viola o princípio constitucional da isonomia legislação estadual que, ante a natureza especial das funções e o interesse público, reserve o



acesso do cargo de delegado de polícia ao sexo masculino – Precedentes do STF – Recurso Extraordinário conhecido e provido (STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, RE 913.122 / PR – PARANÁ, Relator Min. MOREIRA ALVES, 31/10/1980, Segunda Turma).

Comentando a discriminação por sexo como critério de admissão no serviço público, o ilustre Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo ADÍLSON ABREU DALLARI, em artigo de título “Princípio da Isonomia e Concursos Públicos”, publicado na Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 6, abril/maio/junho de 2006, Salvador, Bahia, Brasil, assim asseverou:

“O supra transcrito inciso XXX, do artigo 7º, da Constituição proíbe também a discriminação de sexo como critério de admissão no serviço público. Mas a regra mais ampla, proibitiva de qualquer discriminação de sexo, está no artigo 5º, inciso I, segundo o qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Muito embora o Professor DALLARI tenha a opinião – com a qual comungamos integralmente – no sentido de que a questão da pertinência (como mecanismo de *discrimen* para a admissão em concurso público em função do sexo) varia no tempo e no espaço, sendo de todo o modo recomendável, na dúvida, que não se promova a discriminação porquanto “a igualdade de direitos entre os sexos, não só apenas em relação ao ingresso em serviço público, é um valor constitucionalmente afirmado e reafirmado”, é fato que, em determinadas circunstâncias e para determinadas funções somente pessoas de um determinado sexo possam vir a exercê-las.

São ainda suas as seguintes ponderações:

“Todavia, é igualmente intuitivo que determinadas funções somente podem ser exercidas, ou, pelo menos, melhor podem ser exercidas por pessoas de determinado sexo. Como exemplo, cabe citar os casos de polícia feminina, de guarda de presídio e de estivador. A solução do problema está na aplicação analógica das Súmulas do STF acima transcritas (Súmula 14,



hoje cancelada, e Súmula 683¹), pois ‘*ubi eadem ratio, idem jus*’: onde houver o mesmo motivo, aplique-se o mesmo direito.’” (destacou-se)

Voltando à hipótese da Emenda parlamentar em questão, o critério de *discrimen* se justifica, assim como se justificam os critérios – pertinentes – de *discrimen* para admissão no serviço público rigorosamente porque, para determinadas funções, estar-se-ia, acaso não prevalecesse a ressalva em questão, produzindo legislação em causa própria, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico.

Vejamos.

Sobre o Princípio da Moralidade Administrativa como Critério de *Discrimen*

O princípio da moralidade administrativa vem insculpido em nossa Constituição, especificamente em seu artigo 37, *caput*, segundo o qual:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:
(...)” (destacou-se)

A vedação ao nepotismo, por sua vez, é prática vedada em quaisquer e por quaisquer dos Poderes da República, conforme reconhecido por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

¹ Segunda a qual : “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.



“EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO AO 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 de 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.” (RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 579.951 / RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, votação unânime, DJe 23/10/2008, destacou-se)

O voto proferido pelo eminente Ministro Relator RICARDO LEWANDOWSKI no aludido julgamento contém passagens extremamente elucidativas a respeito do princípio da moralidade administrativa e da vedação ao nepotismo, constituindo verdadeiras lições que de tudo e por tudo se aplicam à hipótese da Emenda parlamentar ora tratada.

Por tais razões é que se pede licença para promover sua longa e quase integral transcrição:

“De fato, embora existam diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo, inclusive no âmbito desta Corte, tal não significa que apenas leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares sejam aptos a coibir a nefasta e anti-republicana prática do nepotismo. É que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e



'positivamente vinculantes', como ensina GOMES CANOTILHO (Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1992, p. 352).

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram. Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente se necessário.

Por oportuna, relembro aqui a conhecida e sempre atual lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, segundo a qual : '(...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçada' (Curso de Direito Administrativo, 25 ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 943)

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no caput do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns 'bolsões' de atraso institucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional.

(...)

Desse modo, admitir que apenas ao Legislativo ou ao Executivo é dado exaurir, mediante ato formal, todo o conteúdo dos princípios constitucionais em questão, seria mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da Constituição, subvertendo-se a hierarquia entre a Lei Maior e a ordem jurídica em geral, ‘como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador ou o administrador pudessem livremente dispor a respeito de seu conteúdo’.

A Constituição de 1988, em seu artigo 37, caput, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade.

Esses princípios, dentre os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público paute sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue.

Nesse contexto, verifica-se que o legislador constituinte originário, bem assim o derivado, especialmente a partir do advento da Emenda Constitucional 19/1998, que levou a cabo a chamada “Reforma Administrativa”, instituiu balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos que, de alguma forma, pudessem buscar finalidade diversa do interesse público.

(...)” (destacou-se)

Em diversos outros julgados a Suprema Corte reafirmou a necessária e obrigatória aplicação do princípio da moralidade administrativa “como valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condicionando a legitimidade e validade dos atos estatais” dentre os quais o próprio poder de legislar (RTJ 182/525-526, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno).

Ainda no julgamento do supra mencionado RE 579.951/RN registrou, com propriedade e técnica, o eminente Ministro CELSO DE MELLO que:



“Sabemos que o Estado, no exercício das atividades que lhe são inerentes, não pode ignorar princípios essenciais que, derivando da constelação axiológica que confere substrato ético às ações do Poder Público, proclamam que as funções governamentais, não importa se no âmbito do Poder Executivo, no âmbito do Poder Legislativo ou no domínio do Poder Judiciário, hãõ de ser exercidas com estrita observância dos postulados da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Esses princípios, erigidos à condição de valores fundamentais pela Carta Política, representam pauta de observância necessária por parte dos órgãos estatais. Mais do que isso, Senhor Presidente, tais postulados qualificam-se como diretrizes essenciais que dão substância e significado à repulsa que busca fazer prevalecer, no âmbito do aparelho de Estado, o sentido real da idéia republicana, que não tolera práticas e costumes administrativos tendentes a confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante, em claro desvio de caráter ético-jurídico.

(...)” (destacou-se e grifou-se)

Aplicando-se tais balizas assentadas pela Suprema Corte de nosso País à hipótese da Emenda parlamentar em questão, verifica-se que a ressalva quanto à aplicação da norma jurídica de regularização de capitais mantidos no exterior às pessoas que exerçam “cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas” bem como “respectivo cônjuge e parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção” é medida que, longe de implicar quebra da isonomia (mas sim sua própria afirmação e reafirmação, como já visto), prestigia integralmente o princípio da moralidade administrativa e da vedação ao nepotismo.

Com efeito, o noticiário é farto em notícias envolvendo pessoas que exercem funções públicas de direção ou eletivas e que, dada sua condição de legisladores, poderiam --- fala-se e escreve-se aqui em tese, porque, de todo o modo, vige entre nós o princípio da presunção de inocência --- estar produzindo normas jurídicas em interesse próprio.



Veja-se, outrossim, que a premissa de legislar em interesse próprio não pode representar uma generalização, em absoluto, circunstância que denotaria uma falta de respeito ao Congresso Nacional.

Não é isto, jamais e em hipótese nenhuma, que se admite neste Parecer, mas sim o reconhecimento da juridicidade da Emenda parlamentar apresentada com vistas a um nivelamento --- por cima e moralizante --- justamente para evitar e preservar a higidez e constitucionalidade de normas jurídicas que possam ser inquinadas de pessoais e produzidas em interesse próprio por aqueles que, detentores do poder de legislar, pudessem se beneficiar diretamente e em detrimento do interesse público com a aprovação desse arcabouço normativo.

De modo que voltando à hipótese da Emenda parlamentar de que se cuida, o critério de *discrimen* está pautado justa e rigorosamente no próprio princípio constitucional da moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, da Constituição) que, como visto, também se aplica ao Poder Legislativo em sua nobre tarefa de produzir leis, como amplamente reconhecido por decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Conclusão

Diante de todo o exposto, concluímos no sentido de que a Emenda parlamentar nº 23, de autoria do Deputado Bruno Covas (PSDB/SP) --- ao excetuar da aplicação do Projeto de Lei nº 2.960/2015, do Poder Executivo (relativo ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária de recursos, bens ou direitos de origem lícita não declarados, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no país), pessoas que exerçam “*cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas*” bem como “*respectivo cônjuge e parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção*” --- **(i)** está em plena conformidade com o princípio da isonomia (artigo 5º, inciso I, da Constituição); outrossim **(ii)** se apóia, como critério de *discrimen*, no princípio da moralidade administrativa e na vedação ao nepotismo (artigo 37, *caput*, da Constituição), que são normas de conteúdo axiológico --- princípios --- que devem ser observados por todos os Poderes da República,



inclusive pelo Poder Legislativo, no exercício da nobre competência de produzir normas jurídicas ---leis ---, tal como reiteradamente decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades.

É o que nos parece, S.M.J.

Marcelo Knoepfelmacher

OAB/SP nº 169.050

Presidente do Movimento de Defesa da Advocacia – MDA

Humberto Gouveia

OAB/SP nº 121.495

Diretor do Movimento de Defesa da Advocacia - MDA